

Sygn. akt: KIO 2769/12
Sygn. akt: KIO 2774/12

WYROK
z dnia 4 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

**Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 grudnia 2012r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10 (sygn. akt KIO 2769/12),**
- B. w dniu 14 grudnia 2012r. przez wykonawcę **DOME INTERNATIONAL Sp. z o.o. Sp.K., 03-982 Warszawa, ul. Bora-Komorowskiego 56 m. 12 (sygn. akt KIO 2774/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20,**

1

przy udziale:

- A. wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A., 30-415, Kraków, ul. Wadowicka 8W,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2769/12 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., 86-061 Brzoza, Kobylarnia 8,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2769/12 po stronie odwołującego.

orzeka:

A. w sprawie o sygn. akt KIO 2769/12:

- uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Tom I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) - Rozdział 2, „Formularz Oferty i Formularze załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr Warunku 4.4. poprzez wykreślenie słów: „Dostawców i Usługodawców” oraz „dostaw i usług”,
- kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20, i:**
 - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** tytułem wpisu od odwołania,
 - zasądza od **zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg**

05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10 kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

B. w sprawie o sygn. akt KIO 2774/12:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **DOME INTERNATIONAL Sp. z o.o. Sp.K., 03-982 Warszawa, ul. Bora-Komorowskiego 56 m. 12** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **DOME INTERNATIONAL Sp. z o.o. Sp.K., 03-982 Warszawa, ul. Bora-Komorowskiego 56 m. 12** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **DOME INTERNATIONAL Sp. z o.o. Sp.K., 03-982 Warszawa, ul. Bora-Komorowskiego 56 m. 12** na rzecz zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. śelazna 59, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące 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. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2769/12

Sygn. akt: KIO 2774/12

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. śelazna 59, 00-848 Warszawa, w którego imieniu czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „ Kontynuacja budowy autostrady A-4, Tarnów Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550". Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z

dnia 4 grudnia 2012 r. pod nr 2012/S 233-383021.

Sygn. akt: KIO 2769/12

W dniu 14 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków (dalej "Odwołujący Strabag") wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), to jest na postanowienie Tom I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4., w zakresie, w którym Zamawiający wymaga wskazania przez wykonawców następujących danych: „udział Dostawców i Usługodawców w realizacji następujących dostaw i usług:”

Odwołujący Strabag podnosił, że wskazane przez niego postanowienie SIWZ narusza art. 36 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie przez Zamawiającego wymogu podania w Formularzu 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe) zakresu dostaw i usług, które będą wykonywać Dostawcy i Usługodawcy, podczas gdy Zamawiający może żądać od Wykonawców jedynie wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Odwołujący Strabag wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści postanowienia Tom I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane

5

Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4. poprzez wykreślenie słów: „udział Dostawców i Usługodawców” oraz „dostaw i usług”.

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący Strabag podnosił, iż jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący Strabag zainteresowany jest udziałem w przedmiotowym postępowaniu, złożeniem oferty i ewentualną realizacją zamówienia. Wymogi stawiane przez Zamawiającego wobec wykonawców na etapie składania ofert są niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający żąda bowiem od wykonawców podania informacji, które nie wynikają z ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ narusza zasady ustawy Pzp, Odwołujący Strabag ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby złożyć ofertę zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący Strabag podnosił, że Zamawiający w Tomie I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4., wymaga, aby na etapie składania ofert wykonawcy podali, jaki zakres robót, dostaw oraz usług przewiduje wykonawca dla realizacji przez Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców. Odwołujący Strabag zarzucał, że ww. postanowienie Formularza 2.1. narusza art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawcy (oferenta) podania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Śądanie przez Zamawiającego podania zakresu usług i dostaw, które zostaną powierzone odpowiednio Usługodawcom oraz Dostawcom przekracza ustawowe uprawnienie Zamawiającego do podania takich danych w ofercie. Przepisy ustawy Pzp regulują bowiem w sposób jednoznaczny, jaki zakres informacji może żądać Zamawiający od wykonawców i zakres ten obejmuje wyłącznie podwykonawstwo. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem jednak części lub całości robót, które ze względu na specyfikację przedmiotu zamówienia zostały wyłączone przez Zamawiającego w SIWZ z możliwości powierzenia ich podwykonawcom. W ten sposób ustawodawca przewidział wprost obowiązek wskazania przez Zamawiającego robót, które mogą wykonywać podwykonawcy, co koresponduje z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, czyli z obowiązkiem wskazania przez wykonawców w ofercie zakresu robót, które będą wykonywać podwykonawcy. Odwołujący Strabag podnosił, że ustawa Pzp nie wprowadza analogicznego przepisu, który dawałby takie upoważnienie Zamawiającemu w odniesieniu do Usługodawców i Dostawców. Odwołujący Strabag wskazywał ponadto, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 października 2012r. (sygn. akt: sygn. akt: KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie narusza

prawa obowiązek zgłaszania przez wykonawcę każdego Usługodawcy oraz Dostawcy. Należy jednak podkreślić, że takie uprawnienie zostało uznane przez KIO za dopuszczalne wyłącznie w ramach swobody umów - czyli po podpisaniu umowy o roboty budowlane z konkretnym wykonawcą. Zamawiający żąda wskazania zakresu usług i dostaw na etapie składania ofert, wbrew przepisom ustawy Pzp. Należy wskazać także, że obowiązek wskazania części zamówienia, która będzie powierzona podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter tego oświadczenia, a jego zamieszczenie ma wymiar merytoryczny - wskazuje bowiem sposób wykonania przedmiotu umowy. Przedstawiona argumentacja potwierdza w ocenie Odwołującego zasadność zarzutu wyrażonego w petitum odwołania i uzasadnia zgłoszone żądanie zmiany treści SIWZ.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 14 grudnia 2012 r.

W dniu 14 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania poprzez publikację na stronie internetowej oraz przesyłając wykonawcom, którzy wystąpili o doręczenie SIWZ.

W dniu 17 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawców:

- Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A., Kobyłarnia 8, 86-061 Brzoza (dalej „Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A.”);

- Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków.

W dniu 28 grudnia 2012 r. Przystępujący Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A. przesłał pismo procesowe prezentujące dalszą argumentację. W uzupełnieniu argumentacji podniesionej przez Odwołującego Strabag w zakresie konieczności modyfikacji postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści odwołania, w odniesieniu do postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ustanowienie przez Zamawiającego wymogu podania w Formularzu 2.1. "Załącznik do oferty (Dane kontraktowe) zakresu dostaw i usług, które będą wykonywać Dostawcy i Usługodawcy,

Podwykonawcy, Dostawcy 4.4 Przewiduje się udział i Usługodawcy Podwykonawców, i Dostawców

Usługodawców w realizacji następujących robót, dostaw, usług:

.....

podczas gdy Zamawiający może żądać jedynie wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, wskazywano, co następuje.

Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp: "Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom". Wymóg ten jest więc wręcz obowiązkiem zamawiających narzuconym ustawą Pzp, przy tym konstrukcja ww. przepisu wyraźnie wskazuje, że jedyna informacja, której żądają zamawiający w ofercie odnosi się do części zamówienia przewidzianych do realizacji dla podwykonawców. Przy tym zauważyć należy, że ani ustawa Pzp, ani przepisy prawa cywilnego, które stosuje się, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, nie definiują pojęcia „podwykonawcy”. Podobnie sam Zamawiający tego pojęcia nie zdefiniował. W rozdziale 4 Warunki Szczególne Kontraktu (część II) Subklauzula 1.1. podał jedynie Definicje:

Dodatkowa Subklauzula Dostawca Dostawca oznacza podmiot, który zawarł z Wykonawcą umowę, na podstawie której 1.1.2.8 (a) dostarcza Materiały lub Urządzenia na potrzeby wykonania Robót

Dodatkowa Subklauzula Usługodawca Usługodawca oznacza podmiot, który zawarł z

Wykonawcą umowę, na podstawie której 1.1.2.8 (b) oddaje Wykonawcy do używania Sprzęt, lub Urządzenia Tymczasowe bądź Roboty świadczy usługi transportowe, geodezyjne, saperskie, archeologiczne oraz agencje pracy tymczasowej

8

Za orzecznictwem należy zatem przyjąć, iż „Podwykonawstwo sprowadza się do wykonania przez wykonawcę części zamówienia publicznego z udziałem podmiotów zewnętrznych, tj. nie będących wykonawcami w rozumieniu Ustawy Prawo zamówień publicznych”. Tak w wyroku KIO/UZP 516/09 z dnia 07 maja 2009 r. Zgodnie zaś z wyrokiem KIO 1117/10 z dnia 23 czerwca 2010 r. „Istotą podwykonawstwa jest wykonanie określonej części zamówienia. Oznacza to, że podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. Nie można uznać za podwykonawstwo pełnienia funkcji w zespole składającym się z pracowników wykonawcy i pod jego bieżącym kierownictwem”.

Z powyższego wywieść należy, że nie wszyscy dostawcy lub usługodawcy będą automatycznie podwykonawcami. W jednym z orzeczeń KIO stwierdziła wprost, iż „stosunki dostawców materiałów z wykonawcą robót budowlanych nie mają charakteru podwykonawstwa, są zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy” (wyrok z dnia 14 listopada 2008 roku, KIO/UZP 1213/08).

Zatem stwierdzić należy, że o ile na podstawie przepisu art. 36 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający:

- 1) ma obowiązek żądania od wykonawców wskazania w ofercie części zamówienia/ zakresów, które zostaną powierzone podwykonawcom, to *a contrario* należy stwierdzić, że
- 2) nie jest on uprawniony jakimikolwiek przepisami prawa do żądania od wykonawców wskazania w ofercie zakresów dostaw i usług, które zamierzają oni powierzyć dostawcom i usługodawcom, tym bardziej jeśli pojęcie dostawcy i usługodawcy zostało zdefiniowane i użyte w szerokim znaczeniu, wybiegającym daleko poza powszechnie przyjęte pojęcie podwykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem sygn. akt: KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12 z dnia 29 października 2012 r. żądanie wskazania dostawców i usługodawców jest dopuszczalne jedynie „w ramach swobody umów”, to jest na etapie zawierania umowy, a zatem po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ww. wyroku Izba stwierdziła, że „mimo braku obowiązku ponoszenia solidarnej odpowiedzialności przez zamawiającego i wykonawcę wobec dostawców i usługodawców, brak jest ustawowego zakazu przyjmowania na siebie przez zamawiającego odpowiedzialności za zobowiązania wykonawcy wobec dostawców i usługodawców. W interesie zamawiającego jest, aby dostawcy lub usługodawcy nie powstrzymywali się ze spełnianiem swoich świadczeń na rzecz wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie dokonuje zapłaty na ich rzecz, gdyż może to powodować trudności z utrzymaniem terminu realizacji inwestycji, co z kolei ma istotne znaczenie dla zamawiającego. Tym samym, nawet odpowiedzialność wykonawcy za

9

utrzymanie terminu i działania osób, którymi się posługuje, czy zapłaty kar umownych, mogą nie zrekompensować zamawiającemu strat, jakie poniósłby zamawiający z tytułu niedotrzymania terminu. W ocenie Izby, uzasadniona jest zatem potrzeba kontroli przez zamawiającego stosunków wykonawca - dostawca/zleceniodawca, a przyjęcie na siebie odpowiedzialności za zapłatę na rzecz dostawców lub usługodawców nie jest prawnie niedopuszczalne. Skoro zamawiający taką odpowiedzialność na siebie przyjmuje, w ocenie Izby, nie jest nadmiernym, ani nieuzasadnionym oczekiwanie, iż będzie mu znany krąg podmiotów, które mogą występować wobec niego z roszczeniami, jak też warunki zawartych umów. W tym stanie rzeczy Izba obowiązek zgłaszania dostawców/usługodawców zamawiającemu, zakresu rzeczowego, wartości świadczeń oraz składania kopii umów uznała za uzasadniony usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego. Podobnie, zasady swobody umów nie naruszają wymagania dotyczące umów z podwykonawcami. W interesie

zamawiającego jest, aby wykonawcy nie opóźniali wypłaty należnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców uzależniając je np. od odbioru robót przez Inżyniera, bowiem odwołanie momentu zapłaty może mieć wpływ na realizację zamówienia. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, iż nie każda robota wykonana przez podwykonawcę będzie podlegała odbiorowi przez Inżyniera - taka robota może być częścią danego etapu robót który to dopiero będzie podlegał odbiorowi, co spowoduje swego rodzaju kredytowanie robót przez podwykonawcę. Wykonawcy posiadając wiedzę co do wymagań zamawiającego w tym zakresie mają możliwość ich uwzględnienia na etapie składania oferty, w tym dokonując stosownych szacunków w zakresie oferowanej ceny".

Należy przy tym zauważyć, że Izba w żadnym miejscu cytowanego wyroku nie dała Zamawiającemu prawa do żądania od wykonawców podania w ofercie zakresu dostaw i usług, świadczonych przez dostawców i usługodawców, ani w jakimkolwiek stopniu nie zasugerowała, że zakres ten winien być Wykonawcy już na tym etapie znany. Nadmienić należy, że w omawianych w wyroku postępowaniach, w klauzuli 4. 4 Zamawiający wymagał wskazania zakresów robót jedynie dla Podwykonawców ¹.

Sądanie w ofercie zakresu przewidzianego dla podwykonawców jest obowiązkiem ustawowym Zamawiającego, co wskazuje na istotny charakter takiego oświadczenia, które - jako stanowiące element oferty - należy uznać za wiążące dla wykonawcy na późniejszym etapie (tak w wyroku KIO 356/11 z dnia 8 marca 2011).

Zamawiający jest uprawniony do takiego ukształtowania treści przyszłego stosunku prawnego, z którego wynikać będzie obowiązek skonkretyzowania podwykonawców

¹ <http://www.gddkia.gov.pl/pl/192/pow-zyej-progow-unijnych,status-inprogress>

biorących udział w wykonaniu zamówienia. Może ponadto (na zasadzie swobody umów) żądać skonkretyzowania dostawców i usługodawców, ale dopiero po zakończeniu postępowania. Powyższe wynika z faktu, że umowa, która ma charakter cywilnoprawny, jest czynnością wykraczającą poza ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy stosować do niej przepisy kodeksu cywilnego.

Wykonawca z kolei 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 względem organizacyjnym. Przepisy ustawy Pzp wymagają jednoznacznego, wyczerpującego wskazania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem KIO 1654/10 z dnia 17 sierpnia 2010 „SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, wskazuje dokumenty, jakie należy złożyć by w nim uczestniczyć. Z tego względu SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy należy czytać w sposób dosłowny pozbawiony pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Odpowiedniego zapisu w SIWZ nie może zastępować zestawienie różnych zapisów, w tym przede wszystkim tych które dotyczą wykonania zamówienia i wyraźnie z tym wykonaniem związanych. Nie są one tożsame z postawieniem wyraźnego warunku załączenia do oferty konkretnego dokumentu. Czym innym jest złożenie wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czym innym - zastrzeżenie przez zamawiającego różnych, istotnych dla niego informacji i wymagań, które dotyczą etapu wykonania umowy i wyraźnie z tym wykonaniem opisanych". Podobnie w wyroku KIO/UZP 248/10 z dnia 24 marca 2010 r. Izba stwierdza, że: „Postanowienia SIWZ należy badać całościowo, jednak w odniesieniu do wymagań żądanych od wykonawców należy interpretować je w sposób ścisły i nie można utożsamiać z nimi wymagań określonych w odniesieniu do innego zakresu, a oczekiwanych dopiero na etapie realizacji umowy". Jeśli zatem Zamawiający kształtuje postanowienia SIWZ w sposób w którym już na etapie składania ofert żąda wypełnienia czynności dopuszczalnych dopiero po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to formułując takie nadmierne wymagania narusza tym samym podstawową zasadę dotyczącą zachowania uczciwej konkurencji".

Należy ponadto zauważyć, że wymóg podania zakresu prac powierzonych podwykonawcom ustanowiony zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp znajduje się już w Formularzu oferty, w pkt 8. Należy również zauważyć, że to sam Zamawiający, modyfikując

11

Dane Kontraktowe (Formularz 2.1. stanowiący załącznik do oferty) opracowane na bazie FIDIC w Subklauzuli 4.4 Podwykonawcy usunięto dotychczasowy nagłówek Subklauzuli 4.4 w brzmieniu "Podwykonawcy" i zastąpiono go następującym: „Subklauzula 4.4 Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy" doprowadził do sytuacji, kiedy ujawnienie zakresu prac powierzonych do wykonania podwykonawcom przerzucił w sposób nieuprawniony na etapie składania ofert również na „Dostawców" i „Usługodawców".

W tej sytuacji Zamawiający winien się zastanowić, czy podanie przez wykonawców innych zakresów prac w każdej z wymaganych rubryk nie doprowadzi w efekcie do prób nieuzasadnionego eliminowania wykonawców z postępowania lub do nieporównywalności złożonych ofert.

Jak wykazano powyżej naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 36 ust 4 ustawy Pzp, jako niezgodne z ustawą Pzp należy uznać za niedopuszczalne i godzące w sposób zasadniczy w podstawową zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 2774/12

W dniu 14 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DOME International Sp. z o.o. Sp. k., ul. Bora-Komorowskiego 56 m. 12, 03-982 Warszawa (dalej "Odwołujący DOME") wobec treści SIWZ, zarzucając niezgodne z prawem, w tym niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (dalej OPZ").

Odwołujący DOME wskazywał, iż legitymuje się interesem we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem jest wykonawcą, który może, działając samodzielnie albo wraz z innymi wykonawcami, stać się uczestnikiem postępowania i złożyć prawidłową ofertę. Błędny, tj. niezgodny z ustawą Pzp i sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, OPZ znacząco utrudnia lub wręcz może uniemożliwić złożenie Odwołującemu DOME konkurencyjnej oferty w postępowaniu, w wyniku czego może on ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu szansy albo pogorszeniu szansy na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący DOME wskazywał w szczególności, że błędny OPZ znacząco utrudnia jego pozycję negocjacyjną w zakresie możliwości nawiązania współpracy z innymi wykonawcami celem złożenia oferty w postępowaniu, czyniąc złożenie tej oferty znacząco utrudnionym i niepewnym. Zatem OPZ faktycznie uniemożliwia złożenie przez Odwołującego DOME konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego DOME na występowanie interesu po jego stronie w złożeniu

12

odwołania wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO). Zgodnie z wyrokiem KIO z 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12, KIO 1704/12: „Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego." W wyroku z 11 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 282/12 Izba stwierdziła natomiast: "Na etapie postępowania, przed otwarciem ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Nie można na tym etapie oceniać interesu wykonawców bądź możliwości poniesienia szkody w kontekście zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest złożenie oferty w postępowaniu czy też wybór oferty najkorzystniejszej. Prowadziłoby to w każdym przypadku do niezasadnego ograniczenia prawa wnoszenia środków ochrony prawnej." Podobnie w wyroku z 14 marca 2012 r., sygn.

akt KIO 399/12, KIO stwierdziła, że: „Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed otwarciem ofert. np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Na etapie SIWZ nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. z perspektywy zawarcia niezgodnej z przepisami prawda umowy w sprawie zamówienia).” W tym samym duchu KIO wypowiedziała się w wyroku z dn. 28 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12 oraz w innych orzeczeniach.

Odwołujący DOME domagał się uznania za bezprawną czynność Zamawiającego polegającą na sporządzeniu OPZ bez zawarcia w nim informacji niezbędnych do prawidłowego sporządzenia i złożenia ofert przez wykonawców, którzy będą uczestniczyć w postępowaniu, wskazując, że narusza on następujące przepisy ustawy Pzp:

13

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp - poprzez ujęcie w OPZ magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek oraz związanej z tym dokumentacji projektowej, podczas gdy ten zakres przedmiotu zamówienia może być wykonany tylko przez Odwołującego DOME z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie niejednoznacznego, niewyczerpującego, niedokładnego i nieuwzględniającego wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty OPZ;
- 3) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez sporządzenie OPZ w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- 4) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nieujęcie w szczególności w dokumencie pn. Ocena Technologiczna kontraktu - INWENTARYZACJA ROBÓT, w Kosztorysie Nr 7.13. „WYTWÓRNA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte ” na str. 333 Tomu I SIWZ — Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych oraz w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych znajdującym się w Tomie I SIWZ, magazynu soli, jako elementu niezbędnego do uwzględnienia w cenie oferty i koniecznego do wykonania, wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA), co powoduje, że opis ten jest niepełny, niedokładny i niejednoznaczny.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- I. wydzielenia z zakresu objętego postępowaniem zadania polegającego na wykonaniu magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek w celu umożliwienia zlecenia jego wykonania Odwołującemu DOME w trybie zamówienia „z wolnej ręki”, w związku z niewyrażeniem zgody przez Zamawiającego na wniosek Odwołującego DOME na wydzielenie tego zadania i wykonanie go na podstawie umowy „z wolnej ręki” oraz zagrożeniem degradacją wykonanej konstrukcji dachowej, a także nierozliczeniem przez Zamawiającego w ramach odpowiedzialności solidarnej wykonanych robót (pismo Zamawiającego z dnia 19 października 2012 r. do Odwołującego DOME) i koniecznością ponoszenia przez Odwołującego DOME wysokich odsetek karnych;

14

lub alternatywnie:

II. dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie OPZ:

- 1) w ten sposób, by w OPZ znalazła się jasna, dokładna i wyczerpująca informacja o wykonanej przez Odwołującego DOME, odebranej i zatwierdzonej przez Zamawiającego (Inżyniera Rezydenta), dokumentacji projektowej dotyczącej

magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek (w ramach realizacji przez Odwołującego DOME, jako dalszego podwykonawcy, przerwanej inwestycji pn. „Budowa autostrady A-4 Tarnów - Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550”), oraz informacja o warunkach udostępnienia tej dokumentacji w ramach niniejszego postępowania, celem umożliwienia wykonawcom wzięcia tego faktu pod uwagę przy sporządzaniu i składaniu ofert, w tym przy ich wycenie oraz doborze konsorcjantów i podwykonawców;

2) w ten sposób, by w OPZ znalazła się jasna, dokładna i wyczerpująca informacja o rodzaju, typie, zakresie rzeczowym, stanie technicznym oraz dokładnym miejscu przechowywania wykonanych przez Odwołującego DOME (w ramach realizacji przez Odwołującego DOME przerwanej inwestycji j.w.) prefabrykowanych paneli drewnianych konstrukcji dachowej oraz konstrukcji wrót drewnianych magazynu soli, celem umożliwienia wykonawcom wzięcia tego faktu pod uwagę przy sporządzaniu i składaniu ofert, w tym przy ich wycenie oraz doborze konsorcjantów i podwykonawców;

3) poprzez ujęcie w:

- Kosztorysie Nr 7.13. „WYTWÓRNIĄ SOLANKI — Roboty nie rozpoczęte” znajdującym się w Tomie I SIWZ - Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych (str. 133),
- Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych znajdującym się w Tomie I SIWZ,
- Tomie V - Przedmiar robót - Zadanie 2 w ramach przedmiarów dla Obwodu Utrzymania Dróg,

magazynu soli, jako obiektu koniecznego do wykonania w zakresie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Obwodu Utrzymania Autostrady

15

4) poprzez przedstawienie statusu formalnego i stanu rozliczeń z wykonawcą przedmiotowego zadania - Odwołującym DOME - w zakresie zaprojektowania i budowy „pod klucz” magazynu materiałów odśnieżnych i wytwórni solanki;

5) poprzez wskazanie na obowiązek wykonania w pierwszej kolejności przedmiotowego zadania, jako już faktycznie wykonanego przez Odwołującego DOME oraz ze względu na zagrożenie degradacją wykonanej konstrukcji dachowej.

dowód: Tabela - część przedmiaru robót

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż przedmiotowe postępowanie ma na celu kontynuację inwestycji pn. „Budowa autostrady A-4 Tarnów - Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550”, której realizacja została przerwana ze względu na jednostronne zakończenie umowy przez Zamawiającego GDDKiA Oddział w Rzeszowie z generalnym wykonawcą - Konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A.- PBG S.A.- APRIMA S.A. - SIAC Construction S.A. (dalej "Konsorcjum Hydrobudowa").

Odwołujący DOME wskazywał, iż był dalszym podwykonawcą robót obejmujących wykonanie Obwodu Utrzymania Autostrady Straszęcin. Na podstawie umowy nr 177/53/2011 zawartej w dniu 1 lipca 2011 r. pomiędzy REMAXBUD Sp. z o.o. (jako podwykonawcy Konsorcjum Hydrobudowa) a Odwołującym DOME, Odwołujący DOME miał obowiązek wykonać: „kompleksową realizację robót budowlanych polegających na wykonaniu magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek - w systemie „pod klucz ” (bez podłoża asfaltowego i przyłączy według własnej dokumentacji technicznej”. Przedmiot umowy obejmował m.in. konieczność wykonania wszystkich prac podstawowych, pomocniczych, wykonanie prób, sprawdzeń, uzyskanie zezwoleń, koszty odbiorów, dostaw materiałów, a także wykonanie dokumentacji wykonawczej w terminie 21 dni od momentu podpisania umowy, planu BIOZ, specyfikacji technicznych wymaganych przez Niezależnego Inżyniera lub Zamawiającego i powykonawczej realizowanych robót” (§ 2 ust. 1 umowy). Zgodnie z treścią umowy zawartej pomiędzy REMAXBUD Sp. z o.o. a Konsorcjum Hydrobudowa jej realizacja miała zakończyć się 05 sierpnia 2012 r., natomiast zgodnie z treścią umowy zawartej pomiędzy REMAXBUD Sp. z o.o. a Odwołującym DOME

prace budowlane miały się rozpocząć 27 lutego 2012 r. i zakończyć 31 maja 2012 r. Odwołujący DOME terminowo realizował wynikające z umowy zobowiązania. W pierwszej kolejności wykonał on przy udziale międzynarodowego zespołu inżynierskiego grupy DOME Dokumentację Wykonawczą oraz wszystkie niezbędne dokumenty, takie jak:

16

- Projekt Technologii i Organizacji Robót.
- Program Zapewnienia Jakości.
- Wystąpienia o Zatwierdzenie Wszystkich Materiałów.
- Plan BIOZ.

które następnie zostały odebrane i zatwierdzone przez Zamawiającego - Inżyniera Rezydenta oraz Inspektorów Nadzoru ze strony Inżyniera Kontraktu.

dowód: zatwierdzenie dla Dokumentacji Wykonawczej uzyskano w dn. 08 listopada 2011 r., Pismo od Inżyniera kontraktu z 1 lutego 2012 r.

Ponadto Odwołujący DOME dostarczył prefabrykowane panele drewniane składające się na kompletną konstrukcję dachową, które zostały zamówione i wykonane w Wielkiej Brytanii oraz konstrukcję wrót drewnianych wykonanych również na indywidualne zamówienie przez firmę STELTOR, Polska. Materiały te wcześniej zostały zatwierdzone przez Zamawiającego, co potwierdzają posiadane przez Odwołującego DOME dokumenty podpisane przez Inżyniera Kontraktu. Prefabrykaty te zostały złożone przez Odwołującego DOME, za pisemną zgodą wyrażoną przez GDDKiA w piśmie z dn. 06 września 2012 r., w budynku garażowym znajdującym się w bezpośrednim sąsiedztwie projektowanego magazynu soli i znajdują się tam do tej pory.

dowód: protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 08 września 2012 r., zdjęcia dokumentujące złożenie konstrukcji dachowej i wrót w budynku garażowym. Jednakże ani za wykonaną dokumentację, ani za dostarczone materiały, mimo że zostały zaakceptowane przez swojego kontrahenta i Zamawiającego, Odwołujący DOME nie otrzymał do tej pory wynagrodzenia (brak zapłaty uzasadniany jest tym, że w SIWZ nie przewidziano płatności częściowych).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający ukształtował opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym budowy magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek w taki sam - uproszczony i niepełny - sposób, jak w poprzednim postępowaniu, w którym zostało wybrane Konsorcjum Hydrobudowa. Mimo że postępowanie obejmuje swym zakresem wyłącznie niewykonaną część zamówienia poprzedniego, w SIWZ Zamawiający nie wskazał jednak w żaden sposób, że elementy OUA obejmujące magazyn soli i wytwórnię solanki zostały już częściowo wykonane, tzn. że wymagana przez niego w postępowaniu konstrukcja dachowa oraz konstrukcja wrót drewnianych magazynu soli została już faktycznie wykonana, dostarczona oraz jest odpowiednio zabezpieczona i

17

składowana w bezpośrednim sąsiedztwie miejsca, w którym ma być wykonany magazyn soli, za zgodą Zamawiającego (Inżyniera Kontraktu), która to zgoda została udzielona jeszcze przed przerwaniem realizacji inwestycji. Mając na uwadze, że wykonane, przywiezione i składowane drewniane prefabrykaty spełniają wymogi niniejszego postępowania, w interesie Odwołującego DOME oraz Zamawiającego jest jak najszybsze wykonanie magazynu soli z tych prefabrykatów.

Biorąc pod uwagę, że zadanie objęte przetargiem winno być wykonane w terminie 18 miesięcy, a przedmiotowy magazyn soli - jak wynika z doświadczenia Odwołującego DOME na innych obwodach utrzymania autostrad - wykonywany jest w końcowej fazie realizacji, można sądzić, że nowy Generalny Wykonawca nie będzie miał interesu, aby przedmiotowy obiekt magazynu soli wykonać w pierwszej kolejności i cała prefabrykowana konstrukcja złożona i przechowywana w nieogrzewanym budynku przez około dwa lata może ulec degradacji - bez winy Odwołującego DOME. Przeniesienie na Odwołującego DOME (i za jego pośrednictwem na Generalnego Wykonawcę, który zostanie wybrany w postępowaniu) odpowiedzialności za jakość, trwałość i bezpieczeństwo konstrukcji jest sprzeczne z zasadą

uczciwości obrotu i społeczną odpowiedzialnością Zamawiającego jako podmiotu obowiązującego do stosowania ustawy Pzp.

Odwołujący DOME wyrażał gotowość wykonania przedmiotowego zadania od maja 2012 i w niniejszym piśmie potwierdza tę gotowość do wykonania obiektu w ciągu następnych 6 miesięcy, biorąc na siebie pełną odpowiedzialność za jakość i bezpieczeństwo konstrukcji.

Podkreślał, że za wykonane przez niego terminowo na podstawie umowy podwykonawczej i zatwierdzonego harmonogramu robót konstrukcję dachową oraz wrota z drewna klejonego, wykonane w I połowie 2012 roku, Odwołujący DOME bądź to musiał już zapłacić w całości, bądź są naliczane mu wysokie kary umowne za spóźnione płatności (1,5% miesięcznie). Dlatego dalsze wydłużanie w czasie realizacji przedmiotowego obiektu powodować będzie znaczne dodatkowe koszty, którymi Odwołujący DOME będzie musiał obciążyć Zamawiającego.

Odwołujący DOME nie może brać na siebie ryzyka konsekwencji nieokreślonego w czasie przechowywania drewnianej konstrukcji, jak również nie może brać na siebie kosztów dalszego kredytowania i kosztów karnych odsetek.

18

I. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp - poprzez ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek oraz związanej z tym dokumentacji projektowej

Odwołujący DOME podnosił, że zadanie polegające na wykonaniu magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek powinno zostać wyłączone z zakresu przedmiotu zamówienia. Zachodzi bowiem przesłanka do udzielenia przez Zamawiającego zakresu rzeczowego objętego tym zadaniem Odwołującemu DOME w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) i b) ustawy Pzp. Podkreślić należy, że na podstawie umowy licencyjnej zawartej 15 czerwca 1996 r. pomiędzy Denron Investment Limited z siedzibą w Irlandii (Licencjodawca) a Dome System Polska sp. z o.o. z siedzibą w Polsce (Licencjobiorca) Odwołujący DOME uzyskał prawo do korzystania z licencji wyłącznej dla rozwiązania EURODOME® D 38 na terenie Europy Środkowej i Wschodniej. Na podstawie umowy Dome uzyskało nieprzekazywalną stronom trzecim, wyłączną licencję Know-how dla budowy, wykorzystania i marketingu budowli kopułowych w Polsce. Know-how obejmuje dane techniczne, szkice, specyfikacje, informacje na temat budowy, informacje marketingowe, prawa do dystrybucji (copyrights) i inne praktyczne informacje, wynikające z doświadczenia i sprawdzone przez Licencjodawcę, co do których Licencjodawca posiada prawa do przekazywania licencji na dystrybucję i budowę obiektów o kształcie kopułowym (zwane dalej: Know-how), w Polsce, przy czym licencję taką przekazuje się dla każdego z projektów DOME. Zaznaczyć należy przy tym, że spółka Dome System Polska sp. z o.o. uległa przekształceniu w odwołującą się spółkę, zatem została zachowana kontynuacja praw i obowiązków wynikających z wymienionej umowy licencyjnej. Mając powyższe na uwadze, zachodzi przesłanka do udzielenia Odwołującemu DOME zamówienia z wolnej ręki z przyczyn związanych z ochroną jego praw wyłącznych wynikających z wymienionej umowy licencyjnej.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący DOME jako jedyny może wykonać przedmiotowe zadanie z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jako że rozwiązania EURODOME są jedynymi na świecie - typowymi rozwiązaniami stacjonarnych magazynów soli o tak dużych pojemnościach, które spełniają wszystkie wymagania techniczno-funkcjonalne stawiane magazynom soli.

II. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

19

poprzez niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty opis przedmiotu zamówienia

Dowodem na to, że opisany w postępowaniu przedmiot zamówienia (OPZ) jest

niepełny, niedokładny i niejednoznaczny, bowiem z jednej strony obejmuje wykonanie magazynu soli i wytwórni solanki, a z drugiej zaś strony nie przewiduje konieczności ich wyceny, a ponadto że nie uwzględni faktu wykonania prefabrykatów drewnianych konstrukcji dachowej oraz wrót drewnianych magazynu soli, są następujące postanowienia SIWZ:

- 1) W Tomie I SIWZ - Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych wyszczególniając elementy rozliczeniowe wskazano m.in. roboty w toku oraz roboty nierozpoczęte. Pośród wielu robót wykazanych w Formularzu 2.3. wytwórnię solanki wskazano, jako zadanie „nierozpoczęte” (str. 9 Tomu I pod poz. 7.12 „WYTWÓRNIA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte”).
- 2) Na str. 333 Tomu I SIWZ - Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych przedstawiono w ramach Obwodu Utrzymania Autostrady: „Kosztorys Nr 7.13. WYTWÓRNIA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte”. W Kosztorysie tym należy, zgodnie z jego treścią, wycenić jedynie następujące pozycje: „1-urządzenie do produkcji solanki (kpl 1,00), 2-doprowadzenie do wytwórni instalacji wodnej (kpl 1,00),3- doprowadzenie do wytwórni instalacji elektrycznej i oświetleniowej (kpl 1,00), 4- magazyn wytwórni solanki.” Kosztorys w ogóle nie obejmuje informacji o konieczności sfinansowania magazynu soli, mimo że wykonane prefabrykaty drewniane konstrukcji dachu i wrota drewniane stanowią część przedmiotu zamówienia zgodnie OPZ i nie zostały do tej pory zapłacone.
- 2) W tomie IV SIWZ - STWiORB Zadanie II - STT OUA na str. 333 zawarto wymagania dotyczące magazynu soli wraz z instalacją oraz montażu urządzeń do produkcji solanki, jednak nie odniesiono się tam do zakresu już faktycznie wykonanych prac. W Tomie V - Przedmiar robót - Zadanie 2 na str. 173 znajduje się przedmiar pt. Obwód utrzymania dróg - Wytwórnia solanki. W przedmiarze tym, identycznie jak w Kosztorysie Nr 7.13. WYTWÓRNIA SOLANKI stanowiącym część Tomu I SIWZ, podane są jedynie następujące pozycje: „1-urządzenie do produkcji solanki (kpl 1,00), 2 - doprowadzenie do wytwórni instalacji wodnej (kpl 1,00), 3- doprowadzenie

20

do wytwórni instalacji elektrycznej i oświetleniowej (kpl 1,00), 4 - magazyn wytwórni solanki. Przedmiar robót w ogóle nie przewiduje konieczności wykonania magazynu soli.

- 3) W Tomie VI „Opracowania towarzyszące - Inwentaryzacja” - nie wskazano, jako rzeczywiście wykonanych w ramach dotychczasowej realizacji inwestycji, prefabrykatów drewnianych konstrukcji dachowej oraz konstrukcji wrót drewnianych magazynu soli.

Nieujęcie w OPZ magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: „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. Zgodnie z wyrokiem KIO z 24 lutego 2012 r., sygn. KIO 302/12: „Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty” (podobnie: wyrok KIO z 24 lutego 2012 r. KIO 318/12). W wyroku KIO z 10 kwietnia 2012 r. KIO 550/12 wskazano, że: „Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie, umożliwi prawidłowe sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny i wyczerpujący. Tym samym nie może pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też dowolności interpretacji wykonawców składających oferty w postępowaniu” (wyrok KIO z 29 marca 2012 r. KIO 526/12). Zgodnie z wyrokiem KIO z 27 grudnia 2011 r. KIO 2649/11: „Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert. Istotnym jest zatem, aby opis przedmiotu zamówienia był

zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych, sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości umożliwiający prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty. Postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności

21

co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego.

Mając na uwadze, że postępowanie ma na celu kontynuację przerwanej inwestycji, istotną informacją dla wykonawców oraz dla prawidłowego kształtu OPZ jest nie tylko to, jaki zakres rzeczowy formalnie został już odebrany, ale przede wszystkim, jaki zakres rzeczowy zamówienia został faktycznie wykonany. Dlatego konieczne jest poinformowanie

o postępowaniu zainteresowanych wykonawców przeprowadzeniu pełnego zatwierdzającego dokumentację techniczną dla magazynu soli i wytwórni solanki EURODOME® D38, która to dokumentacja została odebrana i zatwierdzona przez Zamawiającego, a także poinformowanie o wykonaniu, dostarczeniu i składowaniu prefabrykowanych elementów drewnianych magazynu soli. Informacje te powinien zawierać przede wszystkim dokument opisujący inwentaryzację wykonanych faktycznie prac, czego Zamawiający w odniesieniu do magazynu soli faktycznie zaniechał.

Podkreślić należy, że rozwiązania EURODOME są jedynymi na świecie - typowymi rozwiązaniami stacjonarnych magazynów soli o tak dużych pojemnościach, które spełniają wszystkie wymagania techniczno-funkcjonalne stawiane magazynom soli. Należy podkreślić, że magazyn EURODOME D38 o kubaturze ok. 12000m³ ma pojemność ok. 8 000T. Odwołujący jest jedynym licencjoholderem i uprawnionym wykonawcą typowych magazynów EURODOME w Polsce i na terenie środkowej i wschodniej EUROPY. Mając to na uwadze, istotnym z punktu widzenia wykonawców jest wskazanie informacji w SIWZ dotyczącej rzeczywistego wykonania przedmiotowej dokumentacji i dostaw.

Jest to istotne, ponieważ ze względu na brak zmiany wymagań Zamawiającego w zakresie budowy magazynu soli wraz z wytwórnią solanki w obecnym postępowaniu w stosunku do postępowania poprzedniego, czyli sporządzenie OPZ, tak jakby żadne prace w tym zakresie nie zostały dotąd wykonane, istnieje wysokie prawdopodobieństwo wykorzystania wykonanej przez Odwołującego DOME dokumentacji (mimo że nie została do tej pory zapłacona) przez wykonawcę, który zostanie wybrany w postępowaniu i będzie kontynuował realizację inwestycji. Istnieje jednocześnie ryzyko, że wykonawca ten nie wykorzysta zrealizowanych przez Odwołującego DOME drewnianych elementów prefabrykowanych (za które też do tej pory nie zapłacono) i będzie realizował z naruszeniem praw Odwołującego DOME budowę magazynu soli mimo że Odwołujący DOME zaangażował już siły i środki w realizację przedmiotowego obiektu oraz posiada prawa do licencji. Ponadto podkreślić należy, że dla podjęcia decyzji przez każdego zainteresowanego

22

tych postępowaniem wykonawcę o tym, czy wziąć w nim udział oraz o ewentualnym doborze podwykonawców decyduje wiedza o faktycznym zakresie przedmiotu zamówienia, w tym o tym, że pewien zakres zamówienia został już faktycznie wykonany.

Ponadto wskazać trzeba, że wykonawcy będą wyceniać wartość swoich ofert korzystając z inwentaryzacji robót wykonanych. Zgodnie bowiem z informacją podaną we „Wstępie” do Tomu I SIWZ — Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych „Ilości robót naprawczych, robót w toku oraz robót nie rozpoczętych, podane w Kosztorysie Ofertowym, określono na podstawie inwentaryzacji robót wykonanej w sierpniu 2012.” SIWZ zatem musi zawierać informacje o wszelkich uwarunkowaniach mających wpływ na wysokość ustalonych przez wykonawcę wartości kosztorysowych, a w konsekwencji na cenę całej oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zatem dopiero tak skonstruowana SIWZ jak sugeruje Odwołujący DOME umożliwi wykonawcy rzetelną wycenę całej oferty. Podnieść należy, że informacja o tym, że dane prace zostały już faktycznie wykonane (choć nieodebrane) będzie miała wpływ na wycenę tych pozycji, które ich dotyczą oraz w konsekwencji na wycenę całej oferty.

III. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie OPZ w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję

W przepisie art. 29 ust. 2 ustawa Pzp zawiera wyraźny zakaz sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wskazano, Odwołujący DOME jest jedynym wykonawcą, który prawnie i faktycznie może wykonać zamówienie w zakresie budowy magazynu soli, stanowiącego część przedmiotu zamówienia. Zatem pełne poinformowanie o ograniczeniu konkurencji w tym zakresie (czyli m.in. o faktycznym wykonaniu przez Odwołującego DOME magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek), jest obowiązkiem Zamawiającego. Brak zamieszczenia wymienionej informacji w SIWZ stoi w sprzeczności z zapewnieniem Zamawiającego, że chociaż „nie może dokonać zapłaty za ww. konstrukcję, w przetargu na wyłonienie wykonawcy robót znajdzie się informacja o przygotowanej konstrukcji magazynu soli, celem potencjalnego uwzględnienia tego faktu w ofercie”
dowód: pismo Zamawiającego do Odwołującego DOME z dn. 06 sierpnia 2012 r.

Podkreślić należy, że nieuwzględnienie tego faktu przez Zamawiającego w SIWZ jest sprzeczne z wymogiem dbałości o bezpieczeństwo obrotu i samą obietnicą Zamawiającego

23

minimalizowania negatywnych skutków spowodowanych rozwiązaniem umowy z Konsorcjum Hydrobudowa dla przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w jej realizacji. Rozwiązanie umowy z wymienionym Konsorcjum nie stanowi ani winy ani nawet jakiegokolwiek okoliczności leżącej po stronie Odwołującego DOME, dlatego jego interes nie powinien być dodatkowo narażony na negatywne konsekwencje spowodowane sposobem prowadzenia postępowania. Zamawiający będąc obowiązany do stosowania ustawy Pzp, a także będąc jednostką organizacyjną państwa powinien dbać o bezpieczeństwo obrotu i wobec tego ponosi społeczną odpowiedzialność wobec wykonawców i innych uczestników rynku przy udzielaniu zamówienia publicznego. Wskazać należy, że zarówno na szczeblu unijnym, jak i krajowym promowana jest idea Społecznie Odpowiedzialnych Zamówień Publicznych, jako elementu Nowego Podejścia do Zamówień Publicznych, która odnosi się m.in. do propagowania ekonomii społecznej i MSP oraz kwestii uczciwego i etycznego handlu przy poszanowaniu zasad traktatowych i dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 26 Dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. PE i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi dotyczącym warunków udzielania zamówień: „Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki rządzące realizacją zamówienia mogą, w szczególności, dotyczyć względów społecznych i środowiskowych.” Wyrazem tego jest przykładowo Komunikat Komisji dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień - KOM (2001) 566, którego celem jest wykazanie w odniesieniu do prawa unijnego możliwości zintegrowania aspektów społecznych i zamówień publicznych w najlepszy możliwy sposób i w efekcie przyczynienie się do zrównoważonego rozwoju. W nurt ten wpisują się również Dokument rządowy Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r. oraz Zalecenia Ministra Rozwoju Regionalnego oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące stosowania klauzul społecznych w zamówieniach publicznych.

IV. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez nieujęcie w OPZ (w dokumencie pn. Ocena Technologiczna kontraktu - INWENTARYZACJA ROBÓT, w

24

Kosztorysie Nr 7.13. WYTWÓRNIA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte” na str. 333 Tomu I SIWZ oraz w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych, znajdującym się w Tomie I SIWZ) magazynu soli, jako elementu niezbędnego do uwzględnienia w cenie oferty i koniecznego do wykonania.

Sól powinna być przechowywana w przystosowanym do tego magazynie, spełniającym wymagane normy i standardy, co potwierdza Tom IV SIWZ - STWiORB Zadanie II - STT OUA, gdzie wskazano na konieczność wykonania tego magazynu oraz na dotyczące go wymogi. Informacja, że konieczne jest wykonanie magazynu soli powinna znaleźć się jednak nie tylko w wymienionej STWiORB, ale także w innych dokumentach, tj. w: Kosztorysie Nr 7.13. „WYTWÓRNIĄ SOLANKI” (str. 333 Tomu I SIWZ) oraz w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych, znajdującym się w Tomie I SIWZ. Tymczasem informacja ta w wymienionych dokumentach się nie znalazła. Natomiast w dokumencie pn. Ocena Technologiczna kontraktu - INWENTARYZACJA ROBÓT, powinna się znaleźć informacja o zakresie w jakim prace dotyczące magazynu soli zostały już zrealizowane, czego również zaniechano.

Wskazać zatem należy, że Zamawiający nie uwzględnił w ramach SIWZ w sposób pełny, dokładny i niebudzący wątpliwości konieczności wykonania magazynu soli. Niewskazanie w wymienionych dokumentach, że częścią zamówienia jest również wybudowanie magazynu soli (a nie tylko wytwórnia solanki) stanowi naruszenie obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia z należytą starannością, tj. w sposób rzeczywiście odzwierciedlający zakres przedmiotu zamówienia (dokładny, jednoznaczny i wyczerpujący) i umożliwiający rzeczywistą wycenę oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wynika obowiązek opisanie w SIWZ sposobu obliczenia ceny oferty z należytą starannością czyli w sposób umożliwiający rzetelną wycenę oferty, co oznacza, że muszą być w niej uwzględnione wszystkie elementy cenotwórcze. Takim elementem jest informacja o koniecznym do wykonania zakresie prac dotyczącym magazynu soli. Brak tej informacji stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp) również dlatego, że w pkt III „Wycena” Tom I SIWZ - Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych wskazano: „Koszty Robót, przy których Wykonawca nie podał ceny jednostkowej lub wartości robót będą uznane za wartości uwzględnione w innych cenach jednostkowych lub wartościach robót przedstawionych w Przedmiarze - Kosztorysie Ofertowym. Zatem wykonawca, który sam nie przewidzi konieczności ujęcia kosztów

25

magazynu soli w innych pozycjach kosztorysowych nie będzie mógł domagać się dodatkowego wynagrodzenia za jego wykonanie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 14 grudnia 2012 r.

W dniu 14 grudnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania poprzez publikację na stronie internetowej oraz przesyłając wykonawcom, którzy wystąpili o doręczenie SIWZ.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione pisemnie i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 2769/12

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Strabag – jako wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu - spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w SIWZ Tom I SIWZ - Rozdział 2, „Formularz oferty i Formularze Załączników do oferty” - Formularz 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4., wymogu wskazania przez wykonawców zakresu udziału Dostawców i Usługodawców w realizacji dostaw i usług. Izba podziela stanowisko Odwołującego Strabag, że wymaganie powyższe wykracza poza zakres kognicji Zamawiającego wynikający z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w kwestionowanym przez Odwołującego Strabag Formularzu 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4., zażądał podania zakresu robót przewidzianych dla Podwykonawców (pisane dużą literą, zdefiniowane w Warunkach Kontraktu dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego” Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 stanowiących Warunki Ogólne Kontraktu) oraz zakresu dostaw i usług przewidzianych dla Dostawców i Usługodawców. Zamawiający zdefiniował w

26

Szczególnych Warunkach Kontraktu (część II) do Warunków Ogólnych ("Warunków Kontraktu dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego" Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999) pojęcie Dostawcy i Usługodawcy. Dostawca oznacza podmiot, który zawarł z Wykonawcą umowę, na podstawie której dostarcza Materiały lub Urządzenia na potrzeby wykonania Robót (dodatkowa Subklauzula 1.1.2.8 (a)), zaś Usługodawcą jest podmiot, który zawarł z Wykonawcą umowę, na podstawie której oddaje Wykonawcy do używania Sprzęt, Urządzenia lub Roboty Tymczasowe bądź świadczy usługi transportowe, geodezyjne, saperskie, archeologiczne oraz agencje pracy tymczasowej (dodatkowa Subklauzula 1.1.2.8. (b)). Z kolei w Subklauzuli 4.4. "Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy" ustalili zasady rządzące relacjami Zamawiający - Wykonawca w odniesieniu do Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców. Odwołujący Strabag nie kwestionował postanowień Subklauzuli 4.4.

W formularzu Oferty w pkt 8 Zamawiający wymagał podania zakresu powierzonych prac podwykonawcom (lub zadeklarowania samodzielnego wykonania zamówienia).

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, co następuje.

Art. 36 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Ustawa Pzp istotnie nie definiuje pojęcia podwykonawcy. Również przepisy prawa cywilnego, które zgodnie z art. 14 ustawy Pzp stosuje się, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej, nie zawierają takiej definicji. Powyższe nie oznacza jednak dopuszczalności jego dowolnej wykładni przez Zamawiającego skutkującej nieuprawnionym poszerzeniem zakresu obowiązków leżących po stronie wykonawców. Art. 36 ust. 4 ustawy Pzp odwołuje się do części zamówienia powierzanych do wykonania przez podwykonawców. Tym samym można przyjąć, że podwykonawstwo polega na wykonaniu przez wykonawcę części zamówienia publicznego z udziałem podmiotów trzecich, tj. nie będących wykonawcami w rozumieniu ustawy Pzp. Zakres zadań podwykonawcy odpowiada więc wynikającemu z opisu przedmiotu zamówienia zakresowi zadań samego wykonawcy. W pojęciu tym nie mieszczą się zatem dostawy czy usługi o charakterze komplementarnym, niezbędne do przeprowadzenia robót objętych zamówieniem, jednak nie stanowiące części tegoż zamówienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane co do zasady podwykonawstwo dotyczy będzie wykonania robót budowlanych, chyba że opis przedmiotu zamówienia pozwalałby na wyodrębnienie możliwych do powierzenia podmiotowi zewnętrznemu części zamówienia także w innym zakresie (por. wyrok KIO z 14 listopada 2008 r. sygn. akt KIO 1213/08).

Podobną regułą zdawał się zresztą kierować Zamawiający, definiując w Warunkach

27

Szczególnych pojęcia Dostawcy i Usługodawcy jako odrębne od pojęcia Podwykonawcy. Ustanowił zatem trzy oddzielne kategorie podmiotów zewnętrznych (innych niż Wykonawca) i konsekwentnie w Warunkach Szczególnych się nimi posługiwał. Należy zauważyć, iż w Subklauzuli (warunku) 4.4., do której referuje sporne postanowienie Formularza 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe) przewidział odmiennie wymagania dotyczące kategorii Podwykonawców oraz Dostawców i Usługodawców. W stosunku do

iz nie Podwykonawców Zamawiający zawarł zastrzeżenie,

Wykonawca podzleci

Podwykonawcom innych robót niż wskazane w Ofercie bez zgody Zamawiającego. Wskazał także, iż każdorazowe skierowanie Podwykonawcy do wykonania Robót wymaga uprzedniej, pisemnej akceptacji przez Zamawiającego i w związku z tym na Wykonawcy ciąży szereg obowiązków, w tym przedstawienia umowy (lub jej projektu) z Podwykonawcą

wraz z częścią dokumentacji dotyczącą zakresu wykonania Robót określonych w umowie lub projekcie, wynagrodzeniem zawierającym rozbić na poszczególne asortymenty robót składające się na łączną wartość zlecanych robót i czasu realizacji, przedstawienie dokumentów potwierdzających prawo reprezentacji oraz potwierdzających zdolność Podwykonawcy do wykonania planowanych zakresów robót. Zamawiający podejmuje decyzję (zgoda lub sprzeciw wobec zawarcia takiej umowy), a po uzyskaniu zgody (niewniesieniu sprzeciwu/zastrzeżeń) Wykonawca jest zobowiązany przed skierowaniem Podwykonawcy do wykonania robót do przedłożenia Zamawiającemu zawartej umowy o treści zgodnej z zatwierdzonym przez Zamawiającego projektem umowy. Niewykonanie obowiązków przewidzianych Subklauzulą 4.4. stanowi podstawę do usunięcia Podwykonawcy przez Zamawiającego lub żądania takiego usunięcia przez Wykonawcę, co nie wyklucza innych uprawnień Zamawiającego określonych w Warunkach Kontraktu (np. odstąpienia Zamawiającego w przypadku podzlecenia jakiegokolwiek części Robót bez akceptacji Zamawiającego dokonanej zgodnie z Subklauzulą 4.4.- Subklauzula 15.2. lit. (d)). Natomiast w odniesieniu do Dostawców i Usługodawców Wykonawca jest zobligowany wyłącznie do ich zgłoszenia Inżynierowi z podaniem nazwy, kopii zawartej umowy, zakresu rzeczowego i wartości świadczeń.

Ponadto wskazany w przywołanych powyżej definicjach zakres rzeczowy zdecydowanie wykracza poza rozumienie pojęcia podwykonawstwa (np. wynajem sprzętu, dostawy materiałów niezbędnych do prowadzenia robót, agencje pracy tymczasowej). Zakres taki został jednoznacznie podany w treści definicji. Niewątpliwie również umowy z Dostawcami i Usługodawcami nie mieszczą się w kategorii umów o podwykonawstwo w rozumieniu art. 647 ¹ § 5 k.c., gdyż nie dotyczą wykonania robót budowlanych. Zgodnie z przepisem art. 647 ¹ § 1 k.c. w umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres

28

robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Tym samym umowa o podwykonawstwo w rozumieniu powyższych przepisów dotyczy robót (budowlanych). Zamawiający odnotowuje ten fakt w treści Subklauzuli 4.4., odnosząc odpowiedzialność solidarną inwestora w rozumieniu art. 647 ¹ § 5 k.c. tylko do Podwykonawców (w rozumieniu Warunków Kontraktu). Odpowiedzialność wobec Dostawców i Usługodawców uregulowana została poza zakresem zastosowania art. 647 ¹ § 5 k.c. w oparciu o zasadę swobody kontraktowej.

Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie jakoby pojęcie podwykonawcy (pisane małą literą), którym posłużył się Zamawiający w pkt 8 formularza ofertowego, wymagając wskazania zakresu prac powierzanych podwykonawcom, należało rozumieć w odmienny sposób od pojęcia Podwykonawcy (pisanego wielką literą) i że obejmuje ono także Dostawców i Usługodawców. Nie wynika to ze sposobu sformułowania pkt 8. Zamawiający wprawdzie podnosił, iż formularz Oferty omyłkowo nie został dostosowany do zmienionych regulacji kontraktowych i zostanie zmodyfikowany, jednak jego aktualne brzmienie, biorąc pod uwagę utrwalone rozumienie pojęcia podwykonawstwa, nie pozwalało na przyjęcie, iż treść pkt 8 Oferty winna być zbieżna z treścią Formularza 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4., tj. podawać zakres robót powierzanych Podwykonawcom oraz zakres dostaw i usług realizowanych przez Usługodawców i Dostawców. W ocenie Izby bardziej słusznym byłby wniosek, iż uwzględniając zasady prawidłowej techniki sporządzania SIWZ, w tym umowy (Oferta jest przecież jej częścią), te same pojęcia należy rozumieć w ten sam sposób, choćby w ich zapisie posłużono się małą i wielką literą (na marginesie można zauważyć, iż Zamawiający nie zawsze jest w tym zakresie konsekwentny np. używając sformułowania roboty i Roboty na określenie tych samych prac). Oznacza to zdaniem Izby, iż nie sposób przyjąć, aby wykonawcy zaliczali do kategorii podwykonawców (pkt 8 formularza ofertowego) podmioty, które w załączniku do formularza ofertowego i w Kontrakcie są kwalifikowane jako Dostawcy i Usługodawcy, a nie Podwykonawcy. Jak było to wskazane powyżej objęcie zakresem podwykonawstwa w rozumieniu pkt 8 formularza Oferty dostaw i usług realizowanych przez Dostawców i Usługodawców nie znajduje także prawnego uzasadnienia. Tym samym zakres podany w pkt 8 oraz w Formularzu 2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4. mógłby się różnić. Z

praktycznego punktu widzenia oświadczenie w sprawie podwykonawstwa zawarte w pkt 8 Oferty choć stanowiące realizację ustawowego wymogu przewidzianego art. 36 ust. 4 ustawy Pzp pozostawałoby bez istotnego znaczenia - istotnym byłby zakres robót przewidziany do realizacji przez Podwykonawców wskazany w Formularzu 2.1. „Załącznik

29

do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4. jako decydujący o sposobie wykonania umowy, względnie różnice w obu zakresach mogłyby stać się podstawą sporów.

Izba w żadnym razie nie podziela stanowiska Zamawiającego, jakoby możliwość objęcia zakresem podwykonawstwa także dostaw i usług realizowanych przez Dostawców i Usługodawców wynikała z definicji zamówień publicznych (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp - zamówienia publiczne - umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane) czy definicji wykonawcy (art. 2 pkt 11 wykonawca - osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego). Definicja zamówień publicznych odwołuje się do usług, dostaw i robót budowlanych jako różnych kategorii zamówień publicznych ze względu na przedmiot umowy (w niniejszym postępowaniu są to roboty budowlane) i nie ma żadnego związku z zakresem podwykonawstwa w ramach takiej umowy, w szczególności poprzez przyjęcie, że usługi czy dostawy o charakterze komplementarnym dla wykonywanych robót budowlanych winny być zaliczone do podwykonawstwa. Podobnie ustawowa definicja wykonawcy pozostaje w tej mierze prawnie irrelevantna. Podwykonawstwo dotyczy bowiem przedmiotu zamówienia realizowanego przez wykonawcę z udziałem podmiotów trzecich, a nie zakresu podmiotowego tego pojęcia.

Izba nie podziela także stanowiska, jakoby wejście w życie ustawy z 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 891) określającej zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad za zrealizowane i odebrane prace, które nie mogą być zaspokojone na podstawie art. 647 ¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny rozszerzyła kategorię podwykonawstwa, obejmując jej zastosowaniem podmioty nie mieszczące się w definicji Podwykonawcy (tj. o Dostawców i Usługodawców). Po pierwsze zgodnie z art. 3 przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy Pzp, nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy. Nie wprowadziła ona żadnej zmiany w zakresie ustawy Pzp.

30

Uregulowanie przez Zamawiającego zasad spłaty należności Dostawców i Usługodawców w Subklauzuli 4.4. nastąpiło zatem w oparciu o zasadę swobody umów i nie zostało wymuszone przez zmiany legislacyjne wynikające z wejścia w życie powyższej ustawy. Ustalenie zasad odpowiedzialności finansowej Zamawiającego wobec Dostawców i Usługodawców w Subklauzuli 4.4. nie skutkuje również *per se* objęciem ich zakresem pojęcia podwykonawca w rozumieniu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Jak było to wskazane powyżej przepisy wzmiankowanej ustawy nie wprowadziły zmian do ustawy Pzp, nie posługują się też pojęciem podwykonawcy, dostawcy ani usługodawcy. Określają jedynie zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności, co do których brak możliwości ich zaspokojenia na podstawie art. 647 ¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (bez wskazania czy dotyczy ona podmiotów innych niż podwykonawcy robót budowlanych, czy także podwykonawców co do których nie zachowano zasad niezbędnych do zastosowania art. 647 ¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny).

Powszechnie przyjmuje się, iż zakres kognicji Zamawiającego oraz równocześnie zakres obowiązków wykonawców w świetle art. 36 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie podania zakresu rzeczowego zamówienia powierzanego podwykonawcom (części zamówienia). Zamawiający nie może na etapie składania ofert żądać podania nazw podwykonawców, którzy powyższy zakres będą realizować. Skoro zatem literalna wykładnia tego przepisu ogranicza Zamawiającego tylko do żądania zakresu podwykonawstwa, brak jest podstaw prawnych dla przyjęcia, iż może on żądać na etapie składania ofert informacji poza ten zakres wykraczających, tj. w odniesieniu do dostaw i usług przewidywanych dla Dostawców i Usługodawców. Skoro nawet w ramach wymaganego ustawowo zakresu nie jest dopuszczalne żądanie informacji dodatkowych (nazw), tym bardziej stwierdzić należy niedopuszczalność żądania informacji, które ustawą Pzp nie są objęte. Należy również podkreślić, iż sam Zamawiający przyznał, że podanie przewidywanego udziału Dostawców i Usługodawców ma charakter informacyjny, a brak takich informacji na etapie składania ofert pozostaje bez wpływu na możliwość realizacji Subklauzuli 4.4. Jak było to już wskazane powyżej przewidywany zakres dostaw i usług realizowanych przez Dostawców i Usługodawców w istocie pozostaje bez istotnego znaczenia dla Zamawiającego (odmiennie niż zakres robót przewidywany w ofercie dla Podwykonawców). Dostawcy i Usługodawcy podlegają bowiem wyłącznie procedurze zgłoszenia wraz z obowiązkiem przedstawienia zawartej z nimi umowy i podaniem m.in. zakresu dostaw/usług. Wiedza o tym zakresie na etapie składania ofert nie wiąże się zatem z koniecznością zapewnienia realizacji jakichkolwiek umownych uprawnień/obowiązków, może natomiast potencjalnie wywołać wątpliwości, gdy na etapie wykonania Kontraktu zakres dostaw i usług podany w Formularzu

31

2.1. „Załącznik do oferty (Dane Kontraktowe)” rubryka: „Podwykonawcy, Dostawcy i Usługodawcy”, nr warunku 4.4. odbiegał będzie od faktycznego zakresu wykazywanego w dokonywanych zgłoszeniach. Zamawiający nie posiada bowiem żadnych umownych mechanizmów wpływu na listy zgłaszanych Dostawców i Usługodawców (o ile spełniają kryteria definicji zawartych w Kontrakcie).

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Sygn. akt KIO 2774/12

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odnosząc się do spełnienia przez Odwołującego DOME określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek warunkujących merytoryczne rozpoznanie odwołania stwierdzić należy, że ich istnienie w przedmiotowej sprawie budzi poważne wątpliwości. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od odwołującego wykazania się interesem w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesioną lub możliwą do poniesienia szkodą wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ramach postępowania odwoławczego ochronie podlega zatem przede wszystkim interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia zagrożony w wyniku czynności bądź zaniechań zamawiającego niezgodnych z ustawą Pzp. Niewątpliwie na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp należy interpretować szeroko, aby nie ograniczać uprawnień odwoławczych. Nie oznacza to jednak zwolnienia odwołującego z ich wykazania czy wprowadzenia domniemania, iż przesłanki takie co do zasady istnieją zawsze. Na etapie ogłoszenia o zamówieniu i upublicznieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodne z ustawą Pzp czynności/zaniechania zamawiającego winny zatem w negatywny sposób wpływać na możliwość uzyskania przez

niego zamówienia, np. utrudniając złożenie konkurencyjnej oferty czy też powodując konieczność ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z przepisami prawa. Podnoszone zarzuty muszą zatem korespondować z faktycznym zagrożeniem pozycji danego odwołującego w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia publicznego. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie pozwala tym samym na wnoszenie odwołań wyłącznie na rzecz innych wykonawców, gdy interes wnoszącego odwołanie w istocie nie jest zagrożony. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes i szkoda muszą odnosić się do podmiotu, który wnosi odwołanie. Ponadto celem i skutkiem wniesienia odwołania winno być poszerzenie, a nie zawężenie kręgu wykonawców zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący DOME podniósł dwie grupy zarzutów, z którymi powiązał odmienne żądania. Po pierwsze zarzucał naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp - poprzez ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek oraz związanej z tym dokumentacji projektowej, podczas gdy ten zakres przedmiotu zamówienia może być wykonany tylko przez Odwołującego DOME z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych. W następstwie żądał wydzielenia z zakresu objętego przedmiotowym postępowaniem zadania polegającego na wykonaniu magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek w celu umożliwienia zlecenia jego wykonania Odwołującemu DOME w trybie zamówienia z wolnej ręki w związku z niewyrażeniem zgody przez Zamawiającego na wniosek Odwołującego DOME na wydzielenie tego zadania i wykonanie go na podstawie umowy z wolnej ręki oraz zagrożeniem degradacją wykonanej konstrukcji dachowej, a także nierozliczeniem przez Zamawiającego w ramach odpowiedzialności solidarnej wykonanych robót i koniecznością ponoszenia przez Odwołującego DOME wysokich odsetek karnych. Należy zauważyć, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wykonanie magazynu soli wraz ze stacją wytwarzania solanek, lecz kontynuacja budowy autostrady A4 Tarnów-Rzeszów, w ramach której w części dotyczącej Obwodu Utrzymania Autostrady należy wykonać również magazyn soli wraz ze stacją wytwarzania solanek. Skoro jak twierdzi Odwołujący DOME jako jedyny może wykonać tę część zamówienia, jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznaje żadnego uszczerbku. Wręcz przeciwnie stawia go w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych potencjalnych wykonawców. Jeśli, jak twierdzi,

wymogi Zamawiającego są zbieżne z ukształtowanymi w poprzednim postępowaniu, może on wykorzystać przygotowaną przez siebie dokumentację i prefabrykaty, uwzględniając to w kalkulacji ceny oferty oraz planowanym sposobie i harmonogramie realizacji zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego DOME, iż błędny opis przedmiotu zamówienia utrudnia jego pozycję negocjacyjną w zakresie możliwości nawiązania współpracy z innymi wykonawcami celem złożenia oferty w postępowaniu, czyniąc złożenie oferty znacząco utrudnionym i niepewnym. Odwołujący DOME nie jest zatem w stanie wykazać możliwości poniesienia szkody wskutek objęcia zakresem OPZ wykonania magazynu soli wraz ze stacją wytwarzania solanek, które zdaniem Odwołującego DOME winien on wykonywać w ramach zamówienia z wolnej ręki. W ocenie Izby wbrew twierdzeniom Odwołującego DOME podnoszonym na rozprawie, iż zamierza on brać udział w realizacji zamówienia wraz z innymi podmiotami, z treści odwołania, prezentowanej argumentacji, jak i z zawartego w odwołaniu żądania wynika, że Odwołujący DOME zainteresowany jest faktyczną realizacją jedynie zakresu, co do którego domaga się wyłączenia z przedmiotu zamówienia i powierzenia mu do wykonania w trybie z wolnej ręki. Zadośćuczynienie temu żądaniu w pełni zaspokaja interes Odwołującego DOME. Odwołujący DOME był bowiem podwykonawcą dalszym robót obejmujących wykonanie Obwodu Utrzymania Autostrady Straszęcín w ramach inwestycji pn. „Budowa autostrady A-4 Tarnów - Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550”, przerwanej ze względu na jednostronne zakończenie umowy przez Zamawiającego z generalnym wykonawcą - Konsorcjum Hydrobudowa, a której kontynuacji dotyczy przedmiotowe postępowanie. Odwołujący DOME na podstawie

umowy z podwykonawcą Konsorcjum Hydrobudowa wykonał określony zakres prac, za które to prace nie otrzymał wynagrodzenia, a Zamawiający odmówił pokrycia roszczeń w ramach odpowiedzialności solidarnej inwestora. W chwili obecnej Odwołujący DOME ponosi koszty przechowywania przygotowanych materiałów oraz koszty związane z opóźnieniami płatności. Szkoda Odwołującego DOME polega zatem nie tyle na utrudnieniu uzyskania zamówienia na kontynuację budowy autostrady A4 Tarnów - Rzeszów z uwagi na wadliwy opis przedmiotu zamówienia, ale paradoksalnie na konieczności uczestniczenia w tym postępowaniu jako wykonawca, gdyż wówczas istnieje gwarancja realizacji spornego zakresu w sposób oczekiwany przez Odwołującego DOME. Niepowierzenie Odwołującemu DOME robót w trybie zamówienia z wolnej ręki naraża go na dalsze koszty i ryzyko strat oraz nie zapewnia pokrycia kosztów już poniesionych. Należy jednak podkreślić, iż zagrożenie tego rodzaju szkoda, podobnie jak i szkoda w postaci nieotrzymania

34

wynagrodzenia za wykonane przez Odwołującego DOME prace w ramach umowy z podwykonawcą Konsorcjum Hydrobudowa, w tym odmowa uwzględnienia jego roszczeń przez Zamawiającego na zasadach odpowiedzialności solidarnej inwestora, nie podlega ochronie w postępowaniu odwoławczym przez Izbą. Celem postępowania odwoławczego nie jest bowiem udzielanie wsparcia w procesie dochodzenia roszczeń czy niwelowanie niekorzystnych skutków rozwiązanych i nierozliczonych umów. Postępowanie odwoławcze służy usuwaniu wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powstałych wskutek naruszeń przez Zamawiającego ustawy Pzp.

Podobnie wątpliwe jest spełnienie przesłanek odwoławczych z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zasadniczej części drugiej grupy zarzutów, tj. dotyczących naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp co winno skutkować, zdaniem Odwołującego DOME, dokonaniem modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, by:

- w OPZ znalazła się jasna, dokładna i wyczerpująca informacja o wykonanej przez Odwołującego DOME, odebranej i zatwierdzonej przez Zamawiającego (Inżyniera Rezydenta), dokumentacji projektowej dotyczącej magazynu soli drogowej EURODOME® D38 wraz ze stacją wytwarzania solanek (w ramach realizacji przez Odwołującego DOME jako dalszego podwykonawcy przerwanej inwestycji pn. „Budowa autostrady A-4 Tarnów - Rzeszów na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km 502+796,97 do około 537+550”) oraz informacja o warunkach udostępnienia tej dokumentacji w ramach niniejszego postępowania, celem umożliwienia wykonawcom wzięcia tego faktu pod uwagę przy sporządzaniu i składaniu ofert, w tym przy ich wycenie oraz doborze konsorcjantów i podwykonawców oraz

- w OPZ znalazła się jasna, dokładna i wyczerpująca informacja o rodzaju, typie, zakresie rzeczowym, stanie technicznym oraz dokładnym miejscu przechowywania wykonanych przez Odwołującego DOME (w ramach realizacji przez Odwołującego DOME przerwanej inwestycji j.w.) prefabrykowanych paneli drewnianych konstrukcji dachowej oraz konstrukcji wrót drewnianych magazynu soli, celem umożliwienia wykonawcom wzięcia tego faktu pod uwagę przy sporządzaniu i składaniu ofert, w tym przy ich wycenie oraz doborze konsorcjantów i podwykonawców.

Ponadto Odwołujący oczekiwał przedstawienie statusu formalnego i stanu rozliczeń z wykonawcą przedmiotowego zadania - Odwołującym DOME - w zakresie zaprojektowania i budowy „pod klucz” magazynu materiałów odśnieżnych i wytwórni solanki

35

i wskazania na obowiązek wykonania w pierwszej kolejności przedmiotowego zadania, jako już faktycznie wykonanego przez Odwołującego DOME oraz ze względu na zagrożenie degradacją wykonanej konstrukcji dachowej.

Podobnie jak poprzednio interes Odwołującego DOME w uzyskaniu zamówienia nie doznaje uszczerbku, a art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie upoważnia odwołującego do występowania na rzecz innych podmiotów, które ewentualnie mogą być w swych uprawnieniach ograniczone. Szkoda natomiast polega na tym, że brak powyższych informacji może negatywnie wpływać na szanse Odwołującego DOME na wykonanie zamówienia w tym zakresie jako potencjalny podwykonawca, a zatem i na

zrekompensowanie dotychczas poniesionych kosztów. Nie jest to jednak szkoda, której powstanie grozi mu jako potencjalnemu wykonawcy. Jego interes jako wykonawcy nie jest zagrożony. Będąc wykonawcą, decyduje lub współdecyduje bowiem o sposobie i terminie wykonania poszczególnych części zamówienia, toteż ryzyko powstania po jego stronie szkody na skutek zarzucanego naruszenia ustawy Pzp w istocie nie powstaje. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga spełnienia przesłanki interesu i szkody kumulatywnie, co w niniejszym przypadku nie zachodzi.

Wskazać zatem należy, że z zakresu zarzutów zawartych w odwołaniu jedynie te odnoszące się do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nieujęcie w szczególności w dokumencie pn. Ocena Technologiczna kontraktu - INWENTARYZACJA ROBÓT, w Kosztorysie Nr 7.13. „WYTWÓRNIA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte ” na str. 333 Tomu I SIWZ — Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych oraz w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych znajdującym się w Tomie I SIWZ, magazynu soli, jako elementu niezbędnego do uwzględnienia w cenie oferty i koniecznego do wykonania, wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA), co powoduje, że opis ten jest niepełny, niedokładny i niejednoznaczny, spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż może potencjalnie wpływać na wadliwość wyceny zawartej w ofercie czy nieprawidłowości kosztorysu.

Izba uznała jednak, że z uwagi na specyfikę sprawy pomimo opisanych powyżej wątpliwości względem wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp co do zasadniczej części odwołania, będzie ono podlegało rozpoznaniu w pełnym zakresie.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

36

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp - poprzez ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia magazynu soli drogowej wraz ze stacją wytwarzania solanek oraz związanej z tym dokumentacji projektowej, podczas gdy ten zakres przedmiotu zamówienia może być wykonany tylko przez Odwołującego DOME z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych.

Izba uznała, że Odwołujący DOME nie wykazał, iż jest jedynym podmiotem, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z uwagi na ochronę praw wyłącznych może wykonać zamówienie w spornym zakresie, co uzasadniałoby zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp. Odwołujący DOME swoje stanowisko oparł na częściowym wykonaniu przez siebie prac związanych z budową magazynu soli w ramach poprzednio zawartej umowy, której zakończenie i dokonanie rozliczenia poniesionych kosztów zostało uniemożliwione wskutek rozwiązania umowy z generalnym wykonawcą robót - Konsorcjum Hydrobudowa. Z tego względu i z uwagi na okoliczność, że przedmiotowe postępowanie dotyczy kontynuacji budowy autostrady A 4 Tarnów Rzeszów realizowanej przez Konsorcjum Hydrobudowa i obejmuje swym zakresem wyłącznie niewykonaną część zamówienia poprzedniego, zdaniem Odwołującego DOME, roboty związane z budową magazynu soli powinny być powierzone wyłącznie jemu, z uwzględnieniem już wykonanych prac.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, aby okoliczność, że Odwołujący DOME wykonał część prac, tj. sporządził dokumentację wykonawczą oraz przygotował materiały do wykonania robót (konstrukcja dachowa i konstrukcja wrót drewnianych magazynu soli) decydowało o zaistnieniu przesłanki przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Przyczyny te muszą być tego rodzaju, aby obiektywne względy uzasadnione kryterium technicznym wymuszały konieczność udzielenia zamówienia konkretnemu podmiotowi. Podmiot ten musi być zatem jedynym, który ze względów technicznych jest w stanie zamówienie wykonać. Okoliczności podane powyżej nie spełniają powyższej przesłanki. Stanowią one tylko określone okoliczności faktyczne związane ze sposobem realizowania poprzedniego zamówienia, pozostając tym samym bez związku z kryterium technicznym o obiektywnym charakterze.

Odwołujący DOME odwoływał się również do tego, że rozwiązania EURODOME® są jedynymi na świecie – typowymi rozwiązaniami stacjonarnych magazynów soli o tak dużych pojemnościach, które spełniają wymagania techniczno-funkcjonalne stawiane

magazynom soli i co do których posiada licencję wyłączną. Odwołujący DOME nie wykazał jednak, aby istotnie była to wyłączna technologia, w jakiej można wykonać tę część zamówienia. Zamawiający dopuścił bowiem rozwiązania równoważne, które, jak podnosił na rozprawie, są wykorzystywane w obecnych realizacjach. Odwołujący DOME nie udowodnił, że takich równoważnych rozwiązań nie ma lub nie mogą być zastosowane. Swoją argumentację oparł przede wszystkim na tym, że jako poprzedni wykonawca części prac w odniesieniu do budowy magazynu soli korzystał z tej technologii, toteż kontynuacja budowy musi opierać się na tej samej technologii. Takiego stanowiska nie sposób podzielić.

Należy także zauważyć, wbrew twierdzeniom Odwołującego DOME, że w ramach poprzedniego zamówienia nie zostały wykonane żadne roboty budowlane związane z budową magazynu soli. Wykonano prace wstępne, tj. sporządzona została dokumentacja wykonawcza oraz przygotowane materiały niezbędne do wykonania robót budowlanych. Dokumentacja wykonawcza nie podlegała odbiorowi Zamawiającego, lecz jedynie zatwierdzeniu, które jest niezbędne dla uznania zgodności robót z wymaganiami Zamawiającego. Podobnie przygotowane materiały nie zostały odebrane przez Zamawiającego, lecz są jedynie przechowywane za jego zgodą na terenie budowy na wniosek Odwołującego DOME do czasu wyłonienia wykonawcy na dokończenie robót (pismo Zamawiającego z 6 września 2012 r.), pozostając jego własnością. Śadne roboty budowlane dotyczące magazynu soli nie miały miejsca, stąd założenia o konieczności ograniczenia się wyłącznie do technologii wykorzystywanej przez Odwołującego DOME w poprzednim postępowaniu nie można uznać za słuszne. Inni wykonawcy nadal mają techniczną i prawną możliwość korzystania z równoważnych technologii. Podobnie zresztą jak mogą skorzystać z udziału Odwołującego DOME w charakterze podwykonawcy, jak miało to miejsce podczas poprzedniej realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, przesłanki do udzielenia Odwołującemu DOME zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp nie zostały spełnione.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie niejednoznacznego, niewyczerpującego, niedokładnego i nieuwzględniającego wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty OPZ oraz art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie OPZ w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Odwołujący DOME wskazywał m.in., że dowodem na powyższe naruszenie jest to, że z jednej strony OPZ

obejmuje wykonanie magazynu soli i wytwórni solanki, a z drugiej nie przewiduje konieczności ich wyceny, jak również nie uwzględnia faktu wykonania prefabrykatów drewnianych konstrukcji dachowej i wrót drewnianych magazynu soli. Z uwagi na okoliczność, że postępowanie ma na celu kontynuację przerwanej inwestycji, istotną informacją dla wykonawców oraz dla prawidłowego kształtu OPZ jest nie tylko to, jaki zakres rzeczowy formalnie został już odebrany, ale przede wszystkim, jaki zakres rzeczowy zamówienia został faktycznie wykonany. Wykonawcy zainteresowani postępowaniem powinni być poinformowani o przeprowadzeniu pełnego postępowania zatwierdzającego dokumentację techniczną dla magazynu soli i wytwórni solanki EURODOME®D 38, która to dokumentacja została odebrana i zatwierdzona przez Zamawiającego, a także poinformowani o wykonaniu, dostarczeniu i składowaniu prefabrykowanych elementów drewnianych magazynu soli. Informacje w tym zakresie powinien zawierać przede wszystkim dokument opisujący inwentaryzację wykonanych faktycznie prac, czego Zamawiający zaniechał.

Iżba nie podziela stanowiska, aby powyższe braki świadczyły o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ani ust. 2 ustawy Pzp. Słusznie podnosił Zamawiający, iż nie zostały wykonane żadne roboty budowlane w zakresie magazynu soli, stąd inwentaryzacja zasadnie ujmuje je jako roboty nierozpoczęte. Odwołujący DOME wykonał jedynie dokumentację wykonawczą, która podlegała zatwierdzeniu Zamawiającego jako czynności niezbędnej w procedurze wykonania robót i która dotyczy wybranej przez niego technologii. Zamawiający twierdził, iż dokumentacja ta nie została mu przekazana w sposób, który umożliwia jej udostępnianie i włączenie do dokumentacji postępowania, a Odwołujący

DOME nie wykazał niesłuszności tego stanowiska. Ponadto skoro roboty nie zostały rozpoczęte, decyzji wykonawców należy pozostawić wybór technologii, w której wykonywać będą magazyn soli, podobnie jak i wybór podmiotu, który roboty te będzie wykonywał. Jak było to wskazane powyżej, Odwołujący DOME nie udowodnił, iż istotnie nie ma możliwości wykonania magazynu soli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego bez wykorzystania technologii EURODOME®, w konsekwencji z udziałem Odwołującego DOME. Zamawiający nie ma możliwości narzucenia innym wykonawcom sposobu wykonania zamówienia w tym zakresie, w szczególności poprzez zobowiązanie ich do wykorzystania opracowanej przez Odwołującego DOME dokumentacji wykonawczej oraz przygotowanych prefabrykatów, czego w istocie oczekuje Odwołujący DOME. Prawa do dokumentacji nie należą do Zamawiającego, podobnie nie dokonywał odbioru przygotowanych prefabrykatów.

39

Informacja o zakresie faktycznym wykonanych prac mogła być ujęta w OPZ, ale nie było takiego obowiązku po stronie Zamawiającego. Odwołujący DOME sam wskazuje, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo wykorzystania wykonanej przez niego dokumentacji przez wykonawcę wybranego w postępowaniu i kontynuację inwestycji. Odwołujący DOME nie wyjaśnił jednak, w jaki sposób powyższe może naruszać jego interes i jak wykonawca może wejść w jej posiadanie, skoro nie stała się ona częścią dokumentacji przedmiotowego postępowania. Wykorzystanie tej dokumentacji odbywać się więc może tylko za zgodą właściciela dokumentacji. Inne wykorzystanie stanowić będzie naruszenie przysługujących mu praw. Podobnie kwestia wykorzystania już przygotowanych prefabrykatów zależeć winna od decyzji wykonawcy robót, nie można go do tego zobligować, podobnie jak nie można go zobligować do wyboru technologii oferowanej przez Odwołującego DOME. Wykorzystanie tych materiałów winno zatem zależeć wyłącznie od uzgodnień między stronami, a powyższe uzgodnienia nie należą do materii ujmowanej w OPZ. Iżba zauważa, iż to właśnie wprowadzenie takiego postanowienia mogłoby narazić Zamawiającego na zarzut ograniczenia konkurencji.

Iżba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego DOME, iż nieuwzględnienie przez Zamawiającego, pomimo takiej zapowiedzi, w OPZ faktycznego zakresu prac wykonanego przez Odwołującego DOME jest sprzeczne z wymogiem dbałości o bezpieczeństwo obrotu i samą obietnicą Zamawiającego minimalizowania negatywnych skutków spowodowanych rozwiązaniem umowy z Konsorcjum Hydrobudowa dla przedsiębiorców, którzy uczestniczyli w jej realizacji, co miałyby świadczyć o naruszeniu ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż OPZ winien być redagowany z uwzględnieniem odpowiednich przepisów ustawy Pzp. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, na który powołuje się Odwołujący DOME, dotyczy zakazu formułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Możliwość taka zachodzi, gdy opis przedmiotu zamówienia preferuje określonego wykonawcę lub technologię. Minimalizowanie negatywnych skutków rozwiązania umowy z Konsorcjum Hydrobudowa nie może być zatem dyrektywą, na której opierać się ma Zamawiający, tworząc OPZ. Temu celowi służą inne instrumenty, w tym odpowiedzialność solidarna inwestora względem podwykonawców robót budowlanych czy zasady spłaty należności uregulowane ustawą z 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 891).

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36

40

ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nieujęcie w szczególności w dokumencie pn. Ocena Technologiczna kontraktu - INWENTARYZACJA ROBÓT, w Kosztorysie Nr 7.13. „WYTWÓRNIA SOLANKI - Roboty nie rozpoczęte ” na str. 333 Tomu I SIWZ - Kosztorys ofertowy i Tabela wartości elementów scalonych oraz w Formularzu 2.3. Tabela Wartości Elementów Scalonych znajdującym się w Tomie I SIWZ, magazynu soli, jako elementu niezbędnego do uwzględnienia w cenie oferty i koniecznego do wykonania, wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia w części dotyczącej Obwodu Utrzymania Autostrady (OUA), co powoduje, że opis ten jest niepełny, niedokładny i niejednoznaczny. Odwołujący DOME sam przyznał w odwołaniu, iż Tom IV SIWZ – STWiORB Zadanie II – STT OUA wskazuje na konieczność wykonania magazynu soli oraz precyzuje dotyczące go

wymogi. W dokumentacji tej pod nr B.20.01.01. Magazyn soli pkt 1.3. Zakres Robót objętych STWiORB podano, że zakres rzeczowy obejmuje: - dostawę oraz montaż magazynu soli wraz z instalacją oraz montaż urządzeń do produkcji solanki. W dalszej części podane zostały szczegółowe wymogi, które winny zostać w ramach tej części zamówienia spełnione. Niewątpliwie zatem zakres przedmiotu zamówienia obejmuje magazyn soli. Kosztorys ofertowy Nr 7.13 Wytwórnia solanki odwołuje się do Nr STWiORB B.20.01.01. Obejmuje: 1. urządzenie do produkcji solanki (1kpl), 2. doprowadzenie do wytwórni instalacji wodnej (1 kpl), 3. doprowadzenie do wytwórni instalacji elektrycznej i oświetleniowej (1kpl), 4. magazyn wytwórni solanki (1kpl). Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż dla profesjonalnego wykonawcy, a do takich skierowane jest przedmiotowe postępowanie, oczywistym jest, że w kosztorysie 7.13 Wytwórnia solanki należy wycenić i ująć cały zakres robót przewidzianych w STWiORB B.20.01.01., który literalnie dotyczy magazynu soli. Magazyn wytwórni solanki obejmuje zatem także magazyn soli, co w ocenie Izby nie wymaga ingerencji w treść SIWZ poprzez jej doprecyzowanie w sposób oczekiwany przez Odwołującego DOME. Podobnego doprecyzowania nie wymagają pozostałe wskazane przez Odwołującego DOME dokumenty. Zdaniem Izby wykonawcy dysponują wystarczającymi informacjami, aby ustalić prawidłowy zakres zamówienia podlegający wycenieniu i nie pominąć w niej magazynu soli, ujmując go w pkt dotyczącym magazynu wytwórni solanki. Zarzut Odwołującego DOME Izba uznała zatem za bezzasadny.

Izba nie podziela także stanowiska jakoby w dokumencie Ocena Technologiczna kontraktu – INWENTARYZACJA ROBÓT winna znaleźć się informacja o zakresie, w jakim prace dotyczące magazynu soli zostały zrealizowane. Izba podtrzymuje w tej mierze swoje ustalenia i stanowisko przedstawione niniejszym uzasadnieniu powyżej.

41

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

42