

Sygn. akt KIO 1041/10

WYROK
z dnia 16 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 28 maja 2010 r. wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Port Lotniczy Poznań – Ławica Sp. z o.o., 60 – 189 Poznań, ul. Bukowska 285.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **STRABAG sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** na rzecz **Port Lotniczy Poznań – Ławica Sp. z o.o., 60 –**

189 Poznań, ul. Bukowska 285 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

(1041/10)

Zamawiający, Port Lotniczy Poznań-Ławica Sp. z o.o. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie rozbudowy płaszczyzn lotniskowych Portu Lotniczego Poznań-Ławica.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 18.05.2010 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 18.05.2010 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 28.05.2010 r. Strabag Sp. z o.o. wniosła odwołanie wobec jej treści.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 1 i art. 83 ust. 1 Pzp poprzez określenie w pkt 3.2. i 3.3 siwz wymogu złożenia ofert wariantowych oraz jednoczesnym wykluczeniu składania takich ofert w pkt 7 ppkt 1 in fine siwz;
2. art. 87 Pzp oraz art. 627 i 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 Pzp poprzez określenie w pkt 20.2. i 20.3. oraz odpowiednio pkt 4 Aktu Umowy wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji:
 - a) Wariantu A na kwotę odpowiadającą 99% ceny zaoferowanej przez wykonacę na realizację Wariantu A,
 - b) Wariantu B na kwotę odpowiadającą 76,80% ceny zaoferowanej przez wykonacę na realizację Wariantu B;
3. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 140 ust. 1 Pzp poprzez zastrzeżenie w pkt 3.4. siwz prawa do rezygnacji z wykonania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia;
4. art. 7 oraz art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez opisanie w pkt 5 ppkt 3 lit a),h),i) siwz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób naruszający zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, tj. przyjęcie w stosunku do osób uprawnionych do realizacji przedmiotu zamówienia wymogów niezgodnie z § 18 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r oraz

wprowadzenia ograniczenia w stosunku do kadry w realizacji robót drogowych wyłącznie do nawierzchni lotniskowych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę wyżej wskazanych postanowień siwz w sposób zgodny z regulacją ustawy i Kodeksu cywilnego, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

(2.) W uzasadnieniu odwołania, odnośnie zarzutu nr 2 podniesiono m.in., że zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty wykonawcy, z zastrzeżeniem zmian dopuszczalnych w ust. 2 powołanego przepisu. Tymczasem we wskazanych postanowieniach siwz zamawiający zakłada modyfikację treści oferty wykonawcy redukując jego wynagrodzenie, odpowiednio o 1% w stosunku do oferty przy Wariancie A i 23,20% przy Wariancie B. Żadna z przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 nie uprawnia do wprowadzania przez zamawiającego jednostronnych zmian polegających na redukcji zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Ponadto z ryczałtowego charakteru ceny w niniejszym zamówieniu wynika niezmiennosc wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia obowiązująca na równi wykonawcę, jak i zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, iż kwestionowane postanowienia siwz stanowią de facto zobowiązanie do wykonania części świadczeń neodpłatnie, co należy uznać za sprzeczne z definicją zamówienia publicznego – jako pozbawiające umowę w sprawie zamówienia odpłatnego charakteru.

(3.) W przedmiocie zarzutu nr 3 odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, tzn. opis ten powinien wskazywać zakres zamówienia.

Zastrzeżenie przez zamawiającego możliwości odstąpienia od realizacji części zamówienia przeczy wskazanym wymogom odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, ale również narusza art. 140 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy winien odpowiadać jego zobowiązaniu zawartemu w ofercie. Świadczenie winno więc być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz, a w przypadku niepewności co do jego zakresu wynikającej z możliwości jego modyfikacji za pomocą jednostronnej decyzji zamawiającego, nie sposób mówić o tożsamości zobowiązania zawartego w ofercie ze świadczeniem wykonawcy.

Na gruncie Pzp strona oczekująca świadczenia (tu: zamawiający) decydując się na zawarcie umowy musi przytować się na to finansowo i zabezpieczyć zapłatę. Żaden z przepisów Pzp nie zezwala na przenoszenie ryzyk z tym związanych na wykonawcę.

(4.) Odwołujący wskazał, iż w świetle przepisów powołanego rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa uprawnienia budowlane w specjalności drogowej uprawniają do kierowania czy nadzorowania robotami nawierzchniowymi na lotniskach. Tymczasem zamawiający wymaga aż trzech osób z doświadczeniem ograniczonym do prac nawierzchniowych na lotniskach. Według

odwołującego technologia tego typu robót jest bardzo podobna, a wręcz taka sama jak na drogach. Wymaganie długoletniego doświadczenia w ograniczeniu do robót na lotniskach jest więc sprzeczne z przepisami dotyczącymi uprawnień budowlanych oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp). Szczególnie wymaganie, aż trzech osób z doświadczeniem tego typu nie znajduje oparcia w przepisach ustawy ani odzwierciedlenia w praktyce innych zamawiających oraz naruszają konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 3.2 zamawiający wskazał, iż zakłada wykonanie przedmiotu zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu określonej rozbudowy płaszczyzn lotniskowych w Wariancie najpełniejszym, tzw. Wariancie A. Na dany wariant miało składać się wykonanie projektu budowlanego dla robót o zakresie określonym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w grupie zał. A (w tym dla budowy drogi równoległego kołowania). Następnie uzyskanie pozwolenie na budowę dla takiego zakresu przedsięwzięcia. Kolejno wykonanie projektu wykonawczego, wykonanie robót budowlanych w zakresie wynikającym z projektu i decyzji administracyjnych, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

W pkt 3.3 zamawiający określił okrojony zakres robót w ramach realizacji umowy, tzw. Wariant B. Wariant polegał na tym, iż po sporządzeniu projektu dla wariantu A, gdy okaże się, że dla tak zdefiniowanego przedsięwzięcia budowlanego niemożliwe będzie uzyskanie pozwolenia na budowę (jak wyjaśnił zamawiający w trakcie rozprawy – z powodu roszczeń do gruntów na których miałyby przebiegać projektowane drogi kołowania wysuwanych przez osoby trzecie), wykonawca zobowiązany będzie do przeprojektowania projektu w sposób określony w PFU – gr. zał. B, a następnie uzyskania pozwolenia na budowę dla tak określonego (zaprojektowanego) zakresu robót, wykonanie robót... etc...

W pkt 7.1) siwz zamawiający wskazał, iż nie przewiduje składania ofert wariantowych.

W pkt 3.4. zamawiający zastrzegł sobie prawo do rezygnacji, w terminie do dnia 30 kwietnia 2011 r., z wykonania robót budowlanych będących przedmiotem nieniejszego zamówienia w przypadku gdy nie uzyska ich współfinansowania przez UE. W takim przypadku wykonawca będzie zobowiązany do wykonania prac projektowych wraz z uzyskaniem stosownych decyzji administracyjnych.

W rozdziale 20 siwz pt. „Opis sposobu obliczenia ceny” w pkt 20.1. zamawiający zastrzegł, iż na łączną cenę podana w ofercie winna obejmować wynagrodzenie wykonawcy za

poszczególne części zamówienia, które wyspecyfikował (wykonanie projektów, uzyskanie pozwoleń, wykonanie robót... etc... w rozbiciu na poszczególne warianty).

W pkt 20.2 zamawiający określił jakie wynagrodzenie otrzyma wykonawca za realizację poszczególnych części zamówienia wyliczane (procentowo) w odniesieniu do ceny podanej w ofercie - w przypadku realizacji wariantu A będzie to odpowiednio:

1. za projektowanie i uzyskanie decyzji administracyjnych w ramach wariantu A – 6%
2. za wykonanie robót budowlanych objętych wariantem A – 93%

W pkt 20.3 siwz określono, iż przypadku realizacji Wariantu B będącego następstwem niemożliwości uzyskania decyzji administracyjnych dla wszystkich robót objętych Wariantem A wykonawca otrzyma wynagrodzenie:

1. za projekt dla Wariantu A i starania o uzyskanie decyzji administracyjnych – 6%
2. za projekt dla Wariantu B i uzyskanie decyzji administracyjnych – 1%
3. za wykonanie robót budowlanych możliwych do zrealizowania w ramach pierwotnego projektu 28,1%
4. za wykonanie robót budowlanych objętych projektem dla wariantu B – 41,7%

W pkt 5 ppkt 3 siwz odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał dysponowania:

a) – Kierownikiem Projektu posiadającym minimum 7-letnie doświadczenie zawodowe, w tym doświadczenie w nadzorowaniu, kierowaniu lub zarządzaniu co najmniej jedną zakończoną inwestycją obejmującą roboty budowlane polegające na budowie płyty postojowej samolotów lotniska spełniającego wymogi kodu referencyjnego 4D lub wyższego lub co najmniej jedną zakończoną inwestycją obejmującą roboty budowlane polegające na budowie równoległej drogi kołowania lub drogi startowej dla lotniska spełniającego ww. wymagania

h) – Kierownikiem Budowy posiadającym minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, w tym doświadczenie w kierowaniu jako kierownik budowy co najmniej jedną zakończoną inwestycją obejmującą roboty budowlane polegające na budowie płyty postojowej samolotów lotniska spełniającego wymogi kodu referencyjnego 4D lub wyższego lub co najmniej jedną zakończoną inwestycją obejmującą roboty budowlane polegające na budowie równoległej drogi kołowania lub drogi startowej dla lotniska spełniającego ww. wymagania

i) – Kierownikiem Robót Drogowych posiadającym minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe, w tym doświadczenie w kierowaniu robotami drogowymi w ramach co najmniej jednej zakończonej inwestycji obejmującej roboty budowlane polegające na budowie płyty postojowej samolotów lotniska spełniającego wymogi kodu referencyjnego 4D lub wyższego lub co najmniej jedną zakończoną inwestycją obejmującą roboty budowlane polegające na budowie równoległej drogi kołowania lub drogi startowej dla lotniska spełniającego ww. wymagania.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Następnie Izba zaznacza, iż rozpatrzyła zarzuty w kształcie sformułowanym w odwołaniu, odnosząc się do okoliczności wskazanych przez odwołującego i tylko w zakresie ich niezgodności z przepisami referowanymi w odwołaniu lub opisanymi tam normami prawnymi.

W przedmiocie poszczególnych zarzutów Izba stwierdza:

- (1)Odnośnie zarzutu nr 1 podnieść należy, iż dyspozycja art. 83 ust. 1 ustawy odnosi się do możliwości dopuszczenia przez zamawiającego składania ofert stanowiących zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w odmienny sposób niż opisany przez zamawiającego, w granicach w siwz dopuszczonych. Właśnie składania tego typu ofert w pkt 7.1 siwz nie dopuszcza zamawiający. Natomiast tzw. warianty opisane w przedmiotowej siwz stanowią w rzeczywistości jednorodny opis przedmiotu zamówienia precyzyjnie określający zakres wymaganych robót, których realizacji nastąpi (bądź nie nastąpi) w zależności od wskazanych okoliczności, nie pozostawiając wykonawcy swobody w przedmiocie wyboru czy własnego określenia wariantów wykonania zamówienia. Reasumując, brak jest jakiegokolwiek sprzeczności pomiędzy wskazanymi postanowieniami siwz.
- (2)Przewidziany w siwz mechanizm wyliczenia rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy względem ceny podanej w ofercie nie stanowi naruszenia żadnego z przepisów wskazanych przez odwołującego.

W szczególności nie następuje w ten sposób powoływane naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi o zakazie dokonania zmian w ofertach – nie dochodzi tu do żadnej modyfikacji treści oferty wykonawcy, w tym również w przedmiocie ceny za jaką wykonane zostanie zamówienie. Wykonawcy w swojej ofercie podaje cenę globalną uwzględniając znane i precyzyjne postanowienia siwz w tym zakresie i w rzeczywistości zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia (lub jego części w zależności od przebiegu jego realizacji uzależnionego od okoliczności również precyzyjnie opisanych przez zamawiającego) za kwoty wyliczane według sztywnych wskaźników procentowych względem ceny ofertowej. Oferta wykonawcy w żadnym zakresie pozostaje nie zmieniona – wykonawca ciągle zobowiązany jest do wykonania zamówienia za wynagrodzenie, którego sposób wyliczenia był mu znany (a więc *de facto* jego wysokość za poszczególne części) oraz który zaakceptował składając ofertę. I *vice versa*: świadczenie pieniężne zamawiającego pozostaje również ściśle zdefiniowane i określone względem ceny ofertowej oraz możliwego przebiegu realizacji przedmiotu zamówienia, a jego rzeczywisty

wymiar jest ściśle dookreślony przez: z jednej strony adekwatne postanowienia siwz (przelicznik procentowy), z drugiej przez wykonawcę określającego cenę ofertową (podstawa wyliczenia).

Niezrozumiały dla Izby jest zarzut naruszenia wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących definicji legalnych umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane. Istota zdefiniowanych w ten sposób i nazwanych w Kc stosunków umownych pozostaje niezmieniona. Nie zostają naruszone żadne bezwzględnie obowiązujące przepisy dotyczące ww. umów. Ponadto strony w ramach przysługującej im swobody umów – wyrażającej się w tym zakresie poprzez odpowiednie do jego potrzeb ukształtowanie treści umowy przez zamawiającego oraz wyborem wykonawcy co do przystąpienia do tak określonego stosunku zobowiązaniowego – mogły przewidzieć i związać się dowolnym sposobem określenia wynagrodzenia za prace wykonane. W szczególności jednakże, wbrew twierdzeniom odwołującego, referowany sposób zapłaty nie przekreśla ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w ramach przedmiotowej umowy – kwoty zapłaty za poszczególne części zamówienia pozostają ściśle określone od samego początku obowiązywania umowy, stanowią zapłatę za wykonanie danej części umowy w oderwaniu od rzeczywistego nakładu pracy, jaki na jej wykonanie przypadnie.

Ponadto, w świetle przypisanego w siwz wynagrodzenia dla każdej z części realnie wykonanych robót w zależności od przyjętego wariantu ich wykonywania, nie można uznać, iż jakkolwiek część świadczenia zostanie wykonana nieodpłatnie. Tak jak w każdym przetargu – sprawą wykonawcy pozostaje, jaką wysokość ceny ofertowej przyjmie, aby przy uwzględnieniu przeliczników wysokości wynagrodzenia za poszczególne części prac zawarowanych przez zamawiającego, otrzymana zapłata była dlań opłacalna, a jednocześnie cena ofertowa była konkurencyjna.

- (3) Również zarzut dotyczący zastrzeżenia przez zamawiającego możliwości odstąpienia od realizacji części umowy stanowiący według wykonawcy naruszenie art. 29 ust. 1 lub 140 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Rekonstruując zarzut odwołującego przyjmując można, iż spośród wymagań odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia podnoszony jest brak podania wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie jest kwestionowana natomiast jednoznaczność i zrozumiałość określeń używanych przez zamawiającego. W odwołaniu

nie były również podnoszone jakiegokolwiek wady czy braki opisu przedmiotu zamówienia w świetle dyspozycji art. 31 Pzp – zrozumiałość, kompletność czy prawidłowość Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez zamawiającego nie była kwestionowana.

Tymczasem wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający precyzyjnie opisał cały zakres zamówienia. Dokładnie wskazał również okoliczności, od których uzależniona jest możliwość odstąpienia od realizacji części prac, określił zakres tego odstąpienia oraz wskazał jego datę. Wykonawca posiada więc wszelkie dane potrzebne do kalkulacji ryzyk z tym związanych z uwzględnieniem wszelkich okoliczności wskazane w siwz, które przy organizacji własnej pracy powinien uwzględnić, i które mogą wpływać na poziom zakładanego przezeń zysku.

Odwracając argumentację odwołującego – w ustawie brak jest przepisów, które zakazywałyby zawierania w postanowieniach siwz mechanizmów zabezpieczających interesy finansowe zamawiających poprzez zastrzeżenie możliwości odstąpienia od realizacji części świadczeń. Odwołujący nie powołał tu również żadnych regulacji dotyczących finansów publicznych, które zakazywałyby wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez zagwarantowanych środków na jego realizację (przy jednoczesnym zawarowaniu stosownych instrumentów zapobiegających zaciągnięciu zobowiązań bez pokrycia), zawierania umów w sprawie zamówienia z zastrzeżeniem warunku lub terminu... *etc...*

Na marginesie Izba wskazuje, iż jeżeli częstą praktyką w kontraktach prywatnych jest zawieranie klauzul tego typu i wykonawcy pomimo ich obowiązywania zaciągają tego typu zobowiązania, brak jest podstaw, dla których nie mogliby poddać się tego typu ryzyku w ramach zamówień publicznych. Również na marginesie można tu wskazać, iż także zamawiający winien liczyć się z sytuacją, w której wobec danego ukształtowania postanowień siwz nie otrzyma w ogóle ofert na wykonanie kontraktu lub będą one nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do rzeczywistej wartości robót.

Pośrednio na ocenę przedmiotowej klauzuli odstąpienia przewidzianej przez zamawiającego może również wpływać normatywny kontekst stanowiony przez podobne regulacje ustawowe czy praktyka kontraktowa w ramach wielkich inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w ramach zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 145 ust. 1 ustawy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Tym samym niejako w każdy kontrakt publiczny, z mocy ustawy, wpisana jest klauzula odstąpienia. Klauzula referująca

do wydarzeń przyszłych i niepewnych, których wystąpienia nie tylko nie sposób przewidzieć, ale też dokładnie zdefiniować. W świetle powyższego, każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien liczyć się z ryzykiem możliwości odstąpienia od jego realizacji w przypadku wystąpienia tego typu okoliczności.

Również klauzule tego typu powszechnie występują w Warunkach Kontraktowych FIDIC stanowiących podstawę umowy w ramach niniejszego zamówienia (Klauzula 15.5 tzw. Żółtego FIDIC), jak i prawdopodobnie w ramach wielu zamówień publicznych udzielonych w Polsce (bez stosownych modyfikacji w Warunkach Szczególnych). Zaznaczyć należy, iż są to warunki odstąpienia znacznie dalej idące niż przedmiotowe zastrzeżenie poczynione przez zamawiającego, tzn. nie określają nawet żadnych dodatkowych okoliczności w jakich rezygnacja z wykonywania kontraktu może nastąpić. Co więcej postanowienia tego typu obowiązują w ramach kontraktów dofinansowywanych ze środków Unii Europejskiej, które były badane pod kątem zgodności z prawodawstwem wspólnotowym i krajowym przez szereg instytucji wdrażających, pośredniczących, zarządzających... *etc...*, w tym również w ramach kontroli uprzednich przez Prezesa UZP. W ramach interwencji funduszy przedakcesyjnych bezpośrednią kontrolę i nadzór na przetargami infrastrukturalnymi sprawowała również Komisja Europejska, na podstawie której zaleceń upowszechniono w Polsce stosowanie Warunki Kontraktowych FIDIC.

Odnośnie powołania się przez odwołującego na dyspozycją art. 140 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, wskazać należy na błędne konsekwencje normatywne wyprowadzane przez odwołującego z tego przepisu. W połączeniu z dyspozycją ust. 3 art. 140 (umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz zakazem aneksowania umów w drodze porozumienia stron zawartym w art. 144 ust. 1, należy interpretować powyższe jako zabezpieczenie zawierania umów oraz wykonywania zamówień w zakresie i przedmiocie, który obejmowało dane postępowanie o udzielenie zamówienia. Jednakże zakres samego świadczenia wykonywanego w ramach umowy ściśle zależy od jej kształtu, tzn. jest determinowany przez sposób wykonania zobowiązania określony w umowie. W niniejszym postępowaniu umowa oraz siwz przewidują określony sposób realizacji zobowiązań, czy inaczej: świadczeń, do których realizacji zobowiązane będą strony lub od których wykonania w zgodzie z własnymi zobowiązaniami wzajemnymi mogą odstąpić. Odzwierciedleniem tego typu wymagań zamawiającego jest siwz, natomiast ich potwierdzenie stanowi oferta wykonawcy. Tym samym świadczenia wykonawcy w ramach przedmiotowego zamówienia lub ich brak w

przypadku dopuszczonego odstąpienia od realizacji części przedmiotu zamówienia, ściśle odpowiada zakresowi jego zobowiązania zawartego w ofercie.

- (4) Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć należy, iż opisane wyżej w niniejszym uzasadnieniu warunku udziału w postępowaniu/sposób oceny ich spełniania, w zakresie odnoszącym się do wymaganego doświadczenia osób, którymi winien dysponować wykonawca, z całą pewnością są związane z przedmiotem zamówienia obejmującym rozbudowę płaszczyzn lotniskowych.

Przedmiotem zarzutu jest tu wymaganie doświadczenia w wykonywaniu robót na lotniskach – jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia. Jak wynika ze stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie, nie kwestionuje on poprawności samego sformułowania czy wymagania określonych uprawnień budowlanych wskazanych członków personelu. Podnosi jedynie, iż w świetle możliwości uzyskania uprawnień w zakresie robót drogowych umożliwiających kierowanie i nadzorowanie robót drogowych bez rozróżnienia na jakich obiektach będą wykonywane, specyficzne doświadczenie w pracy na lotniskach jest zbędne – typy nawierzchni oraz komplikacja samej organizacji i trudność w zapewnieniu sprawnego i bezpiecznego przebiegu robót występujące np. w trakcie robót autostradowych, są porównywalne, a nawet stawiają przed personelem wymagania wyższe.

Odnosnie powyższego Izba stwierdza, iż samo uzyskanie uprawnień budowlanych oraz odbycie w ich ramach wymaganych praktyk, z pewnością gwarantuje wystarczający dla wykonywania danych prac poziom wiedzy technicznej osób, nie gwarantuje jednak uzyskania wszelkiego doświadczenia potrzebnego do realizacji wszelkich skomplikowanych inwestycji w ich każdym aspekcie i wymiarze, w szczególności doświadczenia w zarządzaniu i organizowaniu prac z nią związanych.

W przedmiocie kwestionowanego „doświadczenia lotniskowego” wskazać należy, iż zamawiający wymaga kilkuletniego doświadczenia ogólnego wskazanych osób oraz nielimitowanego czasowo od dołu doświadczenia przy inwestycjach na obiektach lotniskowych. Ponadto doświadczenia tego typu wymaga jedynie od Kierownika projektu, Kierownika budowy oraz Kierownika robót drogowych, a więc osób bezpośrednio zaangażowanych i odpowiedzialnych za organizację prac budowlanych na czynnym lotnisku. Z pewnością doświadczenie w realizacji technicznego aspektu przedsięwzięcia (np. budowy nawierzchni asfaltowych czy betonowych) może zostać nabyte na budowie każdego typu. Jednakże nie sposób zgodzić się z odwołującym jakoby doświadczenie

osób związane z organizacją i kierowaniem pracą na obiekcie było w każdym aspekcie porównywalne z doświadczeniem nabywanym na obiektach o innej specyfice, różnym profilu działania oraz funkcjonujących w innych reżimach prawnym, np. droga publiczna – lotnisko. W takim przypadku znaczną odmienność wykazują np. zasady organizacji ruchu na przebudowywanej drodze oraz zasady przemieszczania (bezpieczeństwa) personelu i uczestników ruchu drogowego od zasad bezpieczeństwa obowiązującego na lotniskach (poczynając od przepływu osób w strefie przygranicznej, po zasady poruszania się po płycie lotniska oraz bezpieczeństwa korzystających z lotniska statków powietrznych oraz jego obiektów). Uzasadnione jest więc wymaganie od wykonawcy dysponowania osobami posiadającymi znajomość zasad tego typu oraz umiejętność ich stosowania w praktyce, czego najwymierniejszą gwarancję może stanowić jedynie praktyczne doświadczenie zawodowe nabyte w tym obszarze.

Reasumując, motywowany koniecznością zapewnienia sprawnego oraz bezpiecznego przebiegu robót budowlanych opis spełniania warunków udziału w postępowaniu poczyniony przez zamawiającego należy uznać za proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym za dopuszczalny w świetle przepisów ustawy.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....