

Sygn. akt: KIO 468/14

POSTANOWIENIE
z dnia 21 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **21 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2014 r. przez **Odwołującego** – Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, przy udziale **Wykonawców**:

a) Halcrow Group Limited, Elms House 43, W6 7EF Londyn,

b) Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6, 00-591 Warszawa, kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych, zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25; 03-808 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest *„Zarządzanie Kontraktem oraz Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad kontraktem pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” w podziale na zadania: Zadanie 1. Zarządzanie Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” Zadanie 2. Pełnienie nadzoru inwestorskiego w rozumieniu Prawa budowlanego nad Kontraktem pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd.”: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. I węzeł „Marki” (bez węzła) - węzeł „Kobyłka”, Zadanie II - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odc. II węzeł „Kobyłka” (bez węzła) - węzeł „Radzymin Płd.” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).*

Zamawiający dnia 28 lutego 2014 roku dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 10 marca 2014 roku Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich, ul. Klonowa 6 00-591 Warszawa - Biuro Związku: Al. Ujazdowskie 37 I. 8a (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność zamawiającego obejmującą modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, a także art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 144 ustawy w zw. z art. 7 ustawy, poprzez brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia, wskazanie, że termin, w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu oraz że zmiana terminu nie stanowi zmiany umowy

w rozumieniu art. 144 ustawy, a także poprzez otwarty i niesprecyzowany katalog przesłanek do zawieszenia wykonania usług.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1. w s.i.w.z., w Tomie I, instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, w Rozdziale 1, w pkt 5 „Termin realizacji przedmiotu zamówienia” Zadanie 1 i Zadanie 2:
 - 1) dla Zadania 1: wykreślenie zdania „Termin 38 i 42 miesiące zależy od okresu projektowania i realizacji robót, dlatego w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu”
 - 2) dla Zadania 2: wykreślenie zdania „Termin 38 i 42 miesiące zależy od okresu projektowania i realizacji robót dlatego w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu”
2. w s.i.w.z., TOM II: Istotne dla stron postanowienia umowy, Rozdział 1 Formularz Umowy dla Zadania 1 i dla Zadania 2, Umowa § 3 „Termin realizacji Umowy:
 - 1) dla Zadania 1: wykreślenie ust. 4 tj. „Czas realizacji Usługi zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontraktu, o których mowa w ust. 1. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 - ustawy Prawo Zamówień Publicznych,”
 - 2) dla Zadania 2: wykreślenie ust. 6 tj. „Czas realizacji Usługi zależy od faktycznego czasu realizacji poszczególnych etapów Kontraktu, o których mowa w ust. 1. Takie wydłużenie lub skrócenie czasu realizacji Usługi, nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 - ustawy Prawo Zamówień Publicznych.”
3. w s.i.w.z., TOM III: Opis przedmiotu zamówienia dla Zadania 1 i Zadania 2 pkt 4 „Termin realizacji Zadania”:
 - 1) dla Zadania 1: wykreślenie zdania „Termin 38 i 42 miesiące zależy od okresu projektowania i realizacji robót, dlatego w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu”
 - 2) dla zadania 2: wykreślenie zdania „Termin 38 i 42 miesiące zależy od okresu projektowania i realizacji robót dlatego w zależności od potrzeb, może ulec wydłużeniu lub skróceniu”
4. w s.i.w.z., TOM II: Istotne dla stron postanowienia umowy, Rozdział 1 Formularz Umowy dla Zadania 1 i dla Zadania 2, Umowa odpowiednio § 40 i § 34 „Zawieszenie realizacji Umowy przez Zamawiającego:
 - 1) dla Zadania 1: wykreślenie w ust. 1 sformułowania „w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne”, wykreślenie w ust. 2 sformułowania „w szczególności” nadanie ust. 5 brzmienia „W przypadku gdy Konsultant nie otrzyma zezwolenia na

wznowienie wykonania Usługi Konsultant będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 1-miesięcznego terminu wypowiedzenia."

- 2) dla Zadania 2: wykreślenie w ust. 1 sformułowania „w takim czasie i w taki sposób, w jaki uważa to za konieczne”, wykreślenie w ust. 2 sformułowania „w szczególności”, nadanie ust. 5 brzmienia „W przypadku gdy Konsultant nie otrzyma zezwolenia na wznowienie wykonania Usługi, Konsultant będzie uprawniony do wypowiedzenia Umowy z zachowaniem 1-miesięcznego terminu wypowiedzenia”, wykreślenie postanowień ust. 6 oraz Wykreślenie wskazanych w pkt 1 - 4 zastrzeżeń i sformułowań w dalszej części SIWZ mających związek ze wskazanymi postanowieniami,

Względnienie

Wskazanie w s.i.w.z. dla Zadania 1 i Zadania 2, warunków do dokonania zmiany terminu realizacji Umowy zgodnie z art. 144 ustawy, a także określenie zamkniętego katalogu wszystkich przesłanek.

Odwołujący zarzucił również zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy poprzez sformułowanie wzoru umowy w sposób, który nie pozwala na dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia i jego realizację zgodnie ze złożoną ofertą w związku z przyjęciem w s.i.w.z., w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

- 1) w Umowie dla Zadania 1 w § 9 ust. 8, 11, 28 i 29,
 - 2) w Umowie dla Zadania 2 w § 9 ust. 9, 10, 26 i 27,
- tj., że realizacja zamówienia następować będzie z uwzględnieniem Harmonogramu Pracy Personelu Konsultanta (dalej HPPK) i odpowiednio Harmonogramu Pracy Personelu Nadzoru Inwestorskiego (dalej HPPNI), który będzie mógł być modyfikowany i kształtowany przez Kierownika Projektu w sposób dowolny i niezależnie od stanowiska odpowiednio Konsultanta lub Nadzoru Inwestorskiego oraz poprzez brak jednoznacznego określenia, kiedy i z jakich przyczyn Kierownik Projektu może wprowadzić zmiany w HPPK i HPPNI oraz pozostawienie oceny zasadności zmian do wyłącznej decyzji zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) dla Zadania 1: modyfikację postanowień ust. 8, 11, 29 i 29 poprzez jednoznaczne, enumeratywne określenie możliwych ingerencji w HPPK, a także uprawnienie dla Wykonawcy do nie wyrażenia zgody na proponowane zmiany,
- 2) dla Zadania 2: modyfikację postanowień ust. 9, 10, 26 i 27 poprzez jednoznaczne, enumeratywne określenie możliwych ingerencji w HPPK, a także uprawnienie dla Wykonawcy do nie wyrażenia zgody na proponowane zmiany.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy przez przyjęcie w s.i.w.z., w Tomie II, Istotne postanowienia umowy, Umowa dla Zadania 1 i Zadania 2:

- 1) w umowie dla zadania 1 w § 27 ust. 4, że *„W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Konsultanta świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Konsultanta na wniosek Konsultanta może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.*

Zamawiający nie potwierdzi świadczenia pracy poza placem budowy w następujących przypadkach:

- *braku przedłożenia wniosku, o którym mowa powyżej zawierającego miejsce, zakres i planowany efekt wyjazdu,*
- *brak potwierdzenia pobytu przez podmiot, który był celem wizyty.”*

- 2) w umowie dla zadania 2 w § 23 ust. 4, że *„W szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdy członek Personelu Nadzoru świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Nadzoru na wniosek Nadzoru Inwestorskiego może zostać potwierdzone przez Zamawiającego.*

Zamawiający nie potwierdzi świadczenia pracy poza placem budowy w następujących przypadkach:

- *braku przedłożenia wniosku, o którym mowa powyżej zawierającego miejsce, zakres i planowany efekt wyjazdu,*
- *brak potwierdzenia pobytu przez podmiot, który był celem wizyty.”*

co powoduje brak możliwości skalkulowania oferty i uznaniowość zamawiającego w zakresie potwierdzenia świadczenia pracy poza placem budowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie tym postanowieniom, w obu Umowach, następującego brzmienia:

„Gdy członek Personelu Nadzoru świadczy pracę w innym miejscu niż Plac Budowy, świadczenie pracy przez członka Personelu Nadzoru na wniosek Nadzoru Inwestorskiego zostanie potwierdzone przez Zamawiającego. Zamawiający nie potwierdzi świadczenia pracy poza placem budowy w następujących przypadkach:

- *braku przedłożenia wniosku, o którym mowa powyżej zawierającego miejsce, zakres i planowany efekt wyjazdu,*
- *brak potwierdzenia pobytu przez podmiot, który był celem wizyty.”*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie wysokości należnego Wykonawcy

wynagrodzenia z uwagi na załączenie do treści s.i.w.z. załącznika nr 3 Warunki Ogólne Kontraktu na wykonanie robót budowlanych, które są sprzeczne z przyjętym przez zamawiającego w Umowach sposobem i podstawą dokonywania rozliczeń.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian postanowień s.i.w.z., aby były one jednoznaczne w zakresie podstaw i wysokości wynagrodzenia.

W konsekwencji zmian, do których wprowadzenia będzie zobowiązany zamawiający w s.i.w.z., nadto odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do wprowadzenia takich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z treści s.i.w.z. oraz jej zmian na okoliczność jej treści w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że należy do grona organizacji wpisanych na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp. Związek Pracodawców Branży Usług Inżynierskich został wpisany na listę ww. organizacji decyzją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 czerwca 2011 r. (sygn. LO/24/11) i widnieje na tej liście pod pozycją 129.

W świetle powyższego oraz art. 179 ust. 2 ustawy, odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i też wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- 1) Halcrow Group Limited, Elms House 43, W6 7EF Londyn,
- 2) Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy S.A., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa.

Zamawiający dnia 20 marca 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Jednocześnie zamawiający dnia 20 marca 2014 roku zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący, na posiedzeniu złożył oświadczenie, iż wycofuje odwołanie wniesione w dniu 10 marca 2014 roku.

Z uwagi na powyższe, działając na podstawie przepisu art. 187 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie oraz postanowiła zwrócić na rzecz odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący: