

WYROK
z dnia 8 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Emil Kawa
Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2019 r. przez wykonawcę „**AJW WARDEX**” Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**AJW WARDEX**” Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego „**AJW WARDEX**” Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy „**AJW WARDEX**” Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin, na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych**

i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Mławie”, numer referencyjny: GDDKiA.O.WA.D-3.2413.10.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lutego 2019 r., nr 2019/S 030-067273.

W dniu 22 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę „AJW WARDEX” Sp. z o.o., Słupno, ul. Żeromskiego 112, 05-250 Radzymin (dalej: „odwołujący”). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b oraz art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony, tj. wskazanie w ogłoszeniu w rozdziale 1 pkt 7.1 lit (b) wymogu polegającego na konieczności wykazania się przez odwołującego zdolnościami technicznymi, tzn. kandydatem na stanowisko koordynatora umowy, który oprócz doświadczenia w kierowaniu /koordynowaniu prac związanych z letnim i zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G, musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń lub konstrukcyjno-budowlanych bez ograniczeń,
2. art. 48 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 60d ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie przez zamawiającego kryteriów selekcji w sposób nieobiektywny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, także z uwagi na ich nadmierność, nieproporcjonalność i brak uzasadnienia przedmiotem zamówienia, tj. wskazanie w ogłoszeniu w rozdziale 1 pkt 7.1 lit (b) kryterium selekcji, polegającego na konieczności wykazania się przez odwołującego nieproporcjonalnymi uprawnieniami osób, którymi dysponuje wykonawca,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w sposób wskazujący na nieproporcjonalność ustalonych

- warunków udziału oraz kryteriów selekcji,
4. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1, art. 139 ust. 1 w zw. z art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 471 KC oraz 483 § 1 i art. 484 § 2 KC poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy w sposób przenoszący całe ryzyko gospodarcze przedsięwzięcia tylko na jedną stronę umowy - wykonawcę, a także jako godzące w istotę i cel zamówienia publicznego, w zakresie klauzul obejmujących obciążenie wykonawcy karami umownymi w oparciu o § 16 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy, poprzez zastrzeżenie kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej oraz w sytuacji zastrzeżenia odpowiedzialności wykonawcy niezależnie od winy, jak również w zakresie, w którym zamawiający nie ma obowiązku informować o zaobserwowanych naruszeniach,
 5. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 3, art. 139 ust. 1 w zw. z art. 14 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 5 KC, art. 353¹ KC poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów, sporządzenie projektu umowy, w którym nałożono na wykonawcę obowiązek nabywania materiałów do zimowego utrzymania dróg (sól, chlorek wapnia) u zamawiającego nakładając równocześnie na wykonawcę zasady rozliczenia zamówień materiału i termin płatności,
 6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień umowy, wskazanych w niniejszym odwołaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności, w tym w szczególności poprzez nieproporcjonalność przyjętych sankcji względem chronionych interesów zamawiającego.

W szczególności odwołujący stwierdził, co następuje.

„1. Zarzut dotyczący wymogów co do kandydata na Koordynatora Umowy.

(...) W tym zakresie należy zauważyć, że wymóg przedstawienia kandydata na koordynatora umowy posiadającego nieograniczone uprawnienia, jest wymogiem zbędnym i nieproporcjonalnym. (...) Dokonany przez Zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W tym zakresie należy wskazać, że po pierwsze kryterium to nie było brane pod uwagę w dotychczasowych postępowaniach w przedmiocie bieżącego utrzymania dróg, np. postępowanie prowadzone przez Oddział Kielce. Kolejno, co najważniejsze Zamawiający w ramach swoich kadr pracowniczych również nie posiada pracowników o przedmiotowych umiejętnościach. Tym samym należałoby wskazać, jak zdaniem Zamawiającego koordynatorzy wykonywania umów „po jego stronie” są w stanie nadzorować umowy, skoro nie mają umiejętności i uprawnień, których Zamawiający wymaga

od wykonawców. Istotną kwestią w przedmiotowym postępowaniu jest bowiem zbadanie, czy wykonawca posiada odpowiednie umiejętności, wiedzę i uprawnienia przedkładając dowód posiadania uprawnień ograniczonych, czy niezbędne jest aby wykazał się dodatkowym w stosunku od dotychczasowych uprawnieniami i wyłącznie posiadanie nieograniczonych uprawnień pozwala na prawidłowe wykonanie umowy. (...) Wykonawca, który w ramach posiadanego kapitału ludzkiego wykazałby się kandydatem na koordynatora umowy posiadającym nieograniczone uprawnienia nie daje większej gwarancji prawidłowej realizacji zamówienia niż wykonawca, który wykaże się uprawnieniami ograniczonymi, w realiach usługi polegającej na utrzymaniu drogi.

W tym zakresie należy wskazać, że uprawnienia budowlane w specjalności inżynierii drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

1. droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów,
2. droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust.

Z kolei uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w ograniczonym zakresie stanowią uprawnienie do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, jak:

1. droga klasy: lokalna i dojazdowa oraz droga wewnętrzna, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów,
2. droga na terenie lotniska, nieprzeznaczona dla ruchu i postoju statków powietrznych (§ 13 ust. 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (tj. Dz. U. 2014, poz. 1278, z późn. zm.).

Powyższe jest jednak stanem prawnym obowiązującym od 2014 r., a większość, jeśli nie wszyscy posiadacze uprawnień posiadający wymagane doświadczenie zawodowe (24 miesiące) zdobyli swoje uprawnienia w uprzednio obowiązujących stanach prawnych.

Przykładowo w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. 1975, nr 8, poz. 46) obowiązujące do 14 lutego 1995 r. przewidywało specjalność techniczno-budowlaną konstrukcyjno-inżynierską w zakresie dróg i lotniskowych dróg startowych oraz manipulacyjnych - obejmujących również typowe przepusty i mosty.

Powyższe powoduje, że zastosowana przez Zamawiającego konstrukcja i wymaganie nie jest dostosowane do konstrukcji uprawnień budowlanych. Powyższe powoduje, że wskazywanie w tym zakresie uprawnienia ograniczone lub nieograniczone nie oddają adekwatnie zapotrzebowania i warunku, jaki Zamawiający chce postawić przed

Wykonawcami. (...) Zaskarżone wymaganie byłoby odpowiednio wyłączone, w razie gdyby Zamawiający zamówił konkretne roboty budowlane obejmujące zbudowanie danego odcinka drogi. Z tego względu należałoby Wykonawcom przedstawić możliwość wyboru lub dostosowania uprawnień koordynatora umowy do aktualnej sytuacji, w toku wykonywania umowy, a istotą wymogu uczynić doświadczenie w utrzymaniu drogi. (...)

Tym samym Odwołujący podnosi, że zakres zaskarżonego w Tom I w rozdziale 1 pkt 7.1 lit (b) Ogłoszenia został ujęty zbyt wąsko, przez co doszło do naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b oraz ust. 1, w zw. z art. 22d ust 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP. Zaistnienie przedmiotowego naruszenia, będącego efektem pominięcia przez Zamawiającego koordynatorów z uprawnieniami ograniczonymi uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji Zamówienia. Powoduje ono zarazem naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. (...)

2. Zarzut dotyczący kar umownych.

(...) W tym zakresie odnosząc się do mechanizmu naliczania kar należy wskazać, że mechanizm ten narusza zasadę adekwatności i przede wszystkim odbiega od odszkodowawczego i kompensacyjnego, a nawet prewencyjnego charakteru kar umownych. Zatem ustalenia przez Zamawiającego kar umownych niezależnie od odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy stanowi rażące naruszenie prawa. Wprowadzone postanowienia powodują, że wykonawcy są bezbronni wobec uprawnień Zamawiającego, który nawet w razie braku winy może nakładać na Wykonawcę kary umowne.

W § 16 ust. 1 pkt 6) projektu umowy Zamawiający zastrzega, iż: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

6) za niedotrzymanie terminu przywrócenia stanu technicznego elementów drogi, określonych w załączniku nr 2 do OPZ - 500 zł za każdy naliczony punkt karny”.

Korzystając z odesłania do Załącznika nr 2 do OPZ należy wskazać, że w II. Zamawiający określił: jakie elementy drogi i wyposażenia podlegają ocenie oraz przypisał konkretnym elementom terminy zabezpieczenia, wskazał terminy doprowadzenia do opisanego wymagania oraz wartość kar i jednostkę pomnażania kar jednostkowych.

Powyższe postanowienia w oczywisty sposób odbiegają od prywatnoprawnego uregulowania odpowiedzialności kontraktowej stron.

Po pierwsze należy wskazać, że ukształtowanie odpowiedzialności Wykonawcy prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający może naliczać kary umowne po zauważeniu przez siebie, na podstawie wizualnej oceny elementów, w ramach utrzymania drogi. Powyższe postanowienia nie zastrzegają jednak obowiązku Zamawiającego do poinformowania Wykonawcy o zaobserwowanym uchybieniu, a pozwalają naliczyć Zamawiającemu karę umowną i „po kryjomu” czekać na naliczanie kar umownych, co stwarza Zamawiającemu

możliwość dodatkowego zarabiania na nałożonych karach umownych.

Po drugie, co wiąże się również, z pierwszym punktem, odpowiedzialność Wykonawcy została ukształtowana na podstawie odpowiedzialności ze skutek, a nie na podstawie winy. Tym samym niezależnie od dołożenia lub nienależytej staranności. Kolejno nie tylko zatem Zamawiający nie zastrzegł odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie winy, ale trudno tą odpowiedzialność uznać za odpowiedzialność na podstawie ryzyka, przeciwnie konstrukcja przepisów umowy nakazuje interpretować odpowiedzialność jako odpowiedzialność absolutną, „za skutek”. W polskim systemie prywatnoprawnym odpowiedzialność za skutek ukształtowana została tylko w jednym przypadku, tj. w kontekście ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo Atomowe (tj. Dz. U. 2018, poz. 2227). Porównanie odpowiedzialności wykonawcy ze szkodami atomowymi unaocznia rażącą nieadekwatność kar.

W ocenie Wykonawcy tak daleko idące zabezpieczenie interesów Zamawiającego sprzeczne jest z art. 484 § 1 kodeksu cywilnego, ale jednocześnie stanowi nadużycie prawa podmiotowego.

Kolejno należy wskazać, że ukształtowanie kar za zauważenie „drobnego śmiecia” w pasie drogowym w wysokości 10 punktów karnych, a zatem w liczbach bezwzględnych w kwocie 5000 zł, w żaden sposób nie oddaje wysokości potencjalnej szkody. Jednocześnie, jeżeli na danym odcinku znajdzie się np. 10 śmieci, nawet pochodzących od tego samego podróżującego drogą, Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 50.000 zł, w sytuacji gdy nie powstała żadna szkoda w jego majątku. Kwota ta nie ma zatem żadnego znaczenia kompensacyjnego, a jej znaczenie odstraszające przy tej wysokości kwotach jest znacznie przesadzone i w rzeczywistości prowadzi do wzbogacenia Zamawiającego.

W kontekście kwot kar umownych oraz mechanizmu ich naliczenia mamy do czynienia raczej z dysfunkcją, niż jakimkolwiek pozytywnie postrzeganym skutkiem prawnym i zabezpieczeniem interesu Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego wystąpienie w pasie drogi nawianych przez wiatr gałęzi nie obniża w najmniejszym stopniu wartości świadczonej usługi utrzymania drogi. Dodatkowo należy wskazać, że pojawienie się gałęzi w pasie drogowym jest działaniem niezależnym od woli stron, w sytuacji wiatrów nawalnych, jest to działanie siły wyższej i z tego względu możliwe jest zaistnienie sytuacji, w których ze względu na warunki atmosferyczne nie będzie możliwe posprzątanie drogi w czasie wymaganym przez Zamawiającego ze względu na stałe pojawianie się śmieci, gałęzi, zabrudzeń na różnych odcinkach drogi.

Kary umowne są w tym zakresie rażąco wygórowane, a jednocześnie fakt ich nałożenia stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości, po pierwsze jego wynagrodzenia, po drugie potencjalnego zysku wykonawcy.

Kara umowna stanowi rodzaj odszkodowania, z którym wiąże się istnienie odpowiedzialności zobowiązanego. Brak tej odpowiedzialności powinien wykluczać możliwość nałożenia kary umownej.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że brak określenia reguł odpowiedzialności w przypadku przedmiotowego zamówienia powoduje, że naruszona została zasada określoności zamówienia, wynikająca z art. 29 ust. 1 PZP. W razie sporu co do wykonywania umowy, z przedstawionego wzoru umowy nie będzie wynikało na jakiej zasadzie odpowiada Wykonawca, co powoduje, że zamówienie jest niedookreślone. (...)

Dodatkowo należy wskazać, że represyjność ukształtowania kar umownych ujawnia się także przez pryzmat mechanizmu naliczania kar umownych. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający nalicza kary umowne nie informując wykonawcę o zaobserwowanym naruszeniu, powyższe powoduje, że Zamawiający może mechanizm kar umownych wykorzystać do wzbogacenia się kosztem wykonawcy, a takie działanie rażąco narusza uczciwą konkurencję. Powyższe naruszenie równowagi stron zmniejsza liczbę potencjalnych oferentów. Potencjalni wykonawcy nie mogą oszacować ryzyka arbitralnych kar umownych, mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu. (...)

Tak też w niniejszej sytuacji skonstruowanie opisu zamówienia w zakresie nieadekwatnych sankcji rażąco naruszyło zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę jednoznaczności opisu zamówienia.

3. Zarzut nałożenia na Wykonawcę obowiązku nabywania materiałów od Zamawiającego.

W tym zakresie należy wskazać, że obowiązek nabywania materiałów od Zamawiającego po ustalonych przez Zamawiającego cenach i w ustalonym przez Zamawiającego terminie rozliczenia, abstrahując od poszczególnych przepisów PZP, również stanowi nadużycie prawa oraz rażąco narusza zasadę swobody umów.

Zamawiający nakładając na wykonawcę obowiązek nabywania od Zamawiającego materiałów do zimowego utrzymania drogi wpływa na katalog podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Powyższe powoduje, że część oferentów może odstąpić od złożenia zamówienia szacując niską lub żadną zyskowność zamówienia przez pryzmat narzuconych kosztów materiałów, które zgodnie z umową muszą nabywać od Zamawiającego, a które mogliby taniej lub w lepszej jakości nabyć od innych dostawców. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi opis zamówienia naruszający zasadę uczciwej konkurencji narzucając wykonawcy konkretne rozwiązanie tzn. nabywanie materiału bezpośrednio od Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający nie może w opisie zamówienia nakazywać wybrania konkretnej metody, znaku towarowego, czy pochodzenia materiałów, nawet w zakresie w jakim tym dostawcą jest sam Zamawiający.

Powyższe jest wprost sprzeczne z art. 29 ust. 3 PZP i wpływa na potencjalny krąg oferentów, usuwając z niego podmioty dysponujące materiałem lub podmioty, które nie podejmą ryzyka obowiązku zapłaty w nieokreślonej wysokości. (...)

W przedmiotowej sytuacji, to w sferze swobody wykonawcy leży, z jakiego źródła materiały należy wykorzystać w celu prawidłowego wykonywania umowy. Brak jest w tym zakresie przepisów prawnych, które pozwalałyby w tym zakresie decyzyjność wykonawcy i swobodę wyboru kontrahenta ograniczyć. Przeciwnie Zamawiający może na etapie wykonywania umowy wyłącznie kontrolować wykonawcę w przedmiocie właściwego wykonywania umowy.”

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany:

- 1) postanowienia w Tom I w rozdziale 1 pkt 7.1 lit (b) ogłoszenia w zakresie: kryterium zdolności technicznych wykonawcy, w ten sposób, że wymóg określony w przedmiotowym opisie ogłoszenia obejmie wyłącznie posiadanie uprawnień ograniczonych przez koordynatora umowy. Tym samym odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia rozdziału 1 pkt 7.1 lit (b):

„Osoba proponowana przez Wykonawcę do pełnienia ww. funkcji musi wykazać się co najmniej 24 miesięcznym doświadczeniem w kierowaniu/koordynowaniu prac związanych z letnim i zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G. Wykonawca w toku wykonywania umowy zapewni koordynatora umowy posiadającego odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej w ograniczonym zakresie lub konstrukcyjno-budowlanych w ograniczonym zakresie lub uprawnienia nieograniczone budowlane i konstrukcyjno-budowlane, w razie wykonywania robót wymagających stosownych uprawnień”;

- 2) wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku nabywania materiałów do zimowego utrzymania od zamawiającego, podczas gdy jest to w żaden sposób nieuzasadnione ograniczenie konkurencji i kręgu dostawców. Tym samym odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia wzorowi umowy § 8 ust. 2:

„Wykonawca ponosi koszty faktycznie zużytych w danym miesiącu materiałów do zimowego utrzymania dróg (sól, chlorek wapnia). Wybór dostawcy materiałów do zimowego utrzymania dróg należy do Wykonawcy”;

- 3) wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych niezależnie od winy wykonawcy oraz wysokości rażąco wygórowanej, przy czym naruszając również obowiązek lojalnej współpracy zamawiającego przy wykonywaniu zobowiązania. Tym samym odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia wzorowi umowy § 16 ust. 1 pkt 6:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

[...]

6) za zawinione niedotrzymanie terminu przywrócenia stanu technicznego elementów drogi, określonych w załączniku nr 2 do OPZ - 10 zł za każdy naliczony punkt karny”.

Tym samym odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia Załącznika nr 2 do OPZ II Elementy Drogi i jej wyposażenia podlegające ocenie, poprzez dodanie po punkcie 15 Zimowe utrzymanie dróg:

„Terminy wykonania zabezpieczenia i czas doprowadzenia do opisanego wymagania zaczyna bieg od momentu poinformowania Wykonawcy przez Zamawiającego lub zaobserwowania zdarzenia przez Wykonawcę”.

Pismem z dnia 7 marca 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził w szczególności, co następuje.

Odnosnie zarzutu dotyczącego warunku koordynatora umowy:

„(...) wbrew stanowisku Odwołującego, biorąc pod uwagę istotność przedmiotu zamówienia, jakim jest letnie i zimowe utrzymanie dróg, nie sposób uznać, iż opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wymóg posiadania przez Koordynatora Umowy powyższych uprawnień sprowadza się do konieczności ukończenia przez taką osobę studiów wyższych na kierunku budownictwo oraz odbycia odpowiedniej praktyki na budowie.

Zgodnie z treścią art. 14 ust. 3 pkt. 3 ustawy z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane uzyskanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami bez ograniczeń wymaga (a) ukończenia studiów drugiego lub pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, (b) odbycia odpowiednio półtorarocznej lub trzyletniej praktyki na budowie.

Natomiast zgodnie z treścią art. 14 ust. 4 pkt. 3 ustawy uzyskanie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie wymaga:

a) ukończenia:

- studiów drugiego stopnia na kierunku pokrewnym dla danej specjalności lub
- studiów pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności, lub
- studiów pierwszego stopnia na kierunku pokrewnym dla danej specjalności, lub

b) posiadania:

- tytułu zawodowego technika lub mistrza, albo
- dyplomu potwierdzającego kwalifikacje zawodowe w zawodzie nauczonym na poziomie technika
- w zawodach związanych z budownictwem określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 16, w zakresie odpowiednim dla danej specjalności,

c) odbycia praktyki na budowie w wymiarze:

- półtora roku w przypadku, o którym mowa w lit. a tiret pierwsze i drugie,
- trzech lat w przypadku, o którym mowa w lit. a tiret trzecie,
- czterech lat w przypadku, o którym mowa w lit. b.

(...) Podkreślić należy, iż zgodnie z pkt. 3 TOM III SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) „do obowiązków koordynatora należy całodobowe, współpracowanie z przedstawicielami Zamawiającego w codziennym planowaniu zakresu prac na drogach objętych przedmiotem Umowy. Koordynator ma również uczestniczyć we wszystkich czynnościach wykonywanych w ramach Umowy i je nadzorować, miejscem pracy jest siedziba Rejonu. Koordynator pracuje 8 godzin dziennie w dni robocze, miejscem pracy jest siedziba Rejonu, Obwodu drogowego i/lub drogi Rejonu, obowiązkowe jest fizyczne przebywanie na obszarze zarządzanym przez Rejon”.

Do obowiązków koordynatora należy:

1. organizowanie pracy dla zespołów roboczych i sprzętu wykonujących zadania rutynowe,
2. przydzielanie zadania dla brygad interwencyjnych,
3. przyjmowanie zleceń od Rejonu z zadań strukturalnych i dysponowanie zespołów roboczych i sprzęt do ich realizacji,
4. przygotowanie harmonogramu pracy dla wszystkich zespołów roboczych,
5. kontrolowanie jakości wykonania robót,
6. wprowadzenie i przestrzeganie tymczasowych projektów organizacji ruchu w miejscach prowadzenia prac i robót,
7. odbiór pasa drogowego przy rozpoczęciu realizacji umowy
8. odbiory robót strukturalnego utrzymania dróg.

Powyższy zakres obowiązków jednoznacznie wskazuje, iż Koordynator Umowy musi posiadać niezbędne wykształcenie i doświadczenie w zakresie kierowania robotami budowlanymi, które to roboty budowlane Koordynator będzie organizował, nadzorował i odbierał.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z ustawą z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jest zarządcą dróg krajowych oraz autostrad, a więc Zamawiający jako zarządca dróg krajowych nie utrzymuje dróg niższych klas, niż drogi klasy „G”.

Natomiast zgodnie z treścią § 13 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 11 września 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak droga klasy: lokalna

i dojazdowa oraz droga wewnętrzna, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów, a więc dróg o klasie niższej niż G.

Osoba posiadająca żądane uprawnienia w ograniczonym zakresie, nie będzie posiadała wyższego wykształcenia o kierunku budownictwo, jak również nie będzie uprawniona do kierowania robotami budowlanymi na drogach o klasie równej lub wyższej G.

Z uwagi na powyższe uznać należy, iż warunki udziału w postępowaniu zostały postawione w sposób proporcjonalny i adekwatny, a ponadto uzasadnione celem postępowania, a zatem wyborem wykonawcy gwarantującym należyte wykonanie zamówienia z wykwalifikowaną kadrą, a przy tym adekwatne do przedmiotu i specyfiki zamówienia, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.”

Oдноśnie zarzutu dotyczącego kary umownej:

(...) wbrew stanowisku Odwołującego, kara zastrzeżona w § 16 ust. 1 pkt 6) umowy liczona jest za okres zwłoki. Zgodnie bowiem z Załącznikiem nr 2 do OPZ „Stan dla elementów drogi do utrzymania”, kara umowna naliczana jest wg „jednostki czasu każdego rozpoczętego okresu zwłoki”.

(...) według ukształtowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa zarówno KIO, jak i sądów powszechnych, postanowienia umowne w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania umowy mogą przewidywać nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za jego zawinione działania czy zaniechania, ale nawet odwoływać się do zasady ryzyka. Za ugruntowany należy uznać pogląd, iż Zamawiający uprawniony jest do określenia w treści umowy kar umownych za opóźnienie, jak również kar, które są wysokie.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż określona przez Zamawiającego kara umowna w wysokości 500 zł za niedotrzymanie terminu przywrócenia stanu technicznego jest rażąco wygórowana. W sytuacji gdy wynagrodzenie Wykonawcy za przywrócenie stanu technicznego danego elementu jest kilkaset razy wyższe od zastrzeżonej kary umownej. Określenie kary za niedotrzymanie przedmiotowego terminu w wysokości 10 zł za każdy punkt, czy też określenie maksymalnej kwoty, skutkowałoby tym, iż Wykonawca mógłby nie być zainteresowany wykonaniem przedmiotowego zobowiązania umownego. Zastrzeżona tak niska kara umowna byłaby iluzoryczna i nie spełniałaby podstawowego celu, jakim jest zdyscyplinowanie Wykonawcy do należytego realizowania przedmiotu umowy.”

Oдноśnie zarzutu dotyczącego zakupu soli od zamawiającego:

„W pierwszej kolejności wskazać należy, iż sól drogową jest materiałem strategicznym, służącym do zwalczania śliskości zimowej. Niezbędne jest więc zabezpieczenie materiału do zimowego utrzymania dróg, w szczególności w sytuacji występowania długotrwałych, intensywnych zjawisk zimowych. Pozyskiwanie i gromadzenie przez Zamawiającego soli

oraz chlorku wapnia jeszcze przed sezonem zimowym, a następnie sprzedaż jej Wykonawcy według zapotrzebowania, zapewnia dostarczenie materiału na bieżąco i pozwala na prawidłowe utrzymanie dróg w okresie zimowym.

Taki model daje Zamawiającemu pewność, iż podczas zimy Wykonawcy nie zabraknie materiałów do utrzymania drogi, a przez co Wykonawca będzie zdolny do zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników dróg. Jak również daje pewność, iż użyty zostanie materiał spełniający wymogi Zamawiającego. Umowy zawarte przez Zamawiającego z kopalniami dostarczającymi sól i chlorek wapnia, dają pierwszeństwo w zakupie tych materiałów przed innymi podmiotami. W sytuacji dużego zapotrzebowania na te materiały, Zamawiający będzie miał pierwszeństwo w ich nabyciu.

Po drugie warunek ten jest tożsamy dla wszystkich Wykonawców, jak również wprowadzony na wszystkich przetargach, których przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg. Wykonawca przed złożeniem Oferty zna cenę zakupu od Zamawiającego soli i chlorku wapnia, jest więc w stanie wkalkulować w cenę oferty koszt zakupu ww. materiałów do zimowego utrzymania drogi. Nie sposób zatem zgodzić się z zarzutem Odwołującego, iż taki zapis wpływa na potencjalny krąg oferentów.”

Odnosnie wniosku odwołującego o wprowadzenie postanowienia zobowiązującego zamawiającego do informowania wykonawcy o zauważonych zdarzeniach:

„(...) Podkreślenia wymaga, iż Wykonawca składając Ofertę określa częstotliwość objazdu dróg. Jeżeli Wykonawca zadeklaruje trzy objazdy, to winny się ode odbywać z częstotliwością co 8 godzin, natomiast jeżeli zadeklaruje cztery objazdy, to z częstotliwością co 6 godzin. Realizując należycie Umowę Wykonawca nie narazi się na obciążenie go karami umownymi.”

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 1 ust. 2 projektu umowy przedmiot umowy obejmuje wykonywanie robót budowlanych i usług z zakresu zimowego i letniego utrzymania dróg, w szczególności:

- 1) wykonanie remontów nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych,
- 2) bieżące utrzymanie dróg krajowych,
- 3) wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów,
- 4) sprzątanie pasa drogowego,
- 5) zimowe utrzymanie dróg,
- 6) prace przygotowawcze, pomocnicze do zud.

W sekcji III pkt 1.3) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący personelu wykonawcy wskazując jedynie: „Koordynator Umowy (1 lub 2 osoby). Doświadczenie i kwalifikacje określone w SIWZ”.

Natomiast w pkt 7.2. ppkt 3) lit. b) siwz zamawiający w następujący sposób opisał ww. warunek udziału w postępowaniu:

„Kandydat na stanowisko Koordynatora Umowy (1 lub 2 osoby)

Osoba proponowana przez Wykonawcę do pełnienia ww. funkcji musi wykazać się co najmniej 24 miesięcznym doświadczeniem w kierowaniu/koordynowaniu prac związanych z letnim i zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G. Kandydat musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń lub konstrukcyjno-budowlanych bez ograniczeń.

Wykonawca do pełnienia ww. funkcji może wskazać dwie osoby, z których jedna (Koordynator Utrzymania Letniego) musi wykazać się co najmniej 24 miesięcznym doświadczeniem w koordynowaniu prac związanych z letnim utrzymaniem dróg klasy min. G, a druga (Koordynator Utrzymania Zimowego) musi wykazać się co najmniej 24 miesięcznym doświadczeniem w koordynowaniu prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg klasy min. G.

W przypadku wskazania dwóch osób do pełnienia funkcji Koordynatora Umowy wymóg posiadania uprawnień nie dotyczy osoby do koordynowania prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg (Koordynatora Utrzymania Zimowego)”.

W pkt 3 OPZ zamawiający wskazał: „Do obowiązków koordynatora należy całodobowe, współpracowanie z przedstawicielami Zamawiającego w codziennym planowaniu zakresu prac na drogach objętych przedmiotem Umowy. Koordynator ma również uczestniczyć we wszystkich czynnościach wykonywanych w ramach Umowy i je nadzorować, miejscem pracy jest siedziba Rejonu.

Koordynator pracuje 8 godzin dziennie w dni robocze, miejscem pracy jest siedziba Rejonu, Obwodu drogowego i/lub drogi Rejonu, obowiązkowe jest fizyczne przebywanie na obszarze zarządzanym przez Rejon.

Do obowiązków koordynatora należy:

1. organizowanie pracy dla zespołów roboczych i sprzętu wykonujących zadania rutynowe,
2. przydzielanie zadania dla brygad interwencyjnych,
3. przyjmowanie zleceń od Rejonu z zadań strukturalnych i dysponowanie zespołów roboczych i sprzęt do ich realizacji,
4. przygotowanie harmonogramu pracy dla wszystkich zespołów roboczych,

5. kontrolowanie jakości wykonania robót,
6. wprowadzenie i przestrzeganie tymczasowych projektów organizacji ruchu w miejscach prowadzenia prac i robót,
7. odbiór pasa drogowego przy rozpoczęciu realizacji umowy,
8. odbiory robót strukturalnego utrzymania dróg”.

W projekcie umowy przewidziano m.in. następujące postanowienia:

§ 2 ust. 1. Przedmiot Umowy będzie wykonywany z materiałów dostarczonych przez Wykonawcę za wyjątkiem materiałów wymienionych w SIWZ, jako dostarczanych przez Zamawiającego.

§ 8 ust. 2. Wykonawca pokrywa koszty faktycznie zużytych w danym miesiącu materiałów do zimowego utrzymania dróg (sól, chlorek wapnia). Opłata za zużyte materiały będzie określona w comiesięcznym protokole rozliczeniowym. Za zużyte materiały Zamawiający wystawi Wykonawcy fakturę VAT z terminem płatności do 14 dni.

§ 16 ust. 1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: (...)

pkt 6) za niedotrzymanie terminu przywrócenia stanu technicznego elementów drogi, określonych w załączniku nr 2 do OPZ – 500 zł za każdy naliczony punkt karny,

§ 16 ust. 2. Kary będą naliczane zgodnie z § 16 ust. 1 Umowy oraz Załącznikiem nr 2 do OPZ.

W załączniku nr 2 do OPZ pn. „Stan dla elementów drogi do utrzymania”, w pkt II pn. „Elementy Drogi i jej wyposażenia podlegające ocenie” zamawiający zawarł piętnaście tabel, w których wskazano wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, terminy realizacji oraz punkty karne za niedotrzymanie terminów. Przykładowo, w tabeli nr 1 pn. „Nawierzchnia drogi” przewidziano:

L . p .	Wymagania	Sposób oceny	Termin wykonania zabezpieczenia	Kara (punkty)	Czas na doprowadzenie do opisanego wymagania	Kara (punkty)	Jednostka czasu każdego rozpoczętego okresu zwłoki	Kara (punkty)
1	2	3	4	5	6	7	8	9
1	Przedmioty, martwe zwierzęta i substancje (w tym ropopochodne) nie będące elementami drogi	Wizualna ocena	bezzwłocznie	5	2 godziny	10	2 godziny	10

	stwarzające zagrożenie dla ruchu drogowego, usunięte lub zabezpieczone.							
2	Bez martwych zwierząt, bez zanieczyszczeń takich jak: śmieci, gałęzie, skoszona roślinność, piach, błoto itp. nie stwarzających zagrożenia dla ruchu drogowego	Wizualna ocena	nie dotyczy	nie dotyczy	6 godzin	10	3 godziny	10
3	Ubytki w nawierzchni uzupełnione masą na zimno	Wizualna ocena	bezzwłocznie	5	2 godziny	10	2 godziny	10

W pkt 7.3. załącznika nr 14 do OPZ zamawiający wskazał: Wykonawca pokrywa koszty faktycznie zużytych w danym miesiącu materiałów. Opłata za zużyte materiały będzie określona w comiesięcznym protokole rozliczeniowym. Za zużyte materiały Zamawiający wystawi Wykonawcy fakturę VAT z terminem płatności do 14 dni. W celu potwierdzenia faktycznie zużytej ilości soli Zamawiający ma prawo dokonać kontrolnego ważenia soli znajdującej się w magazynach przed i po sezonie zimowym.

W przypadku wystąpienia różnicy w ilości zużytej soli między wynikami ważenia i ilościami wynikającymi z dobowych raportów zużycia w trakcie sezonu zimowego rozliczenie różnicy należności za użytą sól nastąpi w najbliższym comiesięcznym protokole rozliczeniowym.

Zamawiający gwarantuje następujące stawki za 1 Mg materiałów do zimowego utrzymania dróg:

- sól drogowa DR – 289,00 zł netto,
- sól DS. – 400,00 zł netto,
- chlorek wapnia – 1020,00 zł netto.

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

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymagają podniesione w odwołaniu takie kwestie, jak:

- 1) zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – należy zauważyć, że przepis ten nie mógł zostać naruszony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu wszczętym w dniu 12 lutego 2019 r., ponieważ art. 22 ust. 1 został zmieniony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), a w wyniku dokonanej zmiany m.in. uchylony został pkt 3 tego przepisu;
- 2) zarzut naruszenia art. 48 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 60d ust. 1 ustawy Pzp – przepisy te nie mogły zostać naruszone przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ prowadzone ono jest w trybie przetargu nieograniczonego, zaś ww. przepisy dotyczą trybu przetargu ograniczonego oraz trybu dialogu konkurencyjnego;
- 3) zarzut wadliwie sformułowanych kryteriów selekcji – zamawiający nie mógł wadliwie sformułować kryteriów selekcji w niniejszym postępowaniu, ponieważ prowadzone ono jest w trybie przetargu nieograniczonego, zaś kryteria selekcji występują wyłącznie w trybach 2-etapowych, np. w trybie przetargu ograniczonego;
- 4) zarzut wadliwego warunku sformułowanego w rozdziale 1 pkt 7.1. lit. b) ogłoszenia – ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera rozdziału 1 pkt 7.1. lit. b), rozdział taki znajduje się w siwz, choć nie zawiera w podanym punkcie opisu warunków udziału w postępowaniu; w celu rozpoznania odwołania Izba przyjęła, że odwołującemu chodzi o rozdział 1 pkt 7.2. ppkt 3 lit. b) siwz.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

I. Zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie koordynatora umowy.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powyższy przepis wskazuje podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, które mają odniesienie do wszystkich czynności zamawiającego podejmowanych w procesie przygotowania i prowadzenia postępowania. Dodatkowo Ustawodawca skonkretyzował powyższe zasady w odniesieniu do czynności opisanego warunków udziału w postępowaniu m.in. w art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zaś zgodnie z art. 22d ust. 3 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W takim przypadku zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

Z przywołanych przepisów wynika, że rolą zamawiającego opisującego warunki udziału w postępowaniu jest z jednej strony określenie ich na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i minimalnym, tak aby zapewnić w postępowaniu jak najszerszą konkurencję, z drugiej zaś strony – na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający musi więc wyważyć obie te potrzeby i opisać warunki udziału

w postępowaniu w taki sposób, aby zaspokoić każdą z nich. W tym celu niezbędna jest analiza tego, jakie m.in. doświadczenie czy kwalifikacje osób skierowanych do realizacji zamówienia, są niezbędne do jego należytego wykonania. Przy czym „niezbędność” należy rozumieć jako taki minimalny poziom wymagań, bez którego wykonawca nie będzie w stanie wykonać należycie zamówienia. Ocena, co jest niezbędne, musi być dokonana z uwzględnieniem m.in. rodzaju, wartości, zakresu, stopnia skomplikowania, czy sposobu wykonania zamówienia. Dopiero taki opis warunków, który zawiera wymogi rzeczywiście niezbędne, pozwala z jednej strony zapewnić możliwie szeroką konkurencję, z drugiej zaś – należyte wykonanie zamówienia. Taki opis może być więc, zgodnie z przywołanymi przepisami, uznany za dokonany na poziomie minimalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia oraz na poziomie umożliwiającym ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W tym kontekście, oceniając zasadność zawarcia wymogu dysponowania przez wykonawcę koordynatorem umowy posiadającym uprawnienia w nieograniczonym zakresie, należy przede wszystkim zauważyć, że:

- przedmiot zamówienia obejmuje utrzymanie dróg krajowych klasy S i GP, co wynika z załącznika nr 1 do OPZ,
- w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in. wykonywanie remontów nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych, co wynika z § 1 ust. 2 projektu umowy, a także ze szczegółowych specyfikacji technicznych,
- do obowiązków koordynatora umowy należy zarządzanie i planowanie sposobu wykonania zamówienia, w tym również kontrolowanie jakości wykonania robót, przy czym w pkt 3 OPZ wyraźnie wskazano, że koordynator ma obowiązek uczestniczenia we wszystkich czynnościach wykonywanych w ramach umowy i ich nadzorowania.

Dodatkowo należy zauważyć, że w art. 12 pkt 2 i 5 ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.) Ustawodawca wskazał, że za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się w szczególności działalność obejmującą:

- 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi,
- 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych.

Ponadto z § 13 ust. 4 i 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielných funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2014 r. poz. 1278 ze zm.) (przytoczonego także w odwołaniu) wynika, że:

Ust. 4. Uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

- 1) droga w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów;
- 2) droga dla ruchu i postoju statków powietrznych oraz przepust.

Ust. 5. Uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

- 1) droga klasy: lokalna i dojazdowa oraz droga wewnętrzna, w rozumieniu przepisów o drogach publicznych, z wyłączeniem drogowych obiektów inżynierskich oprócz przepustów,
- 2) droga na terenie lotniska, nieprzeznaczona dla ruchu i postoju statków powietrznych.

Z powyżej przedstawionych okoliczności faktycznych wynika, że wymóg posiadania przez koordynatora umowy uprawnień w zakresie nieograniczonym jest uzasadniony, ponieważ w zakres jego obowiązków wchodzi m.in. udział w dokonywanych remontach dróg i kontrola jakości ich wykonania. Jednocześnie z przytoczonych przepisów (art. 12 pkt 2 i 5 ustawy Prawo budowlane) wynika, że tak określone zadania stanowią samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Wykonywanie takiej funkcji wymaga zaś posiadania uprawnień budowlanych (art. 12 ust. 2 ustawy Prawo budowlane), przy czym w przypadku uprawnień w specjalności inżynierskiej drogowej w ograniczonym zakresie należy zauważyć, że ich zakres został ograniczony do kierowania robotami na drogach lokalnych, dojazdowych i wewnętrznych oraz drogach lotniskowych, ale nieprzeznaczonych dla ruchu i postoju statków powietrznych. Biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje drogi krajowe klasy S i GP, należy jednoznacznie stwierdzić, że posiadanie uprawnień w zakresie ograniczonym nie jest wystarczające do wykonywania zadań koordynatora umowy, w szczególności zadań polegających na uczestnictwie w dokonywanych remontach dróg i kontroli jakości ich wykonania. Tym samym określony przez zamawiającego wymóg dysponowania koordynatorem umowy posiadającym uprawnienia w nieograniczonym zakresie należy uznać za zasadny. Sam zresztą odwołujący w trakcie rozprawy twierdził, że w razie potrzeby zapewni osobę posiadającą wymagane w siwz uprawnienia, co świadczy o tym, że również odwołujący dostrzega, że osoba z takimi uprawnieniami będzie niezbędna w trakcie realizacji zamówienia.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentami odwołującego podniesionymi w odwołaniu dotyczącymi sytuacji po stronie zamawiającego oraz przepisów w zakresie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązujących przed 2014 r.

Po pierwsze, należy stwierdzić, że brak wskazywania omawianego warunku udziału w postępowaniu przez inne oddziały GDDKiA, nie świadczy o prawidłowości ich działania, a w konsekwencji nie przesądza automatycznie o nieprawidłowości działania Oddziału

prowadzącego niniejsze postępowanie.

Po drugie, podnoszony przez odwołującego brak odpowiednich kwalifikacji u pracowników zamawiającego, abstrahując od faktu, że nie został w żaden sposób udowodniony, nie ma związku z okolicznościami, w świetle których należy dokonywać oceny proporcjonalności warunku, tj. nie ma związku z zakresem przedmiotu zamówienia, zakresem obowiązków koordynatora umowy oraz obowiązującymi przepisami. Zarzut podniesiony przez odwołującego może ewentualnie stanowić postulat zmiany polityki kadrowej u zamawiającego (o ile w ogóle twierdzenia odwołującego są zgodne z rzeczywistością), nie wpływa natomiast na ocenę zasadności postawionego warunku.

Po trzecie, nie można zgodzić się z odwołującym, że przepisy w zakresie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie obowiązujące przed 2014 r. nie przewidywały podziału na uprawnienia w ograniczonym i nieograniczonym zakresie, co w ocenie odwołującego, miałyby świadczyć o nieadekwatności warunku do konstrukcji uprawnień budowlanych. Odnosząc się przykładowo do wskazywanego przez odwołującego Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 r. (Dz.U. Nr 8, poz. 46), należy przytoczyć treść § 5 ust. 1 i 2 tegoż rozporządzenia, zgodnie z którą:

Ust. 1. Do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót jest wymagane następujące przygotowanie zawodowe:

- 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie,
- 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie,
- 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym.

Ust. 2. Osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem.

Z powyższych przepisów wynika, że poprzednio obowiązujące regulacje, nawet jeśli nie posługiwano się w nich pojęciami „zakres nieograniczony / zakres ograniczony”, również przewidywały uprawnienia w zakresie nieograniczonym i ograniczonym, co uzależnione było od wykształcenia danej osoby. Tym samym zakres uprawnień nie był określony przez jednoznaczne nazewnictwo („ograniczone / nieograniczone”), ale przez charakter rozwiązań konstrukcyjnych. W efekcie, osoby z wykształceniem średnim mogły uzyskać uprawnienia wyłącznie w ograniczonym zakresie, tj. w zakresie budynków, budowli i instalacji

o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną. W świetle powyższego należy stwierdzić, że warunek, w którego opisie zamawiający posłużył się pojęciem „uprawnień bez ograniczeń”, jest możliwy do spełnienia również przez wykonawców dysponujących koordynatorem umowy posiadającym uprawnienia wydane na podstawie przepisów obowiązujących przed 2014 r., a zatem nie jest to warunek nieadekwatny do konstrukcji uprawnień budowlanych.

Reasumując, opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu przez wykonawcę koordynatorem umowy posiadającym uprawnienia w zakresie nieograniczonym, należy uznać za uzasadniony i niezbędny dla należytego wykonania zamówienia, a tym samym za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ustalone przez Izbę okoliczności, nie dają także podstaw do stwierdzenia, aby warunek ten ograniczał konkurencję lub powodował nierówne traktowanie wykonawców.

II. Zarzut dotyczący kary umownej.

W zakresie kary umownej przewidzianej przez zamawiającego w § 16 ust. 1 pkt 6 projektu umowy, odwołujący sformułował w istocie trzy zarzuty:

- przewidywana kara będzie nakładana niezależnie od winy wykonawcy,
- przewidywana kara jest za wysoka,
- brak po stronie zamawiającego obowiązku informowania wykonawcy o zaobserwowanych na drodze uchybieniach wymagających interwencji / usunięcia.

Zgodnie z art. 483 kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.):

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Zgodnie z art. 484 kodeksu cywilnego:

§ 1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

§ 2. Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Odnosząc się do kwestii odpowiedzialności wykonawcy i związanych z tym zasad nakładania kary umownej, należy zauważyć, że z § 16 ust. 2 projektu umowy wynika, że kary będą naliczane zgodnie z § 16 ust. 1 umowy oraz zgodnie z załącznikiem nr 2 do OPZ. Tym samym kwestionowany przez odwołującego § 16 ust. 1 umowy nie jest jedynym postanowieniem regulującym przedmiotową kwestię. Odnosząc się natomiast do załącznika nr 2 do OPZ, należy zauważyć, że zawiera on 15 tabel pokazujących m.in. wymagane terminy realizacji oraz punkty karne za niedotrzymanie terminów. W każdej z tych tabel kolumna ósma ma tytuł: „Jednostka czasu każdego rozpoczętego okresu zwłoki”. Tym samym załącznik nr 2 do OPZ doprecyzowuje zasadę odpowiedzialności wykonawcy i jednoznacznie wskazuje, że kara umowna będzie nakładana za zwłokę w wykonaniu określonych zadań wykonawcy. W świetle powyższego zarzut odwołującego nie może zostać uznany za zasadny.

Odnosząc się do kwestii wysokości kary umownej, w pierwszej kolejności należy zgodzić się z odwołującym, że kara umowna powinna mieć charakter kompensacyjny i prewencyjny. Kara umowna jest bowiem rekompensatą w zamian za powstałą szkodę, choć jej wysokość nie musi być ściśle zależna od wysokości poniesionej szkody. Kara umowna ma na celu zagwarantowanie prawidłowego wykonania umowy i dla osiągnięcia tego celu jej wysokość powinna stanowić dla dłużnika określoną dolegliwość.

W tym kontekście należy stwierdzić, że postulowana przez odwołującego kara umowna w wysokości 10 zł za każdy naliczony punkt karnej nie spełnia przede wszystkim funkcji prewencyjnej. Kara ta jest bowiem za niska, aby mogła skutecznie mobilizować wykonawcę do należytego wykonywania umowy, w szczególności usuwania z drogi zalegających zanieczyszczeń.

Ponadto nie można przyznać racji odwołującemu, który w przedstawionej w odwołaniu i na rozprawie argumentacji bagatelizuje okoliczność pozostawionych na drodze gałęzi, czy śmieci. Wbrew stanowisku odwołującego, zanieczyszczenia takie, w określonych warunkach na drodze, mogą stwarzać zagrożenie i być przyczyną wypadków. Dlatego nie można uznać, że wskazana przez zamawiającego kara umowna jest wygórowana. Jej wysokość nie przewyższa bowiem rozmiaru potencjalnej szkody, ponadto – jak wskazano już wyżej – musi mieć także charakter prewencyjny. W tym stanie rzeczy Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do kwestii braku po stronie zamawiającego obowiązku informowania wykonawcy o zaobserwowanych na drodze uchybieniach wymagających interwencji / usunięcia, należy stwierdzić, że nie jest rolą zamawiającego wykonywanie zamówienia za

wykonawcę i wyszukiwanie za niego zanieczyszczeń na drodze. Zadaniem wykonawcy jest wykonywanie trzy / cztery razy dziennie objazdów w celu znalezienia uchybień wymagających interwencji lub usunięcia. Wnioskując o zmianę postanowień siwz w ten sposób, aby zawierała ona obowiązek informowania wykonawcy przez zamawiającego o zaobserwowanych uchybieniach, odwołujący w istocie dąży do sytuacji, w której nie będzie musiał wykonywać wystarczająco częstych i wnikliwych objazdów, gdyż o zanieczyszczeniach będzie informowany przez zamawiającego. Takie ułatwienie być może skutkowało by spadkiem liczby nakładanych na wykonawcę kar umownych, ale też spowodowałoby, że wykonawca zostałby w praktyce zwolniony z należytego wykonywania swoich podstawowych obowiązków.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w pkt 7 OPZ zamawiający przewidział, że „w przypadku nieprawidłowości zagrażających bezpieczeństwu użytkowników drogi, Zamawiający powiadomi o tym Wykonawcę, który bezzwłocznie oddeleguje personel do usunięcia nieprawidłowości”.

Na marginesie należy także dodać, że podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie może być uznany za zasadny, ponieważ norma tego przepisu nie odnosi się w ogóle do kwestii kar umownych, które uregulowane zostały w kodeksie cywilnym.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

III. Zarzut dotyczący wymogu zakupu soli od zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymogu zakupu soli od zamawiającego, należy zauważyć, że jak wynika z pkt 7.3. załącznika nr 14 do OPZ oraz wyjaśnień zamawiającego złożonych na rozprawie, cena soli jest z góry znana wykonawcom i niezmienna w trakcie realizacji kontraktu. Biorąc dodatkowo pod uwagę, że cena ta jest taka sama dla wszystkich wykonawców, nie ma podstaw do stwierdzenia, że kwestionowany wymóg narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności zauważyć należy, że wskazanie ceny w siwz i gwarancja jej stałości powoduje, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie może skalkulować koszt nabycia soli na tych samych zasadach.

Niezależnie od powyższego należy odnieść się do przedstawionego przez odwołującego na rozprawie wydruku oferty Kopalni Soli „Kłodawa” S.A., w którym wpisano niższą cenę soli od ceny wskazanej w siwz, co miało by świadczyć, wg odwołującego, o ograniczeniu przez zamawiającego uczciwej konkurencji. Abstrahując od faktu, że wydruk ten jest niewiadomego pochodzenia i przez nikogo niepodpisany, należy dodatkowo zauważyć, że zgodnie z jego treścią:

- „Oferta ważna w okresie: 2019-02-20 do 2019-03-31”, zatem odwołujący nie ma żadnej gwarancji, że podana cena będzie obowiązywać w okresie realizacji umowy zawartej z GDDKiA,
- „Przedstawienie oferty handlowej nie stanowi zapewnienia realizacji 100% składanych zamówień w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach. Sytuacja ta dotyczy wszystkich odbiorców Kopalni Soli „Kłodawa” S.A. Cennik nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu Kodeksu Cywilnego oraz innych właściwych przepisów prawnych i nie przedstawia stanów magazynowych. W przypadku wystąpienia zwiększonego zapotrzebowania na sól drogową zastrzegamy sobie możliwość realizacji dostaw tylko w ramach zawartych kontraktów (podpisanych umów). Jednocześnie informujemy, że w terminie od 1-12-2018 do 15-03-2019 zastrzegamy sobie możliwość realizacji zamówień tylko za potwierdzeniem z Naszej strony”. Powyższe zastrzeżenie nie pozwala na uznanie ww. „oferty” za wiarygodną, w szczególności za gwarantującą terminowość dostaw.

Tym samym złożony przez odwołującego wydruk nie stanowi wiarygodnego dowodu, że oferowane na rynku ceny soli, są korzystniejsze dla wykonawcy od ceny wskazanej przez zamawiającego i brak możliwości zakupu soli na rynku utrudnia uczciwą konkurencję.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że zawarty w siwz wymóg zakupu soli od zamawiającego jest racjonalny z punktu widzenia jakości wykonania usługi.

Ponadto należy dodać, że podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 3 ustawy Pzp nie może być uznany za zasadny, ponieważ norma tego przepisu odnosi się do przedmiotu zamówienia, który wykonawca ma oferować, a nie kupić od zamawiającego. Zamawiający nie podał także znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkt, jak też nie można uznać, aby wymóg zakupu soli w takiej samej cenie dla wszystkich wykonawców prowadził do uprzywilejowania lub wyeliminowania jakichkolwiek wykonawców.

W związku z powyższymi ustaleniami Izba uznała zarzut za niezasadny.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów kodeksu cywilnego i ustawy Pzp podniesionych w odwołaniu. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 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 (t.j. Dz. U. z 2018

r. poz. 972).

Przewodniczący

.....

.....