Sygn. akt: KIO 920/11

WYROK
z dnia 13 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 29 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-113 Kraków**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie pkt 5) ppkt 2.2 oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sekcji III.2.1) pkt 2.2**

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-113 Kraków** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od **Uniwersytetu Jagiellońskiego, Gołębia 24, 31-113 Kraków** na rzecz **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Ujastek 7, 30-969 Kraków** kwotę: **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania.

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 Krakowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 920/11

Uzasadnienie

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wyłonienie *Generalnego Wykonawcy, wykonania robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją budowy Centrum Biotechnologii, obiektu Małopolskiego zlokalizowanego na terenie Kampusu 600–lecia Odnowienia UJ w Krakowie, dotycząca projektu współfinansowanego przez UE w ramach POIG. Nr sprawy: CRZP/UJ/83/2011".* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa *Pzp".* Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 19 kwietnia 2011 r. pod nr 2011/S 76-124295.

W postępowaniu tym wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej:

„Odwołujący") w dniu 29 kwietnia 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 28 kwietnia 2011 r.

W piśmie z dnia 12 maja 2011 r. przesłanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową do akt sprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Złożone przez Odwołującego odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") i zostało złożone na:

1. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie pkt 5) 2 ppkt 2.2. SIWZ przewidującego wymaganie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu, tj. zrealizowaniu jednej roboty polegającej na budowie zwierzętarni nie mniejszej niż 100 m ^{2} powierzchni oraz
2. Postanowienia SIWZ zawarte we Wzorze Umowy w § 4 ust. 1, § 5 ust. 3, § 10 ust. 5.

W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej: „rozporządzeniem *w sprawie dokumentów",* a także art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 628-632, art. 473 § 2 i art. 353 ^{1} Kc.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. zmianę w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – poprzez wykreślenie pkt 5) 2 ppkt 2.2 SIWZ wymagającego od wykonawcy wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu, tj. zrealizowaniu jednej roboty polegającej na budowie zwierzętarni nie mniejszej niż 100 m ^{2} powierzchni.
2. Zmianę w SIWZ poprzez wykreślenie następujących zmian we Wzorze Umowy:
   − wykreślenie § 4 ust. 1 −
   zmianę § 5 ust. 3 w następujący sposób: „Terminy *realizacji mogą ulec przedłużeniu z powodu obniżenia lub braku finansowania przedmiotowego zadania inwestycyjnego. W razie zaistnienia takiej przesłanki, Zamawiający poniesie koszty i pokryje koszty zabezpieczenia placu budowy oraz poniesie przez Wykonawcę koszty wynikające z przedłużenia terminu realizacji."*
   − Zmianę § 10 ust. 5 w następujący sposób: „W *razie braku zgody Zamawiającego na odbiór przedmiotu umowy obciążonego wadami istotnymi Wykonawca usunie powstałe wady istotne i zgłosi ponownie element do odbioru bez prawa dodatkowego wynagrodzenia, przy czym czas potrzebny na usunięcie stwierdzonych wad istotnych nie powoduje zmiany terminów realizacji umowy".*

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp powinny być adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i z nim związane, natomiast takim warunkiem nie jest doświadczenie w budowie zwierzętarni. Podkreślił, że warunek ten drastycznie ogranicza konkurencję a ponadto nie wiadomo co oznacza i jaki jest jego cel, tzn. nie wiadomo jakim doświadczeniem w wykonaniu jakich specjalistycznych robót budowlanych ma się wykazać wykonawca. Wskazał, że pojęcie zwierzętarni nie jest pojęciem zdefiniowanym przez przepisy Prawa budowlanego, a sam Zamawiający także tego pojęcia nie definiuje. Według Odwołującego budynek zwierzętarni to budynek przystosowany do hodowli zwierząt, co nie wskazuje na konieczność spełniania przez takiego rodzaju pomieszczenie jakiś szczególnych

parametrów, czy elementów wykonawstwa budowlanego, które uzasadniałoby konieczność posiadania w tym względzie odrębnego doświadczenia przez wykonawcę. Według Odwołującego według opisu przedmiotu zamówienia zwierzętarnia, która ma powstać w wyniku przedmiotowego zamówienia także nie zawiera w sobie szczególnych rozwiązań, które uzasadniałyby wymóg specjalnego doświadczenia przy jej realizacji.

Co do zarzutów odnoszących się do postanowień Wzoru Umowy Odwołujący, powołując się na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (sygn. akt: ICA 1147/00) podniósł, że przy przyjętym w niniejszym postępowaniu ryczałtowym charakterze wynagrodzenia umownego niedopuszczalne jest posługiwanie się przez Zamawiającego kosztorysem ofertowym do rozliczania prac celem obniżenia wynagrodzenia stosownie do regulacji przewidzianej w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy.

W zakresie postanowień § 5 ust. 3 Wzoru Umowy Odwołujący podniósł, że tym zapisie Zamawiający wskazuje, że w przypadku przedłużenia terminów realizacji inwestycji z powodu obniżenia lub braku finansowania przedmiotowego zadania inwestycyjnego Zamawiający poniesie tylko koszty zabezpieczenia palcu bodowy, zaś Odwołujący domagał się w tym zakresie dopisania także kosztów wykonawcy wynikających z przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Wskazywał, że takie ograniczenie prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie konkretyzuje zastrzeżonego na swoją korzyść uprawnienia do wydłużenia terminu realizacji umowy, czy też jej zawieszenia co powoduje brak jakiejkolwiek możliwości prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawców i złożenia porównywalnych ofert, naruszając zasadę uczciwej konkurencji.

W zakresie postanowień § 10 ust. 5 Wzoru Umowy Odwołujący podniósł, że wymóg usunięcia przez wykonawcę wad i ponownego zgłoszenia określonego elementu prac do odbioru bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia, przy określeniu także, że czas potrzebny na usunięcie stwierdzonych wad nie powoduje zmiany terminów realizacji umowy narusza art. 353^1 Kc. Wskazał, że w tym zakresie powinno być wprowadzone ograniczenie wyłącznie do istotnych wad. Powołał się tutaj na stanowisko Sadu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt: V CSK 99/2007.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko – zarzuty, żądania i argumentację z odwołania, za wyjątkiem zakresu odwołania odnoszącego się do postanowień § 5 ust. 3 i § 5 ust. 3 Wzoru Umowy.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się, wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Zawnioskował też o przeprowadzenie określonych zawnioskowanych dowodów w sprawie.

Co do kwestii zarzutu związanego z opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał on, że Odwołujący w sposób wybiórczy przytoczył postanowienia SIWZ dotyczące tego opisu warunku, nie przywołując możliwości spełniania wymogu dotyczącego budowy zwierzętarni w ramach innych określonych w opisie warunku robót budowlanych. Wskazując na opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający wykazywał szczególny, specjalistyczny charakter zwierzętarni, która ma powstać w ramach przedmiotowego zamówienia – przywołał treść załącznika A do SIWZ - projektu architektoniczno-budowlanego i wykonawczego oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, a także postanowienia przedmiaru. Według Zamawiającego posiadania doświadczenia w budowie zwierzętarni jest bezwzględnie konieczne przy realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wszystkie pomieszczenia zwierzętarni, jak i pozostałych pomieszczeń laboratoryjnych poza nią, będą zrealizowane według standardowych wytycznych robót budowlanych. Do standardowych natomiast - w jego ocenie - nie należą wytyczne co do instalacji w zwierzętarni. Wskazał na system indywidualnie wentylowanych klatek. W przypadku zwierzętarni stosowane są szczególnie skomplikowane rozwiązania instalacyjne, montażu sprzętu specjalistycznego, co wynika ze ściśle określonych wytycznych technologicznych, stąd też pozostawił w tym zakresie wymóg doświadczenia dla wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Podkreślił, że ograniczył wymaganą w tym zakresie w stosunku do będącej przedmiotem zamówienia powierzchnię zwierzętarni ze 120 do 100 m^2.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał szereg orzeczeń KIO odnoszących się do zarzutów dotyczących i opisu warunków udziału w postępowaniu (KIO/UZP 80/07, KIO/UZP 428/08, KIO/UZP 235/09, KIO/UZP 259/08. Zamawiający podniósł także argument o tym, iż istniejące w przepisach ustawy Pzp instytucje pozwalają na możliwość skorzystania w tym zakresie z doświadczenia innego podmiotu, bądź to poprzez stworzenie konsorcjum i wspólne ubieganie się o zamówienie (art. 23 ustawy Pzp), bądź to poprzez powołanie się wprost na potencjał podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Wskazał też, że Odwołujący wygrał inne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez innego zamawiającego (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), gdzie podobny warunek był opisany przez zamawiającego (ogłoszenie o zamówieniu nr 2011/S 19-030109). Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powoła się także na wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: III Ca 88/09) odnoszący się do rozumienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego postanowień § 4 ust. 1 Wzoru Umowy Zamawiający powołał się na zasadę swobody umów i wynikającą z niej możliwością kształtowania stosunku prawnego adekwatnie do potrzeb z zachowaniem reguł obowiązujących przepisów prawa. Podkreślił, że zapisy wskazanego postanowienia umowy nie naruszają przywołanych przez Odwołującego przepisów prawa, w tym przepisów Kodeksu cywilnego. Powołując się na stanowisko doktryny oraz wyrok Zespołu Arbitrów wskazywał na charakter wynagrodzenia umownego, które jako wynagrodzenie za wykonanie całości prac, nie może być podwyższone. Przywołał też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1985 r. (sygn. akt: II CR 494/84), stanowiący o możliwości proporcjonalnego obniżenia wysokości wynagrodzenia ryczałtowego przyjętego w umowie za zgodną stron umowy. Wskazał też za orzecznictwem KIO na swoistego rodzaju ograniczenie zasady swobody umów zawieranych na podstawie ustawy Pzp ze względu na ich specyfikę.

Co do pozostałych dwóch zarzutów odnoszących się do Wzoru Umowy (§ 5 ust. 3 i § 10 ust. 5) Zamawiający podkreślił, że są one nieaktualne, gdyż w dniu 11 maja 2011 r. Zamawiający dokonał modyfikacji Wzoru Umowy, załączonego do SIWZ, wykreślając dotychczasowe brzmienie tych zapisów i przedstawiając ich nową treść. Informacji o modyfikacji została zamieszczona na stronie internetowej i przesłana do wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, które - w jego ocenie - jako sprzeczne z przepisami ustawy Pzp wpływają na jego szanse uzyskania zamówienia. W ocenie Izby wykazywane przez Odwołującego naruszenia ustawy Pzp narażają go na potencjalny uszczerbek w pozbawieniu go możliwości ubiegania się o zamówienie, a co najmniej ograniczenie mu tych możliwości. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zarzuty

dotyczące SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu) – zdaniem Izby – wystarczającym było uprawdopodobnienie tych okoliczności przez Odwołującego, co wykonawca ten uczynił.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za zasadne.

Podstawą uwzględniania odwołania była ocena pierwszego z podnoszonych zarzutów odwołania, odnoszącego się do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku doświadczenia wymaganego od wykonawców, a opisanego w pkt 5) ppkt 2.2 SIWZ.

W tym względzie Izba uznała słuszność zarzutu odwołania, nakazując Zamawiającemu modyfikację postanowień SIWZ oraz analogicznych zapisów odnoszących się do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.1) ppkt 2.2.).

Izba ustaliła w tym względzie, że w przywołanych zapisach SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający obok wymogu wykazania się realizacją dwóch robót budowlano-montażowych, polegających na budowie budynków wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi o wartości 30 000 000,00 zł brutto i kubaturze minimum 15 000,00 m^3 ze szczególnymi wymogami co do tych dwóch robót określił także wymóg jednej roboty budowlanej polegającej na budowie zwierzętarni o nie mniejszej niż 100 m^2 powierzchni. Przy czym w zakresie spornego opisu sposobu oceny spełniania warunku co do rzeczonej zwierzętarni Zamawiający dodatkowo wskazał, że uzna ten warunek za spełniony, jeśli w ramach dwóch robót wymaganych w opisanym warunku doświadczenia wykonawca zrealizował robotę zawierającą także budowę zwierzętarni o nie mniejszej niż 100 m^2 powierzchni.

Izba uznała, że stworzony przez Zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia narusza przepisy ustawy Pzp, tj. art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Niewątpliwym jest – stosownie do regulacji ustawy Pzp (art. 22 ust. 3, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7 ustawy Pzp), że za opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w przepisach ustawy Pzp (art. 22 ust. 1), dokonuje Zamawiający i on ponosi z tego tytułu odpowiedzialność. Opis sposobu dokonania oceny spełnia warunków, w tym warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, powinien być dokonany z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia – tj. z nim związany i do niego proporcjonalny.

Niesprzeczną okolicznością w postępowaniu było, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również wykonanie tzw. zwierzętarni. W tym zakresie Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł szczególne wymogi co do wykonania tego rodzaju pomieszczenia w budowanym obiekcie Małopolskiego Centrum Biotechnologii. Niezależnie jednak od tych postanowień opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców przystępujących do tego postępowania wykonania jednej roboty polegającej na budowie zwierzętarni o określonej powierzchni.

Odwołujący podnosił tak w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, że pojęcie zwierzętarni nie zostało zdefiniowane w sposób ustawowy. Powyższe potwierdził także Zamawiający. Odwołujący wywodził także, że pojęcie to niedefiniowalne w przepisach Prawa budowlanego nie odnosi się do jakiegoś szczególnego rodzaju budynku, który wymagałby wykonania w tym zakresie szczególnych prac, a więc także konieczności uzyskania odrębnego w tym zakresie doświadczenia. Uwzględniając powyższe - w ocenie Odwołującego - określenie w tym zakresie wymogów w postępowaniu narusza uczciwą konkurencję. Podniósł także, że Zamawiający w SIWZ również nie określił jakiś szczególnych wymogów co do „zwierzętarni", jakie musi ona spełniać. Odwołujący podkreślał także, że wykazywanie przez Zamawiającego szczególnego charakteru zwierzętarni, gdzie muszą być stosowane nowoczesne rozwiązania technologiczno – funkcjonalne odnosi się do systemu indywidualnie wentylowanych klatek na myszy i jednostek nawiewnych, które nie są urządzeniami technologicznymi wyposażenia zwierzętarni, gdyż zostaną one zakupione u producenta, a następnie wstawione do pomieszczenia ze zwierzętami.

Zamawiający, ustosunkowując się do stanowiska Odwołującego, oprócz wykazywanej szczególnej technologii, która musi być stosowana przy tworzeniu zwierzętarni wskazywał także na konieczność zastosowania w tym zakresie rozdzielonych zespołem śluz części laboratoryjnej i gospodarczej, układu poszczególnych pomieszczeń składających się na zwierzętarnię. Wskazywał też, że zwierzętarnia będzie działała w systemie indywidualnie wentylowanych klatek, gdzie powietrze zużyte przez zwierzęta jest automatycznie wyrzucane

do kanałów kanalizacji wywiewnej za pomocą specjalnych podłączonych do klatek pomp. Zamawiający w tym względzie wskazywał na bezwzględną konieczność posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia także doświadczenia w budowie zwierzętarni. Wskazywał on też na możliwość spełniania wskazanego warunku zgodnie z przepisami ustawy Pzp bądź ubiegając się wspólnie z innym wykonawca o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), bądź też przy pomocy doświadczenia w tym względzie zdobytego przez określony podmiot trzeci (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Izba uwzględniając w tej mierze obowiązujące przepisy prawa oraz stanowiska stron stwierdził, że określenie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku doświadczenia z użyciem określenia „zwierzętarnia" bez bliższego doprecyzowania, o jaki budynek (powierzchnię) Zamawiającemu chodzi naraża wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Odwołującego, na niepewność jakiego rodzaju doświadczenie Zamawiający będzie miał na myśli dokonując badania i oceny ofert. Okolicznością niesporną pomiędzy stronami postępowania było to, że pojęcie „zwierzętarni" nie zostało w obowiązujących przepisach prawa, w szczególności w przepisach Prawa budowlanego, zdefiniowane. Pojęcie to nie zostało też zdefiniowane w ramach opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę etymologię słowa: „zwierzętarnia" należy stwierdzić, że jest to budynek (pomieszczenie) służące do hodowli, czy przechowywaniu zwierząt. Przyjmując tę definicję pojęcia należałoby stwierdzić, że jest to budynek (pomieszczenie) o charakterze gospodarczym, czy przemysłowym (niebiurowym, czy mieszkalnym), w którym przebywają zwierzęta. Taki sposób zdefiniowania pojęcia – w ocenie Izby - dopuszczalny w związku z brakiem ustawowego określenia tego pojęcia – prowadziłby do wniosku, że wykonawca, który wybudował budynek typu obora o powierzeni 100 m ^{2} spełnia wymogi SIWZ. Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że budynek typu obora nie spełnia wymogów Zamawiającego, powołując się na wymogi co do budynku zwierzętarni określone w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Dokonując oceny powyższego stwierdzić należy, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (dookreślenie, doprecyzowanie przez Zamawiającego ustawowego blankietowego warunku) jest odrębnym elementem od postanowień SIWZ, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Niewątpliwe Zamawiający, dokonując opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien dokonywać tego adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału przy braku ich precyzyjności i skonkretyzowania nie można jednak w żaden sposób przenosić na zapisy SIWZ, dotyczące przedmiotu zamówienia (jeśli w opisie warunku nie zdefiniowano zwierzętarni, to niedopuszczalne jest odnoszenie rozumienie tego pojęcia wprost do opisu przedmiotu zamówienia). Taki sposób rozumienia postanowień SIWZ dotyczących opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi wprost do naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który pozwala na dokonanie Zamawiającemu tego opisu proporcjonalnie do opisu przedmiotu zamówienia, co nie może oznaczać, że zakres opisu warunku ma być tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia.

Opis warunków dokonywany przez Zamawiającego w SIWZ powinien być jasny i precyzyjny nie stwarzający problemów wykonawcom, co Zamawiający uzna za spełnienie

warunku, a co tym spełnieniem nie będzie. W tym też kontekście Izba uznała, że użycie w opisie warunku określenia bliżej niezdefiniowanego przez przepisy prawa oraz Zamawiającego, w szczególności wobec oświadczenia w toku rozprawy złożonego przez Zamawiającego, a prowadzącego do zawężenia znaczenia tego określenia w stosunku do powszechnego jego rozumienia, prowadzi do niepewności wśród wykonawców co do oceny swojego doświadczenia uprawniającego wykonawcę do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co w sposób pośredni prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do tego, że owo określenie (zwierzętarnia), biorąc pod uwagę profesjonalny obrót w tym zakresie, nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Biorąc pod

uwagę, że owo określenie nie zostało zdefiniowane przez obowiązujące przepisy prawa, uwzględniając także okoliczność, iż zamówienie kierowane jest także do szerokiego kręgu wykonawców, w tym wykonawców spoza Polski, rozumienie tego pojęcia może budzić poważne wątpliwości, stąd też konieczne jest w tym zakresie doprecyzowanie przez Zamawiającego tego opisu.

Owo doprecyzowanie powinno być jednak nakierowane na konieczność wykazania się przez wykonawców wykonaniem określonych prac związanych z zastosowaniem szczególnych instalacji charakterystycznych dla tego typu obiektów (zastosowanie śluz szczególny system wentylacji pomieszczeń, jeżeli jest wymagany), a nie konkretnie określonego typu budynku - zwierzętarni. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że jakiś wykonawca posiada doświadczenie w pracach polegających na wykonaniu tego typu instalacji, które były stosowane w budynku o innym przeznaczeniu. W zakres wymaganego doświadczenia powinny wchodzić umiejętności wykonawcy związane z wykonaniem określonego typu instalacji, czy wyposażenia budynku w tego rodzaju instalacje, a nie wybudowanie takiego budynku, który z punktu widzenia przepisów Prawa budowlanego nie wymaga spełniania jakiś szczególnych wymogów. Jeśli są to instalacje o charakterze gotowym polegającym na ich zainstalowaniu w jakimś budynku powinno to ewentualnie także stanowić odzwierciedlenie opisu warunku. Należy przy tym jednak pamiętać, aby doprecyzowanie opisu warunku prowadziło do zbytniego zawężenia rozumienia tego typu doświadczenia, powyższe bowiem prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Zamawiający, wykonując niniejsze orzeczenie powinien zatem doprecyzować opis warunku we wskazanym powyżej zakresie, może także skorzystać z możliwości wykreślenia w ogóle tego opisu warunku z SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Decyzja w tym względzie należy do Zamawiającego. Jeśli jednak Zamawiający będzie dokonywał modyfikacji wskazanego opisu warunku, powinien wziąć pod uwagę wskazane powyżej wytyczne Izby. Izba bowiem nie uznała za Odwołującym na tym etapie postępowania braku w ogóle

zasadności stawiania wymogów przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia co do jednego, istotnego z punktu widzenia powstającej inwestycji, elementu przedmiotu zamówienia. Odwołujący w tym zakresie nie udowodnił tych okoliczności. Pomimo niewielkiej powierzchni, którą owa zwierzętarnia w zakresie opis przedmiotu zamówienia w stosunku do całości robót obejmuje, ma to pomieszczenie swoją specyfikę i możliwym jest pozyskanie do realizacji całości przedmiotu zamówienia wykonawcy, który wykonywał tego rodzaju prace, tym samym dopuszczalnym – w ocenie Izby – jest określenie w tym zakresie szczególnego wymogu co do doświadczenia. Wymóg ten jednak, jeśli już Zamawiający się na niego decyduje, powinien być jasny i czytelny dla wykonawców ubiegających się o zamówienie, co także będzie miało pozytywne znaczenie dla Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert i konkretnych wykazywanych przez wykonawców rodzajów doświadczenia zdobytego w tym zakresie.

Tym samym Izba stwierdziła, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania (art. 7 ust. 1 i art. 22 ustawy Pzp), co do zarzutu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku doświadczenia. Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Co do drugiego z rozpoznawanych przez Izbę zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że Zamawiający we Wzorze do Umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ w § 4 ust. 1 wprowadził zapis, zgodnie z którym: „Przewiduje *się możliwość obniżenia ceny ryczałtowej za roboty niewykonane, uznane jako zbędne, choć objęte ofertą Wykonawcy oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym ewentualne obciążenie nastąpi w oparciu o wartości wynikające z oferty Wykonawcy".*

Odwołujący wywodzi, że wskazany zapis narusza przepis ustawy Pzp – konkretnie art. 14 oraz w związku z nim wskazane przepisy kodeksu cywilnego, odnoszące się do zasad określania wynagrodzenia przy umowie o dzieło (art. 628-632 Kc) oraz zastrzeżeń dotyczących umownej odpowiedzialności dłużnika (art. 473 § 2 kc) i zasady swobody umów (art. 353^1 kc). Odwołujący wskazywał na wybór Zamawiającego charakteru wynagrodzenia przyjętego w tym postępowaniu (wynagrodzenie ryczałtowe), co do którego niedopuszczalne

jest stosowanie jego obniżenia, a także na niejednoznaczność okoliczności związanych z ograniczeniem wynagrodzenia umownego w stosunku do wykonawcy.

Zamawiający pokazywał natomiast na jednoznaczność wskazania w postanowieniach umowy przesłanki obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego. Powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego podnosił też okoliczności związane z możliwością wprowadzenia

szczególnych zasad rozliczania robót budowlanych przez Zamawiającego pomimo przyjętego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Izba, dokonując oceny stawianego zarzutu uznała, że Odwołujący powołując się na przepis art. 14 ustawy Pzp, wskazujący, że do czynności podejmowanych przez wykonawców i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Wskazany przepis odnosi się do czynności zamawiającego i wykonawcy podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie do umów w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut Odwołującego tymczasem odnosi się nie do czynności Zamawiającego, ale do zapisów projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym zakresie Odwołujący powinien był wskazać na ewentualne naruszenie innego przepisu ustawy Pzp, tj. art. 139 ust. 1, który odnosi się wprost do postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym również jej projektu. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy Pzp warunku realizacji zamówienia, w tym także wzoru umowy, jej projekt, czy też istotne postanowienia umowy, powinny być tożsame z umową w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie jednak od powyższego stwierdzić należy, że obydwa przepisy ustawy Pzp art. 14 oraz art. 139 ust. 1 mają charakter norm odsyłających, które samodzielnie nie mogą stanowić materialnej podstawy określonego rodzaju działania, czy zachowania. Jednocześnie też – jak wskazuje w tym względzie orzecznictwo z zakresu zamówień publicznych – przy wskazaniu w sposób pośredni naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz co do postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego konieczne jest wykazanie naruszenia konkretnego materialnego przepisu ustawy Pzp lub choćby naruszenie jakiejś zasady udzielenia zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, poprzez wskazanie tylko naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego, nie wykazał w tym względzie naruszenia przepisów ustawy Pzp, a tylko naruszenie przepisów tej ustawy - zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - może stanowić podstawę stawianych w trybie środków ochrony prawnej zarzutów Zamawiającemu, a tym samym w konsekwencji przedmiot rozstrzygnięcia dokonywanego przez Izbę przy rozpatrzeniu odwołania.

Wskazywane przez Odwołującego rzekome naruszenia przepisów dotyczących ustalania wynagrodzenia umownego nie znajdują żadnego uzasadnienia. Zamawiający jako organizator publicznego postępowania ma prawo ustalić warunki postępowania o udzielenie zamówienia i sposobu realizacji zamówienia dogodne dla siebie z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również ma prawo do ustalenia dogodnych dla siebie zasad wynagrodzenia umownego. Istotnym jest, aby te warunki i zasady realizacji zamówienia nie naruszały przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zdecydował się na ryczałtowy charakter wynagrodzenia

umownego. Odstępstwo w tym zakresie (ryczałtowego wynagrodzenia umownego – płatność za cały przedmiot zamówienia) co do przyjętego, szczególnego sposobu rozliczenia z wykonawcą, tj. w przypadku niewykonania określonych robót, czy też uznania ich jako zbędne z powodu jakiś szczególnych sytuacji, należy uznać za dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący dopuszczalne są odstępstwa od wynagrodzenia ryczałtowego przy robotach budowlanych w czystej postaci, na co wyraźnie wskazuje orzecznictwo Sądu Najwyższego, także przywoływane przez Zamawiającego. Orzecznictwo Sądu w tej mierze jest jednoznaczne, iż w przypadku ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia umownego nie można żądać podwyższenia wynagrodzenia umownego z tytułu wykonania jakiś prac, co do obniżenia takiego wynagrodzenia w szczególnych określonych sytuacjach – w oparciu o prace wyszczególnione w kosztorysie prac wymaganym dodatkowo przy wynagrodzeniu

ryczałtowym – przywołane przez Odwołującego orzecznictwo (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r., sygn. akt: ICA 1147/00) nie wypowiadało się. Tym samym Izba uznała zarzut za nieuwodniony i nie wskazujący na jakiekolwiek naruszenie przepisów ustawy Pzp, a także przywoływanych przepisów Kodeksu cywilnego.

Tym samym Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, co do przywołanych zapisów Wzoru Umowy, wskazanych w treści odwołania.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących postanowień SIWZ zawartych we Wzorze Umowy dotyczących § 5 ust. 3 i § 10 ust. 5, wobec oświadczenia pełnomocnika Odwołującego złożonego w toku rozprawy o cofnięciu tych zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp - uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp co do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma wpływ na wynik postępowania (konieczna była w tym zakresie modyfikacja SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu będących podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej) - orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszy wpisu uiszczonego w należnej – zgodnej § 1 ust. 1 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 20 000 zł.

Przewodniczący: ……