

Sygn. akt: KIO 1117/17
KIO 1128/17

WYROK
z dnia 23 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Marzena Ordysińska

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa**
- B. w dniu 2 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- 1. **Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**
- 2. **POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., 180, Daesong-ro, Nam-gu, Pohang-si , 790-704 Gyeongsangbuk-do;**
- 3. **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz;**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1117/17** po stronie odwołującego

oraz

przy udziale wykonawców:

- 1. **Steinmüller Babcock Environment GmbH, Fabrikstrasse 1, D-51643 Gummersbach;**
- 2. **Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**
- 3. **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa;**

4. POSCO Engineering & Construction Co., Ltd., 180, Daesong-ro, Nam-gu, ohang-si, 790-704 Gyeongsangbuk-do;

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1128/17** po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1117/17 i nakazuje Zamawiającemu:

- a) wykreślenie postanowienia dotyczącego możliwości naliczenia przez Zamawiającego kary umownej, zawartego w pkt 42 klauzuli 8.7 kary umowne: „za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - wysokości 50 000 zł za każdy stwierdzony przypadek”,
- b) w zakresie klauzuli 1.8 (przechowywanie i dostarczanie dokumentów) wskazanie ilości dodatkowych egzemplarzy dokumentów, jakie Wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć,
- c) w zakresie klauzuli 11.14 (skutki niedotrzymania Parametrów Gwarantowanych) zmianę brzmienia punktu a i b z dotychczasowego: „W przypadku stwierdzenia w Okresie Zgłaszania Wad lub okresie Prób, iż Roboty nie spełniają Parametrów gwarantowanych, Wykonawca:
 - a) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy A - wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) **lub** żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej o której mowa w klauzuli 8.7 pkt 3 Warunków Kontraktowych.
 - b) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i

zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) **lub** żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych zgodnie z poniższymi wzorami w sytuacji niedotrzymania któregokolwiek z Parametrów Gwarantowanych grupy B zgodnie z wymaganiami PFU. Poniższe kary zostaną naliczane do czasu osiągnięcia wymaganych Parametrów Gwarantowanych”

na: „W przypadku stwierdzenia w Okresie Zgłaszania Wad lub okresie Prób, iż Roboty nie spełniają Parametrów gwarantowanych, Wykonawca:

- a) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy A - wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonywania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) **albo** żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej o której mowa w klauzuli 8.7 pkt 3 Warunków Kontraktowych.
- b) w przypadku Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B wykona na własny koszt odpowiednie roboty naprawcze, jakie okażą się konieczne do uzyskania i zachowania Parametrów Gwarantowanych. W razie nieprzystąpienia przez Wykonawcę do wykonania tych robót w odpowiednim terminie ustalonym z Zamawiającym i Inżynierem lub niewykonania takich robót w ustalonym z Zamawiającym terminie, odpowiednim na wykonanie tych robót, Zamawiający będzie uprawniony do powierzenia wykonania robót naprawczych innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy („wykonanie zastępcze”) **albo** żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych zgodnie z poniższymi wzorami w sytuacji niedotrzymania

któregokolwiek z Parametrów Gwarantowanych grupy B zgodnie z wymaganiami PFU. Poniższe kary zostaną naliczane do czasu osiągnięcia wymaganych Parametrów Gwarantowanych”

2. **oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1128/17,**

3. kosztami postępowania obciąża: **w sprawie o sygn. akt KIO 1117/17 – Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa, w sprawie o sygn. akt KIO 1128/17 – Odwołującego RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa, RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** – tytułem wpisów od odwołań,
 - 3.2. zasądza od **Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** na rzecz **Odwołującego: Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23/lok. U4, 02-316 Warszawa** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza od **Odwołującego RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** na rzecz **Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. 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:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonawstwo zadania p.n.: „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego przekształcania odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie” realizowanego w ramach Przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Zabranieckiej 2, w Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz.U./S S98 193065-2017-PL z dnia 23 maja 2017 r.

Odwołujący Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust.1 PZP w zw. z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- b) zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust.1 PZP w zw. z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- c) zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, jak również art. 647 i 648 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 14 i art.139 ustawy, zgodnie z którymi projekt budowlany winien stanowić część składową umowy o roboty budowlane i na Zamawiającym ciąży obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonej w tym zakresie dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) zmienił treść SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kc i art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy - zawarte we wzorze postanowienia umowy świadczą o przekroczeniu przez Zamawiającego granic swobody umów poprzez naruszenie wskazanych w uzasadnieniu odwołania przepisów i kodeksu cywilnego.

Zamawiający we wzorze umowy (Część II do SIWZ) zawarł postanowienia dotyczące kar umownych.

Odwołujący domagał się zmniejszenia katalogu kar i wykreślenia punktów 8, 9, 10, 11, 27, 29 oraz 42 i zmiany wzoru umowy w pkt.8.7

Odwołujący domagał się także, z uwagi na charakter obiektu, jego wartość i liczne sankcje przewidziane w umowie zmiany łącznej sumy kar do poziomu 10 % i zmiany wzoru umowy w pkt.8.7 poprzez nadanie mu następującej treści: Zamawiający ma prawo dochodzić każdej z kar umownych wymienionych powyżej odrębnie i niezależnie od pozostałych. Łączna suma naliczonych kar w niniejszej klauzuli nie przekroczy łącznie 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej

Odwołujący domagał się także wprowadzenia katalogu kar dla Zamawiającego, a także dodania postanowienia, zgodnie z którym, niezależnie od kar umownych Wykonawca będzie mógł dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych, jeżeli poniesiona szkoda przekroczy wartość poniesionych strat.

Odwołujący wskazał, że kara umowna to zastrzeżenie w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Z założenia kara umowna ma stanowić ułatwienie przy dochodzeniu roszczeń w przypadku, gdy druga strona nie wykona umowy lub wykona ją nienależycie. Jej zastrzeżenie nie jest niczym nadzwyczajnym w przypadku kontraktów, w szczególności kontraktów budowlanych. Nie mniej jednak już na podstawie wzoru umowy, gdzie zastrzeżono bardzo obszerny katalog sankcji i łączną sumę kar na poziomie 30% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, można zauważyć, że postanowienia dotyczące zastrzeżenia kar w wysokości znacznie wygórowanej zostały przewidziane tylko dla jednej ze stron, mianowicie dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, kształtowanie postanowień umowy poprzez jednostronne uprzywilejowanie należy uznać za sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego oraz zasadami współżycia społecznego. Powyższe postanowienie w oczywisty sposób uprzywilejowuje Zamawiającego, a dyskryminuje Wykonawcę, któremu analogicznych uprawnień we wzorze umowy nie przyznano.

Odwołujący podkreślił, że tego rodzaju postanowienia mogą okazać się niebezpieczne dla samego procesu inwestycyjnego, a tym samym dla Zamawiającego, bowiem Wykonawca, może nie udźwignąć finansowych kosztów tego ryzyka. Efektem może być np. zejście przez Wykonawcę z placu budowy i odwołanie realizacji inwestycji w czasie, a w skrajnym

przypadku nawet upadłość trakcie inwestycji . Tak znacząco wygórowana wysokość kar w kierunku Wykonawcy może nie tylko utrudniać realizację inwestycji, ale też dodatkowo paraliżować i utrudniać współpracę stron stosunku zobowiązaniowego .

Zarzut naruszenia art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzące do nadużycia własnego prawa podmiotowego.

Zamawiający we wzorze umowy (część II do SIWZ) zawarł postanowienie, zgodnie z którym: „Zamawiający nie ma obowiązku badania Robót oraz Dokumentów Wykonawcy lub Dokumentacji Projektowej przy odbiorze w celu odkrycia wad, a dokonanie Przejęcia przez Zamawiającego nie będzie zwalniało Wykonawcy z tytułu jego odpowiedzialności na podstawie przepisów o rękojmi i gwarancji w odniesieniu do wad, które mogły zostać wykryte przez Zamawiającego ani dokumentów gwarancyjnych. Zamawiający upoważniony jest do przeprowadzenia odbiorów zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU.”

Odwołujący wskazał, że w stosunkach pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą warunkiem zachowania uprawnień z rękojmi jest dochowanie aktów staranności. W przypadku sprzedaży (umowy o roboty budowlane) między osobami prowadzącymi działalność gospodarczą, zawiadomienie o wadzie musi nastąpić niezwłocznie od momentu wykrycia wady. Zbadanie rzeczy powinno się dokonać w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju. Jeśli wada wyjdzie na jaw dopiero później, zawiadomić należy sprzedawcę (Wykonawcę) niezwłocznie po jej wykryciu. Zatem w obrocie profesjonalnym wchodzi w rachubę dwa akty staranności: obowiązek zbadania rzeczy i obowiązek niezwłocznej reklamacji. Jeśli wada wyszła na jaw dopiero później, brak niezwłocznej reklamacji prowadzi do utraty uprawnień z tytułu rękojmi. Zatem, jeśli wady są jawne, to kupujący (Zamawiający) traci z mocy prawa uprawnienia z tytułu rękojmi, jeśli nie stwierdzi tych wad przy odbiorze. Przytoczone powyżej postanowienia wzoru umowy w punkcie 11.1 w zakresie rękojmi i odpowiedzialności Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy i na tej podstawie Odwołujący domagał się ich wykreślenia.

Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym upływ okresu rękojmi, w tym wypełnienie zobowiązań Wykonawcy z tytułu rękojmi zostanie potwierdzone podpisaniem przez Inżyniera oświadczenia o upływie okresu rękojmi. Odwołujący zauważył, że konsekwencje prawne wynikające z terminów rękojmi następują z mocy prawa, nie wymagają dla swej ważności potwierdzenia przez Inżyniera. Odwołujący domagał się

wykreślenia tego postanowienia wzoru umowy. W trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że cofa ten zarzut.

Odnosnie klauzuli 11.13 Gwarancja dla Robót i gwarancja dla Urzędzeń wraz z montażem technologicznym Odwołujący podniósł, że z punktu widzenia płatności kontraktowanych zapis jest nieskoordynowany z pozostałymi klauzulami umownymi. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o jego wykreślenie.

Odnosnie skutków niedotrzymania Parametrów Gwarantowanych, Odwołujący wniósł o zachowanie jednego reżimu sankcyjnego i wprowadzenie zmiany w punkcie 11.14 poprzez wykreślenie sformułowania „lub żądania zwrotu Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej” ze względu na podwójny reżim sankcyjny względem Wykonawcy i tym samym skrajną nierówność stron Umowy.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 oraz art. 7 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, jak również art.647 i 648 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 14 i art.139 ustawy, zgodnie z którymi projekt budowlany winien stanowić część składową umowy o roboty budowlane i na Zamawiającym ciąży obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonej w tym zakresie dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że we wzorze umowy brakuje definicji projektu budowlanego, który winien być elementem składowym umowy o robotę budowlaną i ma niezwykle istotne znaczenie dla wykonania przedmiotu umowy. Jest to również istotne w kontekście dużej ilości powiązanych definicji (np. „Projekt Budowlany ZUSOK”, „Pozwolenie na Budowę ZUSOK”, „Pozwolenie na Budowę Ciepłociągu Północnego Zewnętrzny”, „Projekt Budowlany Ciepłociągu Północnego Zewnętrzny”) i nieprecyzyjnego sformułowania zakresu rzeczowego i pozostałych zapisów Kontraktu. Wobec powyższego Odwołujący domagał się wprowadzenia w SIWZ definicji Projektu Budowlanego.

Odwołujący wniósł także zastrzeżenia do klauzuli dotyczącej przechowywania i dostarczania dokumentów. Zgodnie z brzmieniem tej klauzuli, Wykonawca zobowiązany jest dostarczać dodatkowe egzemplarze Dokumentów Wykonawcy na zadanie Inżyniera. Koszt dodatkowych egzemplarzy jest wliczony w Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową.

Odwołujący zauważył, że na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne Wykonawcy nie

mają możliwości określenia dokładnej ilości dodatkowej dokumentacji, jakiej będzie żądał Zamawiający. Nieprawidłowym i naruszającym przepisy ustawy PZP jest odwoływanie się do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający przerzuca w tej części na Wykonawcę ryzyko. Informacje te powinny być dookreślone, jasne i skonkretyzowane, poprzez podanie konkretnej ilości dodatkowych egzemplarzy Dokumentów, czego wprowadzenie do SIWZ domaga się Odwołujący.

Odnośnie klauzul dotyczących ewentualnych błędów w dokumentacji projektowej, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma prawa obciążać Wykonawcy konsekwencjami swoich błędów. Wykonawca oczywiście ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego jeśli dostarczona dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót. Nie można uznać, zdaniem Odwołującego, że obowiązek ten dotyczy szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować wiedzą specjalistyczną w zakresie projektowania. Jest on obowiązany do znajomości technologii i kwestii technicznych rozwiązań w budownictwie. W zakresie projektu budowlanego do Wykonawcy należy zaś jedynie obowiązek umiejętności odczytywania projektu, realizowania inwestycji zgodnie z projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na Wykonawcę dotyczy tylko takich nieprawidłowości projektowych, które są oczywiste.

Odwołujący podkreślił, że jego stanowisko jest zgodne z ukształtowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego. Przykładowo, w wyroku Sądu Najwyższego z 27 marca 2000 r., m CKN 629/98, wskazano, iż *Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu uniknięcia jego wad (art.651 kc)*. Do podobnych wniosków Sąd Najwyższy doszedł również w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., III CSK 59/2008.

W ocenie Odwołującego takie ukształtowanie obowiązków wykonawcy powoduje nadmierne uprzywilejowanie Zamawiającego, sprzeczne nie tylko z art. 647 Kc, ale również z właściwością (naturą) stosunku umownego i zasadami współżycia społecznego. Tym samym taki stosunek zobowiązaniowy kształtuje niemożliwe do oszacowania po stronie Wykonawcy ryzyko, które uniemożliwia również właściwą rzetelną wycenę oferty.

Dalej Odwołujący zauważył, że opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych zamienieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Nałożenie na Wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ona mieścić się w Kwocie Kontraktowej stanowi wyraz przerwania całego ryzyka kontraktowego z tym związanego na wykonawców.

Wykonawca zidentyfikował powyższe postanowienia jako naruszające również zasady opisu

przedmiotu zamówienia, ponieważ Wykonawca na etapie składania oferty nie ma możliwości oszacowania całego ryzyka gospodarczego, co pośrednio powoduje, że wykonawca nie jest w stanie określić ceny ofertowej. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu zmiany klauzuli 1.9 oraz 5.1. wzoru umowy w sposób odpowiadający wskazówkom zawartym w przywoływanym wyroku Sadu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 roku, sygn. akt III CKN 629/98, iż sprawdzenie dostarczonej dokumentacji projektowej ma odnosić się do sprawdzenia jej kompletności, czy jest zatwierdzona ona przez właściwe organy i czy nie zawiera błędów lub wad dających się wykryć przy zachowaniu należytej staranności oraz nieograniczenie na zgłoszenie wykrytych błędów żadnym czasem.

W zakresie Klauzuli 13 Procedura wprowadzania zmiany punkt 13.3 Odwołujący zauważył, że Wykonawca został pozbawiony możliwości negocjacji ceny i nie ma wpływu na jej kształtowanie. Powyższe znajduje także potwierdzenie w art. 72 ust. 1 Kc, mającym tutaj zastosowanie na mocy odesłania z art. 14 ustawy, zgodnie z którym umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień. Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu wykreślenie zdania „Prawo wyboru podstawy ustalenia wielkości wynagrodzenia Wykonawcy przysługuje wyłącznie Zamawiającemu i nadania tej klauzuli wskazanego przez siebie brzmienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby zarzut dotyczący klauzuli 1.1.6.13 jest nieuzasadniony.

W ocenie Odwołującego, we wzorze umowy brak jest definicji projektu budowlanego. Należy zauważyć, że we wzorze umowy zostały przywołane definicje Projektu Budowlanego ZUSOK oraz Projektu Budowlanego Ciepłociągu Północnego. Nadto pojęcie to wynika z przepisów ustawy Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. W ocenie Izby, nie jest także jasne (a Odwołujący nie wyjaśnił tej okoliczności), w jaki sposób brak takiej definicji w projekcie umowy narusza wskazane przepisy prawa i dlaczego należy wprowadzić dodatkową

definicję projektu budowlanego. Tym samym, brak jest podstaw, aby uznać, że brak definicji projektu budowlanego w niniejszym postępowaniu naruszył jakiegokolwiek przepisy prawa.

W ocenie Izby zarzut dotyczący klauzuli 1.8. jest uzasadniony.

Zamawiający wyjaśnił, że wymagana ilość dokumentów podana w PFU w punkcie 2.1.4.5 PFU to 3 egzemplarze w wersji papierowej i elektronicznej. Klauzula 1.8 w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego dotyczy dodatkowych egzemplarzy dokumentów, o których w okresie przygotowania Postępowania, Zamawiający nie ma wiedzy (z przyczyn od siebie niezależnych). Zamawiający wyjaśnił także, że nie może podać liczby dodatkowych egzemplarzy, natomiast z praktyki budowlanej wynika, że konieczność taka zachodzi co najwyżej do niektórych elementów dokumentacji w przypadku ich zażądania przez instytucje będące interesariuszami projektu, przy czym zwiększa się tendencja do posługiwania się wersjami elektronicznymi dokumentacji. Z tego względu w mniemaniu Zamawiającego koszt, jaki wygenerować może kwestionowany zapis jest minimalny w skali realizacji inwestycji, a biorąc pod uwagę przywołany zapis z pkt. 2.1.4.5 PFU w rzeczywistości koszt utrwalenia Dokumentów Wykonawcy, może być niższy niż przyjęty na etapie wyceny oferty. W trakcie rozprawy Zamawiający wskazywał na okoliczność, że doświadczeni wykonawcy znają dodatkową liczbę egzemplarzy .

W ocenie Izby Zamawiający powinien jednoznacznie określić przedmiot zamówienia. Przedmiot ten powinien być wskazywany dla każdego z wykonawców w ten sam sposób. Wykonawca musi mieć jednoznaczne wytyczne, co obliczać przy wycenie oferty. Twierdzenie Zamawiającego, że profesjonalni wykonawcy wiedzą, ile drukować egzemplarzy jest bezpodstawne i gołosłowne. Tym bardziej, skoro istnieją podmioty, które posiadają taką wiedzę, nic nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiający ustalił taką ilość egzemplarzy. Dlatego w ocenie Izby Zamawiający winien jednoznacznie określić, ilość egzemplarzy dodatkowych. Może także wskazać ilość maksymalną takich egzemplarzy. jako np. ilość nie wyższą niż lub wskazać podstawy do obliczenia ceny za Zamawiający wielokrotnie wskazywał na fakt, że wykonawca ma być profesjonalistą. Również profesjonalizmu należy oczekiwać od samego Zamawiającego, dokonującego opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś takiego który wszystko zamienia w obowiązek dla wykonawcy do kalkulowania ryzyka. Brak jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia oznacza naruszenie art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem przepis prawa stanowi o wyczerpującym i jednoznacznym określeniu przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że jak wyżej wskazano, sam Zamawiający ma możliwości opisanie takiego wymagania, w sposób umożliwiający porównywalność

złożonych ofert.

W ocenie Izby zarzut dotyczący klauzuli 13.3 jest nieuzasadniony.

Odwołujący wskazywał, że w świetle postanowień tej klauzuli został pozbawiony możliwości negocjacji ceny i nie ma wpływu na jej kształtowanie. Jednakże w ocenie Izby jest to twierdzenie nieuprawnione.

W klauzuli tej znalazł się zapis: [...] „W przypadku, konieczności wykonania Robót nie ujętych w Kontrakcie (w tym w szczególności Robót dodatkowych lub Robót zamiennych) Zamawiający może wykonanie takich robót powierzyć Wykonawcy zgodnie z przepisami Ustawy Pzp, a także zgodnie z odpowiednimi wytycznymi dla realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 - 2020.

W takim przypadku podstawą do wyceny Robót nie ujętych w Kontrakcie są:

Stawki przyjęte w Formularzu Cenowym albo aktualne normatywy z katalogów nakładów rzeczowych (KNR i KNNR) i średnie ceny materiałów budowlanych, sprzętu i robocizny z informacji o cenach zawartych w publikacjach Sekocenbudu lub równoważnych, za ostatni kwartał.

Prawo wyboru podstawy ustalenia wielkości wynagrodzenia Wykonawcy przysługuje wyłącznie Zamawiającemu. W przypadku stawek, o których mowa powyżej Zamawiający zastrzega sobie możliwość prowadzenia negocjacji z Wykonawcą w celu ustalenia stawek, jakie zostaną przyjęte dla ewentualnie zleconych Robót nie ujętych w Kontrakcie."

W ocenie Izby, to właśnie stwierdzenie: „*W przypadku stawek, o których mowa powyżej Zamawiający zastrzega sobie możliwość prowadzenia negocjacji z Wykonawcą w celu ustalenia stawek, jakie zostaną przyjęte dla ewentualnie zleconych Robót nie ujętych w Kontrakcie*”, oznacza, że Wykonawca nie został pozbawiony możliwości negocjacji ceny.

Nie można uznać, aby uprawnienie Zamawiającego do wyboru podstawy ustalenia wielkości wynagrodzenia wykonawcy niwelowało powyższe sformułowanie. Nie można także uznać, aby fakt, że Zamawiający przyznał sobie prawo wyboru podstawy powodowało naruszenie jakiegokolwiek ze wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Z pewnością nie jest naruszeniem jakiegokolwiek przepisu prawa uprawnienie Zamawiającego do wskazania podstawy do wyceny robót, tym bardziej, gdy bez tego negocjacje byłyby utrudnione. Jak trafnie zauważył Zamawiający, nie jest możliwe narzucenie obowiązku prowadzenia negocjacji przy jednoczesnym pozbawieniu Zamawiającego uprawnienia do wskazania podstaw ustalania kosztów - w sytuacji takiej negocjacje mogłyby zostać zablokowane przez Wykonawcę domagającego się nieproporcjonalnie wysokiego wynagrodzenia, co prowadziłoby do opóźnień całej inwestycji.

Odwołujący domagał się usunięcia:

Pkt 8- za brak publikacji Modeli zgodnie z Załącznikiem BIM - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,

Pkt 9 - za brak wydania Modeli zgodnie z Załącznikiem BIM - w wysokości 50.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,

Pkt 10 - za brak prowadzenia Dokumentów Modelowania - w wysokości 10.000 zł za każdy dzień zwłoki, aż do wykonania tego obowiązku,

Pkt 11 - za niestosowanie się przez Wykonawcę do zaakceptowanego planu komunikacji i Wymagań BIM w zakresie Platformy CDE zgodnie z wymaganiami klauzuli 1.3 Warunków Kontraktowych - w wysokości 5,000 zł, za każdy taki przypadek,

Pkt. 29 - za brak dostępności Kluczowych Specjalistów zgodnie z wymaganiami klauzuli 6,8 Warunków Kontraktowych za każdy dzień braku dostępności któregokolwiek z Kluczowych Specjalistów w wysokości 20 000 zł za każdy dzień braku dostępności.

Zdaniem Odwołującego, wskazane kary były wygórowane, co może nie tylko utrudniać realizację inwestycji, ale też dodatkowo paraliżować i utrudniać współpracę stron stosunku zobowiązaniowego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym „O rażącym wygórowaniu kary umownej należy mówić w sytuacji, gdy jest ona ewidentnie nieadekwatna do tej, która powinna być należna w danej sytuacji, co należy ocenić w odniesieniu do rozmiaru uszczerbku, który może powstać na skutek danego uchybienia zarówno majątkowego, jak i niemajątkowego.” Tymczasem Odwołujący nie wykazał okoliczności, na którą się powołał. Wykazanie tej okoliczności należało do Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, przedstawione kary nie są wygórowane. Zamawiający bowiem nie zgodził się z tak daleko idącym twierdzeniem Odwołującego. W jego ocenie kary umowne zostały ustalone na poziomie powszechnie stosowanym, adekwatnym do wartości inwestycji i z pewnością nie można ich kwalifikować jako rażąco wygórowanych.

Oznacza to, że mamy do czynienia z dwoma przeciwstawnymi zdaniem. Co więcej, umowa określana przez Zamawiającego jest umową adhezyjną. Oznacza to, że Wykonawca w sposób dobrowolny może do niej przystąpić i zaakceptować jej warunki lub nie.

Nadto Zamawiający wyjaśnił, że inwestycja będzie realizowana przy zastosowaniu technologii BIM. Z punktu widzenia tej technologii, kluczowe jest, aby Wykonawca już od samego początku konsekwentnie i prawidłowo realizował wszystkie czynności, a Zamawiający powinien posiadać instrument prawny pozwalający mu w przypadku dostrzeżenia nieprawidłowości - na natychmiastową reakcję w celu wymuszenia na Wykonawcy prawidłowe realizowanie prac.

Celem wprowadzenia kar umownych jest więc zdyscyplinowanie Wykonawcy w zakresie prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w systemie BIM, jest to niezwykle istotne z w zakresie kar umownych określonych w pkt. 8-11, ponieważ objęte sankcjami naruszenia w postaci braku publikacji, wydania Modeli (cyfrowych reprezentacji geometrycznych i

niegeometrycznych danych o obiekcie), potwierdzenia Dokumentów Modelowania czy niezastosowanie się do wymagań planu komunikacji czy wymagań BIM będą skutkowały zachwianiem procesu projektowego i doprowadzą nie tylko do opóźnień, ale i będą skutkować brakiem stosowania technologii BIM w toku projektowania.

Tym samym wysokość kar umownych uwzględnia charakter inwestycji i nie prowadzi do wypaczenia celu kary umownej, Wprowadzone kary umowne mają na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed zachwianiem procesu projektowego i przed opóźnieniami. Wprowadzenie kar nie stanowi naruszenia przepisów prawa.

W ocenie Izby, nie jest także uzasadnione stanowisko Odwołującego co do konieczności wyłączenia kar umownych z tytułu braku lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy (dalszemu Podwykonawcy), w tym także dostawcy lub usługodawcy, zgodnie z klauzulą 4.4 Warunków Kontraktowych. Celem wprowadzenia wyżej wymienionej sankcji było zabezpieczenie Zamawiającego na wypadek zaniedbań wykonawcy w zapłacie podwykonawcom należnego im wynagrodzenia.

Izba miała na uwadze art. 143d ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące wysokości kar z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Tym samym usunięcie powyższego postanowienia pozostawałoby w sprzeczności z powołanym postanowieniem ustawy Pzp.

Izba podziela także stanowisko, zgodnie z którym „Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych „dla siebie samego”. W ocenie Izby, Odwołujący nie uzasadnił, aby postanowienie umowne wprowadzone przez Zamawiającego naruszyło art. 5 i 353¹ KC. Nadto ponownie należy podkreślić, że umowa określona przez Zamawiającego jest umową adhezyjną. Oznacza to, że Wykonawca w sposób dobrowolny może do niej przystąpić i zaakceptować jej warunki lub nie.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ w taki sposób, aby „Łączna suma naliczonych kar w klauzuli 8.7 nie przekroczyła łącznie 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej.”

W ocenie Izby, Odwołujący nie uzasadnił, aby postanowienie umowne wprowadzone przez Zamawiającego naruszyło art. 5 i 353¹ KC. Odwołujący nie wykazał także, aby została naruszona zasada uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców. Wszyscy potencjalni wykonawcy są w tej samej sytuacji.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący punktu 42.

Zamawiający wprowadził postanowienie, w którym przewidział możliwość zapłaty przez Wykonawcę kary umownej: „Pkt 42 - za każdy inny przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu niż przewidziane w pkt 1-24 powyżej - w wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek.”

Kara umowna nie przysługuje z ustawy tylko z mocy stron, które zapis ten wprowadzają. Dlatego też umowa powinna precyzyjnie określać, w jakich przypadkach taka kara się należy. Dłużnik powinien mieć świadomość tego, jakie naruszenie przez niego postanowień umowy skutkować będzie możliwością żądania przez drugą stronę zapłaty kary umownej. W ocenie Izby określenie, że jakiegokolwiek naruszenie postanowień umowy niezależnie od rodzaju i wagi tego naruszenia nie spełnia tego wymogu. Co więcej, określenie kary umownej w wysokości 50 000 złotych należnej za każde naruszenie postanowień umowy może doprowadzić do sytuacji, w której kara umowna powinna zostać uznana za rażąco wygórowaną. Zapisy wzoru umowy nie wykluczają bowiem możliwości żądania kary umownej w tej wysokości, nawet w przypadku drobnych formalnych naruszeń postanowień umowy, nie mających żadnego wpływu na wykonanie podstawowego świadczenia wykonawcy określonego w umowie.

Izba uwzględniła zarzut w zakresie klauzuli 11.14.

Istotą tego zarzutu było zastosowanie względem wykonawcy podwójnego reżimu sankcyjnego w postaci możliwości powierzenia wykonania robót naprawczych przez Zamawiającego innemu podmiotowi na koszt i ryzyko wykonawcy (wykonanie zastępcze lub żądania przez Zamawiającego zwrotu zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej). Brzmienie kwestionowanego zapisu umowy, w szczególności zastosowanie alternatywy łącznej lub przy określeniu uprawnień przysługujących Zamawiającemu nie wyklucza możliwości jednoczesnego skorzystania z obu tych uprawnień przez Zamawiającego. Odmienne wyglądałaby sytuacja, gdyby w miejsce alternatywy łącznej, zastosowano alternatywę rozłączną- albo.

W przypadku gdyby Zamawiający skorzystał z obu tych uprawnień, mogłoby to prowadzić do faktycznego wzbogacenia kosztem wykonawcy. Wykonawca z jednej strony musiałby pokryć koszty wykonania zastępczego i jednocześnie zwrócić zapłaconą przez Zamawiającego kwotę kontraktu. W takim wypadku Zamawiający nie tylko otrzymałby przedmiot umowy zgodny z jej treścią, ale także zwrot kwoty, którą zapłacił wykonawcy za jej wykonanie. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający przyznał sobie dodatkowe uprawnienie do żądania zapłaty kar umownych. Trafnie zauważył Odwołujący, że wielokrotne sankcje za to samo naruszenie umowy prowadzi do skrajnej nierówności stron umowy, a zatem naruszenia art. 353¹ kc.

Izba miała na uwadze także fakt, że Zamawiający nie odniósł się do istoty tego zarzutu. Izba

nie jest związana treścią żądania wskazaną w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego klauzuli 11 należy zauważyć, że zgodnie z art. 558 § 1 kc odpowiedzialność z tytułu rękojmi może zostać przez strony rozszerzona. Ograniczenie tego rozszerzenia nie może nastąpić w przypadku, gdy kupującym jest konsument (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie). Zakwestionowany przez Odwołującego zapis umowy rozszerza odpowiedzialność z tytułu rękojmi poprzez wyłączenie obowiązku Zamawiającego niezwłocznego zbadania rzeczy i niezwłocznego zgłoszenia reklamacji. Z uwagi na fakt, że w świetle powołanego przepisu taka modyfikacja uprawnień z tytułu rękojmi jest dopuszczalna, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania nakazania Zamawiającemu zmiany tej klauzuli.

Izba uznała także, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego klauzuli 11.13. W tym zakresie Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji, także w trakcie rozprawy. Izba rozpoznając zarzut bierze pod uwagę stanowiska stron. Ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danej okoliczności wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie klauzula 11.13 nie jest skoordynowana z pozostałymi klauzulami umownymi i nie sformułował konkretnego żądania w zakresie zmiany SIWZ.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego klauzuli 1.9. Klauzula ta nakłada na wykonawcę obowiązek niezwłocznego zgłaszania wszystkich wykrytych błędów, natomiast nie nakazuje wykonawcy wykrycia wszystkich błędów. Takie rozwiązanie przewiduje także art. 651 kc, który nakazuje wykonawcy niezwłoczne zawiadomienie inwestora o wszelkich okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, a więc także o dostrzeżonych błędach w dokumentacji projektowej. Postanowienia tej klauzuli przewidują odpowiedzialność wykonawcy za zmiany zakresu robót wynikające z błędów, niejasności, nieścisłości lub innych wad projektu budowlanego, które wykonawca jako profesjonalny podmiot powinien zidentyfikować. W ocenie Izby, zapis ten nie daje podstawy do obciążenia wykonawcy zmianami zakresu robót wynikającymi z wszelkich błędów projektu budowlanego, lecz tylko tymi, które powinny zostać przez wykonawcę wykryte. Przy czym ocena zakresu odpowiedzialności wykonawcy za ewentualne wady projektu powinna zostać dokonana z uwzględnieniem okoliczności, że przedmiot zamówienia obejmuje także wykonywanie przez wykonawcę prac projektowych, w odniesieniu do których Zamawiający wykluczył możliwość podwykonawstwa. Z drugiej strony należy mieć także na uwadze, że wykonawca powinien legitymować się odpowiednim doświadczeniem w realizacji podobnych projektów, a więc także doświadczeniem w odczytywaniu dokumentacji projektowej w zakresie niezbędnym do realizacji inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową. Należy bowiem zauważyć, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu

odnoszą się także do doświadczenia wykonawców w zakresie realizacji podobnych zamówień. Przy czym Zamawiający postawił warunek realizacji co najmniej dwóch zamówień o określonej w treści SIWZ wartości. Są to wymagania wysokie, jednakże uzasadnione przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający wymaga realizacji zamówienia przez wykonawców doświadczonych, a więc także doświadczonych w zakresie dokonywania takiej analizy dokumentacji projektowej, która jest niezbędna do prawidłowego wykonywania robót. Analiza dokumentacji projektowej powinna zostać dokonana przez wykonawcę nie tylko po zawarciu umowy z Zamawiającym, ale także na etapie przygotowywania przez wykonawców ofert. Trudno sobie wyobrazić prawidłowe i rzetelne przygotowanie oferty na wykonanie inwestycji (w tym skalkulowanie ceny ofertowej) bez analizy dokumentacji projektowej, na podstawie której inwestycja ma zostać zrealizowana. Taka analiza dokumentacji powinna prowadzić do wykrycia potencjalnych błędów w tej dokumentacji – których wykrycie powinno być możliwe dla doświadczonego wykonawcy.

Należy przy tym zauważyć, że kwestionowany przez Odwołującego zapis nie prowadzi do wyłączenia odpowiedzialności projektanta za wykonany przez niego projekt na zasadach ogólnych.

Izba ponownie również zauważa, że niniejsza umowa ma charakter adhezyjny i złożenie oferty Zamawiającemu oraz – w przypadku wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej – zawarcie umowy z Zamawiającym, jest ze strony wykonawców dobrowolne.

Sygn. akt KIO 1128/17

Odwołujący Rafako S.A. wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, polegającej na takim ukształtowaniu treści SIWZ, która ogranicza w sposób niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych konkurencję, poprzez daleko idące ograniczenie liczby podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie Zamówienia.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1 b pkt 3) w związku z art. 36a ustawy PZP poprzez sformułowanie w punkcie 4.10 Część I SIWZ zakresu zamówienia podlegającego osobistemu wykonaniu przez Wykonawcę oraz jednocześnie w punkcie 6.13.1 Część I SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w taki sposób, że ograniczają one uczciwą konkurencję i uniemożliwiają faktyczne ubieganie się o Zamówienie wykonawcom (w tym Odwołującemu) samodzielnie, pomimo istniejącej możliwości posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego; zatem opis tych warunków jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania; art. 7 w związku z art. 22 ust. 1 a i ust. 1 b pkt 3) poprzez postawienie

nieproporcjonalnych i utrudniających uczciwą konkurencję warunków udziału w postępowaniu polegających na żądaniu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu A) dwóch zamówień polegających na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego co najmniej dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie niższej niż 90 000 Mg/rok (...) oraz B) dwóch zamówień polegających na wykonaniu budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90 000 Mg/rok (...), art. 22a ust. 5 ustawy PZP poprzez określenie w Załączniku nr 11 do Części I SIWZ solidarnej odpowiedzialności Wykonawcy oraz podmiotów udzielających potencjału w każdym zakresie udzielanych zasobów, co jest niezgodne ze wskazanym przepisem ustawy PZP; 4. art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy PZP poprzez sformułowanie w punkcie 6.5.2 oraz punkcie 613.3 Część I SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki sposób, że jest on nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, narusza także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia następujących modyfikacji SIWZ: a) w Części I SIWZ punkt 4.10 - dopuszczenie możliwości wykonania wskazanych prac alternatywnie zarówno osobiście przez Wykonawcę lub przez podmiot udzielający potencjału na podstawie art. 22a ustawy PZP; b) w Części I SIWZ punkt 6.13.1 - modyfikację warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w ten sposób, że Wykonawca zobowiązany będzie wykazać, że w wymaganym okresie czasu wykonał projekt budowlany i wykonawczy dla 1 (jednego) zamówienia oraz wykonał budowę 1 (jednej) instalacji, poprzez nadanie im następującego brzmienia: „A. Wykonawca wykaże, w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 1 (jedno) zamówienie polegające na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego co najmniej dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie niższej niż 90 000 Mg/rok, w skład której wchodziły min.: a) segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy, i b) segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy, i. c) instalacja oczyszczania spalin, oraz/i B. Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 1 (jedno) zamówienie polegające na wykonaniu budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i

uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90 000 Mg/rok w skład której wchodziły min.:

- a) segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy, i
- b) segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy, i
- c) instalacja oczyszczania spalin.”

c) w Załączniku nr 11 do Części I SIWZ - dodanie zastrzeżenia, iż oświadczenie o solidarnej odpowiedzialności podmiotu udostępniającego potencjał z Wykonawcą składane jest tylko w sytuacji polegania Wykonawcy na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, zaś w przypadku polegania na innych zasobach należy je przekreślić;

d) w Części I SIWZ punkt 6.13.3 lit. c) - modyfikację warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki sposób, że Wykonawca zobowiązany będzie wykazać przychody za ostatni zamknięty rok obrotowy na poziomie 700.000.000,00 PLN, a zatem poprzez nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „c) przychody za ostatni zamknięty rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 700.000,00 PLN (słowie: siedemset milionów złotych)”, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu wykreślenia treści warunku z punktu 6.13.3 lit c) i jednocześnie zmodyfikowanie treści wymogu wskazanego w punkcie 6.13.3 lit b), poprzez zamianę wartości osiągniętych średniorocznych przychodów z 500.000.000,00 PLN do wartości 800.000.000,00 PLN., zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zgodnie z Klauzulą 4.10 Części I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” (jak też Klauzulą 4.4 pkt 4 Kontraktu) Zamawiający zastrzegł, że „kluczowymi elementami zamówienia, które Wykonawca obowiązany będzie wykonać osobiście zgodnie z art. 36 a ust. 2 są: Projekt podstawowy w części technologiczno — mechanicznej oraz projekty wykonawcze poszczególnych obiektów w podziale na instalacje i węzły technologiczne: A. Węzeł spalania i odzysku energii B. Węzeł oczyszczania i odprowadzania spalin”. Jednocześnie, zgodnie z punktem 6.13.1 lit. A w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż „w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego co najmniej dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie niższej niż 90 000 Mg/rok, w skład której wchodziły min.:

- a) segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy i
- b) segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy i
- c) instalacja oczyszczania spalin.”

Zestawienie powyższych wymogów (w szczególności w zakresie

konieczności wykazania się dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu projektów budowlanych i wykonawczych) w ocenie Odwołującego istotnie ogranicza dostęp podmiotów, w tym w szczególności polskich, do udziału w tym postępowaniu oraz uprawnienie Wykonawcy płynące z art. 22a ust. 1 ustawy PZP, tj. uprawnienie do polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz uprawnienie Wykonawcy płynące z art. 22a ust. 4 ustawy PZP, tj. że w „odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zdaniem Odwołującego, takie ustalenie warunków SIWZ przez Zamawiającego sprawia, iż Wykonawca nie może polegać na potencjale i doświadczeniu podmiotu trzeciego w zakresie projektowania, a więc ogranicza to krąg potencjalnych Wykonawców do firm, które zaprojektowały w okresie ostatnich 7 lat co najmniej dwa obiekty spalarniowe. W przekonaniu Wykonawcy wymóg posiadania doświadczenia w zakresie projektowania oraz budowy dwóch spalarni oraz konieczność osobistego wykonania prac projektowych w zakresie określonym w punkcie 4.10 Części I SIWZ (przez podmiot posiadający doświadczenie w zaprojektowaniu dwóch spalarni) oznacza brak możliwości posiłkowania się w zakresie projektowania potencjałem podmiotu trzeciego, co w sposób rażący ogranicza możliwość udziału w tym postępowaniu podmiotów posiadających kompetencje i faktyczne zdolności do wykonania tego Zamówienia. Wykonawca wskazuje jednocześnie, że na terenie Polski w okresie ostatnich 7 lat powstało pięć obiektów spalarniowych, zaś żaden polski podmiot nie posiada wymaganych przez Zamawiającego zdolności w zakresie 2 realizacji określonych w SIWZ w punkcie 6,13.1 lit. A. Oznacza to, że zakres prac projektowych w przedmiotowym przetargu już na etapie realizacji inwestycji został zastrzeżony tylko dla ograniczonego kręgu podmiotów zagranicznych. Co więcej brak dopuszczenia możliwości wykonania tej części zamówienia przez podmiot, który udzielałby wykonawcy potencjału w zakresie doświadczenia, w jeszcze dalej idącym stopniu ogranicza konkurencję, gdyż de facto narzuca Wykonawcom obowiązkowo formułę konsorcjum pomimo generalnego dopuszczenia przez ustawę prawo zamówień publicznych możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Zakres projektowania wskazany w wymogu udziału w postępowaniu (punkt 6.13,1 lit A) jest niewielkim - pod względem wartości zamówienia wycinkiem całości prac koniecznych do wykonania w ramach inwestycji, która będzie realizowana w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego przetargu. Odwołujący wskazał, że jest to generalna prawidłowość występująca na realizowanych w Polsce i na świecie inwestycjach infrastrukturalnych. Powoduje to, iż firmy projektowe funkcjonując na rynku świadczą swoje usługi co do zasady jako podwykonawcy Generalnych Wykonawców tych inwestycji, nie wiążąc się w konsorcja. Jest to związane z realiami funkcjonowania tych

podmiotów na rynku i ewentualną odpowiedzialnością solidarną za całość inwestycji w przypadku występowania przez taki podmiot w formule Konsorcjum. Usługi projektowe realizowane są przez wyspecjalizowane w tym zakresie firmy, które nie zajmują się jednocześnie realizacją prac budowlanych. W ocenie Odwołującego, wymogów nie jest w stanie spełnić żaden podmiot polski pomimo okoliczności, że w ostatnich latach na terenie Polski zrealizowanych zostało 5 inwestycji, których przedmiotem była budowa spalarni.

Zarzut dotyczący postawienia wymogu udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego także wymóg sformułowany w przedmiotowym postępowaniu polegający na konieczności wykazania się doświadczeniem w zaprojektowaniu i budowie co najmniej 2 (dwóch) instalacji termicznego przekształcania odpadów narusza zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców sformułowane w art. 7 i 22 ustawy Prawo zamówień publicznych ogranicza też w znaczącym stopniu dostęp do uzyskania zamówienia podmiotom, które wykonały ze skutkiem pozytywnym inwestycje o podobnym zakresie skomplikowania, a co za tym idzie - dające gwarancję prawidłowego wykonania zamówienia. Jak dalej wskazał Odwołujący, zmniejszenie wymogu posiadania doświadczenia w zakresie sugerowanym przez Wykonawcę - do 1 realizacji inwestycji spowoduje rozszerzenie kręgu podmiotów spełniających wymóg udziału w postępowaniu, zwiększy konkurencyjność oraz w równym stopniu zapewni prawidłową realizację tej inwestycji. W ocenie Odwołującego, wykonanie przez podmiot 1 realizacji określonej w punkcie 6.13.1 lit. A. SIWZ powoduje, że dany Wykonawca nabył wystarczające doświadczenie w tym zakresie, co daje rękojmię należytego wykonania także tej inwestycji. Wykonawca wskazuje, iż wymóg doświadczenia sformułowany przez Zamawiającego nie spełnia kryteriów określonych w art. 22 ust. 1 a ustawy PZP, a co za tym idzie - powoduje wykluczenie z postępowania podmiotów, dających gwarancję poprawnego wykonania Zamówienia także przy wykonaniu 1 realizacji. W ocenie Odwołującego nie sposób wykazać, iż tak postawione nieproporcjonalne do sytuacji na rynku warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej są uzasadnione. Odwołujący podkreślił, że na chwilę składnia odwołania, brak jest na rynku polskim (pomimo zakończenia w ostatnich latach 5 inwestycji, których przedmiotem była budowa instalacji termicznego przekształcania odpadów) podmiotu, który byłby w stanie samodzielnie wziąć udział w niniejszym postępowaniu i spełnić wymogi stawiane przez Zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający może ustalać określone standardy, jeśli tylko nie ograniczają one uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do

spełnienia przez przeciętnego wykonawcę. Nieuprawnione jest wymaganie, aby zamawiający zrezygnował z ochrony własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia nadmiernie obniżając wymagania w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom nie posiadającym doświadczenia w realizacji przedsięwzięć o skali porównywalnej do przedmiotu zamówienia. Przy opracowywaniu SIWZ zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców.

W przekonaniu Wykonawcy także dokonanie modyfikacji Części I SIWZ punkt 6.13.1 dotyczącej warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w ten sposób, że Wykonawca zobowiązany będzie wykazać, że w wymaganym okresie czasu wykonał projekt budowlany i wykonawczy dla 1 (jednego) zamówienia/realizacji oraz wykonał budowę 1 (jednej) instalacji daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania przedmiotu Zamówienia, nie naruszając zasady konkurencji.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa powyższy zarzut.

Zgodnie z Załącznikiem nr 11 do Części I SIWZ pn. „wzór zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania Zamówienia, podmiot udostępniający potencjału musi złożyć oświadczenie o następującej treści; „w przypadku szkody Zamawiającego powstałej wskutek nieudostępnienia ww. zasobów odpowiadam wobec Zamawiającego solidarnie z ww. Wykonawcą. Moja odpowiedzialność wygasa jeżeli nieudostępnienie przedmiotowych zasobów nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponoszę winy.” Odwołujący wskazał, że przedmiotowe oświadczenie odpowiada treści uchylonego art. 26 ust. 2e ustawy PZP. Zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami ustawy PZP, tj. art. 22a ust. 5 - solidarna odpowiedzialność podmiotu udzielającego potencjału ograniczona jest do polegania przez Wykonawcę na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, a co za tym idzie - oświadczenie o solidarnej odpowiedzialności, którego żąda Zamawiający wykracza ponad ramy określone w ustawie PZP.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa powyższy zarzut.

Zarzut naruszenia art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy PZP poprzez sformułowanie w punkcie 6.5.2 oraz punkcie 613.3 Część I SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki sposób, że jest on nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, narusza także zasady uczciwej konkurencji i

równego traktowania, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zgodnie z punktem 6.13.3 Części I SIWZ w zakresie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, iż posiada: „a) środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 150.000.000,00 PLN (słownie: sto pięćdziesiąt milionów złotych), b) średnioroczne przychody z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) na poziomie nie niższym niż 500.000.000,00 PLN (słownie: pięćset milionów złotych), c) obroty za ostatni zamknięty rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 800.000.000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych).” Odwołujący podniósł, że zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 zw. z ust. 1 b) pkt 2 ustawy PZP Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je „jako minimalne poziomy tej zdolności”. Odwołujący zauważył, co następuje: „Zamawiający w pierwszej kolejności oczekuje wykazania średniorocznych przychodów z działalności operacyjnej za okres 3 (trzech) ostatnich lat obrotowych (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) na poziomie nie niższym niż 500.000.000,00 PLN (słownie: pięćset milionów złotych) - punkt 613.3 lit. b) Części I SIWZ. Zamawiający zakłada zatem, że jeżeli Wykonawca wykaże przychód na poziomie kwoty 500.000.000,00 PLN (słownie: pięćset milionów złotych) w każdym z trzech poprzednich lat obrotowych, to zdolność ekonomiczna i finansowa będzie wtedy wykazana przez Wykonawcę w sposób prawidłowy oraz będzie jednocześnie stanowić dla Zamawiającego rękojmię/zabezpieczenie należytego wykonania inwestycji (z finansowego punktu widzenia). Zamawiający postawił z drugiej strony kolejny wymóg dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w punkcie 613.3 lit. c) Części I SIWZ, w którym oczekuje wykazania obrotów za ostatni zamknięty rok obrotowy w wysokości nie mniejszej niż 800.000.000,00 PLN (słownie: osiemset milionów złotych). Jeżeli założymy, że Zamawiający utożsamia pojęcie „przychodu” i „obrotu” (jak wynika z udzielonych w dniu 1 czerwca 2017 roku wyjaśnień), to całkowicie nieuzasadnione jest postawienie tak wysokiego wskaźnika dla Wykonawcy w ostatnim roku obrotowym, ponieważ: (i) pozostaje on w sprzeczności z wskaźnikiem przychodu Wykonawcy na poziomie 500.000.000,00 PLN (słownie: pięćset milionów złotych) w każdym z trzech poprzednich lat obrotowych oraz (ii) nie daje Zamawiającemu większej rękojmi/ zabezpieczenia należytego wykonania inwestycji. Brak jest zatem obiektywnych okoliczności, w tym cech przedmiotu zamówienia, które powodują, że Wykonawca który ma przychód na poziomie 700.000.000,00 PLN w ostatnim

roku obrotowym nie byłby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia (por. także uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2014 roku, sygn. KIO/KU 2/14). Postawienie w taki sposób warunku udziału w postępowaniu w sposób nieuzasadniony narusza także zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Mając na uwadze zastój na rynku inwestycji energetycznych panujący w Polsce w roku 2016, stawianie tak wysokiego warunku eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty które osiągały przychody w wysokości 800.000.000 PLN w latach poprzednich (z wyłączeniem roku 2016), w tym przykładowo są w stanie wykazać się średniorocznym przychodem za ostatnie 3 lata obrotowe na poziomie 800.000.000 złotych, lecz mają przychód niższy od tej kwoty w roku 2016.”

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3) w związku z art. 36a ustawy PZP poprzez sformułowanie w punkcie 4.10 Część I SIWZ zakresu zamówienia podlegającego osobistemu wykonaniu przez Wykonawcę oraz jednocześnie w punkcie 6.13.1 Część I SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w taki sposób, że ograniczają one uczciwą konkurencję i uniemożliwiają faktyczne ubieganie się o zamówienie wykonawcom (w tym Odwołującemu) samodzielnie, pomimo istniejącej możliwości posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego; zatem opis tych warunków jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Trafnie zauważył Zamawiający, że w świetle ww. przepisu jedynym warunkiem koniecznym takiego zastrzeżenia jest to, aby dotyczyło ono *kluczowych części zamówienia*. Odwołujący nie zakwestionował, że wykonanie przywołanej przez niego dokumentacji projektowej stanowi kluczową część zamówienia. To w konsekwencji oznacza,

że podstawowy warunek dopuszczalności zastrzeżenia osobistego wykonania został w niniejszej sprawie spełniony.

Zamawiający wyjaśnił, że „przedmiotowa inwestycja realizowana ma być w istniejącym zakładzie, przy utrzymaniu jego ruchu. Wpływa to znacząco na zwiększenie stopnia trudności realizacji inwestycji w stosunku do inwestycji realizowanych od podstaw, jakimi były pozostałe budowy zakładów termicznego przekształcania odpadów. Trudności te sprowadzają się zarówno do kwestii technicznych - trudniej jest „wpasować się” projektantowi i wykonawcy robót w częściowo istniejącą infrastrukturę, niż wybudować ją od podstaw, jak również kwestii organizacyjnych - realizacja przedmiotowej inwestycji będzie wymagała prac na istniejącej infrastrukturze związanej z gospodarowaniem odpadami, przy konieczności zachowania ciągłości jej funkcjonowania. Właśnie dlatego Wykonawca zmuszony będzie prowadzić roboty w ten sposób, żeby wpływały na realizację zadań przez Zamawiającego, co w przypadku pozostałych realizacji było ułatwione, ponieważ Wykonawcy dysponowali wyodrębnionymi, zamkniętymi placami budów, natomiast w tym przypadku nie będzie to mogło mieć miejsca. Nawet od strony formalnej inwestycja wykazuje odmienność w stosunku do pozostałych inwestycji spalarniowych, ponieważ nie jest realizowana przez spółkę celową ale przez podmiot istniejący i realizujący inne niż tylko przebudowa zakładu zadania, a zatem bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której zakłócenia w realizacji inwestycji odbiją się na innych zakresach działalności Zamawiającego, Skutkiem zwiększonego poziomu trudności realizacji inwestycji i większej ilości ryzyk z nią związanych jest w mniemaniu Zamawiającego konieczność silniejszego niż w przypadku pozostałych projektów zabezpieczenia swoich interesów”.

Zamawiający wyjaśnił także, że udział projektanta jako strony umowy jest konieczny, ponieważ w sytuacji gdy jest on jedynie podwykonawcą, Zamawiający nie ma żadnej możliwości zagwarantowania sobie, że projektant będzie dostępny przez cały czas realizacji umowy. Dla zamówienia realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj” udział projektanta nie wyczerpuje się w momencie zakończenia realizacji fazy projektowania i przystąpienia do realizacji robót budowlanych. Realizuje on swe zadania jeszcze po zakończeniu realizacji robót budowlanych, choćby wykonując projekty powykonawcze. W przypadku tej konkretnej inwestycji kluczowym elementem jest montaż części technologicznej zakładu w obiekcie. To z nim związana jest większość ryzyk, zarówno prawnych (ograniczenia wynikające z decyzji środowiskowej i ryzyko niezyskania pozwolenia zintegrowanego w przypadku nie spełnienia przez instalację wymaganych parametrów) jak i faktycznych (niedopasowanie technologii do obiektu).

Należy także wskazać, że nie jest uzasadnione odnoszenie się Odwołującego jedynie do rynku polskiego w zakresie projektowania i budowy spalarni.

Ponadto podkreślenia wymaga, że nie jest tak, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty. Możliwe jest bowiem stworzenie konsorcjum z udziałem podmiotów projektowych, jak i samodzielne ubieganie się o zamówienie przez podmioty wykonawcze posiadające własne doświadczenie w projektowaniu. Tym bardziej, że niniejsze postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

W świetle powyższego, skoro Zamawiający opisał przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, a wykonawcy nie zostali pozbawieni możliwości złożenia oferty, nie sposób uznać, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp i że opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia został dokonany w taki sposób, że ogranicza uczciwą konkurencję i uniemożliwia faktyczne ubieganie się o zamówienie wykonawcom (w tym Odwołującemu) samodzielnie, pomimo istniejącej możliwości posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego. Odwołujący nie wykazał także, aby opis tych warunków był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Izba za nieuzasadniony uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy PZP poprzez sformułowanie w punkcie 6.5.2 oraz punkcie 613.3 Część I SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w taki sposób, że jest on nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, narusza także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej dlaczego warunek udziału w postępowaniu w postaci obrotu za ostatni zamknięty rok obrotowy w wysokości 800 mln zł jest nieproporcjonalny dla udziału w postępowaniu. Nie wykazał, aby tak postawiony warunek naruszał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwił dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zgodnie z art. 22c ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności: aby wykonawcy posiadali określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny roczny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu, Zamawiający nie może wymagać, aby minimalny roczny obrót, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, przekraczał dwukrotność wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Zamawiający wskazuje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub protokole powody zastosowania takiego wymogu.

Zamawiający wyjaśnił w treści odpowiedzi na odwołanie że kwestionowany warunek został określony po dogłębnej analizie rynku, która miała wykazać, iż zachowana zostanie konkurencyjność postępowania i istnieć będą liczne podmioty, będące w stanie wziąć udział w postępowaniu samodzielnie. Próg 800 mln zł obrotu za ostatni zamknięty rok obrotowy związany jest z wartością przedmiotu zamówienia, chociaż również został w stosunku do niej lekko obniżony (całkowita wartość zamówienia to około 960 mln zł netto).

Zamawiający przedstawił tabelaryczne zestawienie będące wynikiem przeprowadzonego rozeznania rynku pod kątem zdolności finansowych podmiotów potencjalnie zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu. Wynika z niego, iż podmiotów spełniających warunki w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej jest co najmniej 17 i jak wskazał Zamawiający, jest to lista otwarta.

Odwołujący w argumentacji podniósł, że rok 2016 był rokiem zastoju w budownictwie. Podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swojego stanowiska. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego i jako dowód na poparcie swojego twierdzenia przedstawił wyniki finansowe samego Odwołującego, dla którego grupy kapitałowej przychody netto ze sprzedaży produktów i usług wzrosły w 2016 r. w stosunku do roku 2015.

Należy mieć na uwadze także fakt, że w zakresie warunków finansowych i ekonomicznych wykonawca może polegać na zasobach podmiotów udostępniających swoje zasoby.

Zatem zgodnie z art. 22a ustawy Pzp, Odwołujący jest w stanie warunek ten spełnić wspólnie z podmiotami wchodzącymi w skład jego grupy kapitałowej. Jest także w stanie spełnić warunek wspólnie z innymi podmiotami.

W świetle powyższych okoliczności, Odwołujący ma możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. A skoro tak, nie można uznać, że ograniczony został dostęp do udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut stawiany Zamawiającemu o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 w związku z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 2) ustawy PZP i aby Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a w konsekwencji w sposób nieuzasadniony uniemożliwił dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający wyjaśnił, że: realizacja tak wielkiej inwestycji jak będąca przedmiotem niniejszego postępowania wymagać będzie od Wykonawcy olbrzymiego zaangażowania kapitałowego i wysiłku organizacyjnego. Wiąże się to ze znacznym ryzykiem finansowym, które będzie musiało zostać przez Wykonawcę zniwelowane, prawdopodobnie poprzez współpracę z zewnętrznymi instytucjami finansowymi - tym bardziej, że zamawiający nie

przewiduje wypłaty zaliczek Wykonawcy, natomiast Wykonawca najprawdopodobniej będzie musiał zaliczkować zamawiane u podmiotów trzecich elementy instalacji i kredytować elementy wykonywane osobiście. W mniemaniu Zamawiającego, co zostało potwierdzone na etapie przygotowania postępowania po konsultacjach z podmiotami z sektora finansowego, które mogą zostać zaangażowane w finansowanie Wykonawcy na etapie realizacji, wysoka wartość obrotów w ostatnim roku obrotowym znacząco ułatwi Wykonawcy pozyskanie finansowania zewnętrznego. Jest ona gwarantem, iż mniejsze podmioty biorące udział w postępowaniu (to jest takie, które tylko nieznacznie przekraczają warunek średniorocznego obrotu za 3 ostatnie lata obrotowe) znajdują się w fazie rozwoju przedsiębiorstwa, ponieważ już sam warunek w zakresie średniorocznych przychodów został przez Zamawiającego określony nisko w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, właśnie w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania.

Zgodnie z Tabelą stanowiącą załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie należy stwierdzić, iż grupa zdolnych wykonać je wykonawców jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta” aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić.

Odwołujący wnosił o dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej w taki sposób, że wykonawca zobowiązany będzie wykazać przychody za ostatni zamknięty rok obrotowy na poziomie 700 000 000,00 zł. lub alternatywnie modyfikację wymogu z punktu 6.13.3 lit. b poprzez zmianę wartości osiągniętych średniorocznych przychodów z 500 000 000,00 zł do wartości 800 000 000,00 zł. Odwołujący nie wskazał, dlaczego akurat kwota 700 mln zł obrotu za ubiegły rok oznaczałaby, że warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Sam fakt, że jest to wartość umożliwiająca Odwołującemu samodzielne uczestnictwo w postępowaniu nie oznacza, że jest to warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nadto zwiększenie średniorocznych przychodów (jak alternatywnie zaproponował Odwołujący) wcale nie oznacza udziału większej liczbie podmiotów w postępowaniu. Zwiększenie wymagań nie oznacza zatem, że celem Odwołującego jest zapewnienie i umożliwienie dostępu do udziału w postępowaniu szerokiej konkurencji, ale dostosowanie wymagań warunku do swoich potrzeb. Tym samym Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....