

Sygn. akt: KIO/UZP 264/10

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Członkowie: Anna Packo

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafała Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: 1. Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i 4. Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Pion Klientów Kluczowych Grupy TP, ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gdańsk reprezentowana przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk** protestu z dnia 21 stycznia 2010 r.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: 1. Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), 2. Asseco Systems S.A., 3. Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i 4. Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Pion Klientów Kluczowych Grupy TP, ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), Asseco Systems S.A., Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Pion Klientów Kluczowych Grupy TP, ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 622 zł 39 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia dwa złote trzydzieści dziewięć groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), Asseco Systems S.A., Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Pion Klientów Kluczowych Grupy TP, ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** rzecz **Gminy Miasta Gdańsk** reprezentowanej przez **Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 Sp. z o.o., ul. Nowe Ogrody 8/12, 80-803 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), Asseco Systems S.A., Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców: ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: Pion Klientów Kluczowych Grupy TP, ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj.: Telekomunikacja Polska S.A. (pełnomocnik), Asseco Systems S.A., Auditem Ingenieria y Servicios S.L. i Abantia Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), złożyli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wybór Partnera

Technologicznego Stadionu Piłkarskiego w Gdańsku”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Gminę Miasta Gdańsk reprezentowaną przez Biuro Inwestycji Euro Gdańsk 2012 w Gdańsku (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 26 sierpnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 163 - 236407). Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego w trybie dialogu konkurencyjnego.

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu były postanowienia SIWZ przekazane Odwołującemu przy piśmie z dnia 11 stycznia 2010 r., doręczonym w dniu 12 stycznia 2010 r. Protest w tym zakresie został złożony do Zamawiającego w dniu 21 stycznia 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął go poprzez częściowe jego uwzględnienie i częściowe oddalenie w dniu 1 lutego 2010 r. Odwołujący od rozstrzygnięcia protestu w części oddalającej zarzuty protestu w dniu 10 lutego 2010 r. (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie kierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopię przekazał Zamawiającemu w tym samym dniu.

Biorąc pod uwagę treść środków ochrony prawnej złożonych w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wskazał na:

- 1) niejednoznaczne, niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, a także zaniechanie podania wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązanie techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję;
- 3) opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a nadto nakładający na wykonawców uciążliwe warunki umowne.

Powyższe – w ocenie Odwołującego - wskazuje na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie zawierający informacji niezbędnych do przygotowania i złożenia oferty przez wykonawców;

- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązanie techniczne, a tym samym ograniczający konkurencję;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz nakładający na wykonawców uciążliwe warunki umowne.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący w odwołaniu wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy Pzp poprzez odpowiednią modyfikację treści SIWZ w sposób określony w uzasadnieniu odwołania oraz o przedłużenie terminu do składania ofert.

Wskazując na konkretne postanowienia SIWZ sformułowane z naruszeniem wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

- 1) Jednym z wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia jest zapewnienie przez wykonawcę finansowania zamówienia w trakcie jego wykonywania, na zasadach określonych w Warunkach Umownych. Jednakże w warunkach tych brak jest jednoznacznego i wyczerpującego określenia zasad, na jakich wykonawca ma zapewnić finansowanie zamówienia
- 2) W warunkach Umownych Zamawiający nie przewidział możliwości przedłużenia Czasu na ukończenie w subklauzuli 8.4 w sytuacji zaistnienia innej niż określona w subklauzuli 13.3. istotnej zmiany w ilości jakiegokolwiek elementu prac objętych Kontraktem. Nie przewidział możliwości przedłużenia Czasu na ukończenie w związku z zaistnieniem sytuacji określonej w subklauzuli 10.3. Podkreślił, że nieuwzględnione przez Zamawiającego przesłanki przedłużenia Czasu na ukończenie dotyczą okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, na które wykonawca nie ma wpływu i których nie jest w stanie przewidzieć i im przeciwdziałać.
- 3) W pkt X pkt 4 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że przedstawiana przez niego dokumentacja projektowa, w oparciu o którą wykonawca winien wykonać przedmiot zamówienia wskazuje jedynie na szacunkowy rozmiar prac i że ryzyko ewentualnych odstępstw od ilości podanych w tej dokumentacji stanowi ryzyko wykonawcy. Wskazała, że art. 632 § 1 Kc przywoływany przez Zamawiającego we wskazanym zakresie, nie ma zastosowania do umowy na wykonanie robót budowlanych, bowiem w świetle art. 656 § 1 Kc stosowanie przepisów regulujących umowę o dzieło do umowy o wykonywanie robót budowlanych zostało zawężone do niektórych kwestii, takich jak: skutki opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy

- lub sprzeczny z umową, rękojmia za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu.
- 4) Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja SIWZ, na którą wskazał w rozstrzygnięciu protestu *de facto* nie czyni zadość żądaniom protestu. Zmodyfikowane postanowienia SIWZ nadal wskazują na konkretne, unikalne urządzenia konkretnych producentów. Zamawiający dopuszcza wprawdzie zastosowanie rozwiązań zamiennych bez podania jednak jednoznacznych i wyczerpujących, a jednocześnie spełniających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, parametrów minimalnych rozwiązania równoważnego. Wedle oceny Odwołującego zmodyfikowane postanowienia SIWZ nie spełniają wymogów art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Poniósł, że wymagany przez Zamawiającego „standard” ma często postać specyfikacji technicznej urządzenia konkretnej marki, zaś sam Zamawiający nie podał innych kryteriów oceny zgodności ze standardem.
- 5) Zamawiający – zdaniem Odwołującego – naruszył zasady określenia stosunku umownego w niniejszym postępowaniu, tj. zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę takiego określenia stosunku umownego, który nie prowadziłby do nadużyć w zakresie art. 353¹ Kc w związku z art. 139 ustawy Pzp, poprzez określone rozwiązanie przewidziane w SIWZ. Mianowicie jest to rozwiązanie polegające na równoczesnym podpisaniu dwóch umów (umowa na wykonanie przedmiotu zamówienia oraz umowa o partnerstwie technologicznym), a przy tym wskazaniu jednocześnie dwóch różnych podmiotów po stronie Zamawiającego. Zamawiający uzależnia podpisanie umowy na wykonanie systemów teletechnicznych (tj. umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego) od uprzedniego zawarcia przez wykonawcę umowy o partnerstwo technologiczne z innym podmiotem. Przyjęta przez Zamawiającego koncepcja dwóch umów może – zdaniem Odwołującego – prowadzić do kłopotliwych i niepożądanych komplikacji praktycznych w toku realizacji umów w przypadku odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od jednej z tych umów. W tym kontekście podniósł nadto, że w odniesieniu do pkt 7.2 Zamawiający zaniechał określenia obowiązków i uprawnień stron w sposób zapewniający zachowanie zasady równości i wzajemności świadczeń, wskazując na sytuację, w której zmniejszeniu lub zniesieniu ulega świadczenie wzajemne Zamawiającego wobec partnera technologicznego to i jego świadczenie (wynagrodzenie) powinno ulec proporcjonalnemu zmniejszeniu.

II. Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty zawarte w proteście, określone tam w pkt 2 i pkt 3 ppkt 2,3 i 5 uzasadnienia protestu, wskazując jednocześnie, że w dniu

29 stycznia 2010 r. dokonał on Zmiany nr 2 SIWZ, modyfikując postanowienia SIWZ w zakresie, w którym protest został przez niego uwzględniony. W pozostałym zakresie zarzuty zawarte w proteście i powielone przez Odwołującego w odwołaniu – Zamawiający oddalił jako nieuzasadnione bez podawania szczegółowej argumentacji w tym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykazanie przez Odwołującego, że zapisy SIWZ mogą być dla niego dyskryminujące i uniemożliwiające mu złożenie oferty w postępowaniu, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Skład orzekający Izby nie uwzględnił w tym zakresie wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, uznając, iż na dzień złożenia protestu i odwołania odwołujący się wykonawca uprawdopodobnił w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej okoliczności, wskazujące na utrudnienia w złożeniu przez niego oferty poprzez zapisy SIWZ. Okoliczność złożenia oferty przez Odwołującego po złożeniu odwołania, a przed rozpoznaniem odwołania przez Izbę nie mogła – w ocenie składu orzekającego Izby - skutkować brakiem możliwości rozpoznania przez Izbę zarzutów dotyczących postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz w wersji elektronicznej na 2 płytach CD

i przedłożonej w oryginale w toku rozprawy do wglądu Izby, w tym w szczególności z postanowień SIWZ wraz z jej modyfikacjami (5 zmian - pisma od 13 stycznia 2010 r. do 13 lutego 2010 r.) i wyjaśnieniami (pisma od dnia 15 stycznia 2010 r. do dnia 18 lutego 2010 r.) oraz z kopii oferty Odwołującego, pisma Odwołującego z dnia 17 grudnia 2009 r. skierowanego do Zamawiającego w toku prowadzonego dialogu oraz z kopii protokołu ZP-1 wraz z załącznikami. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając zarzuty postawione w odwołaniu Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił stawianych Zamawiającemu zarzutów, przerzucając w tym zakresie ciężar na skład orzekający Izby. Na powyższe wskazuje konstrukcja żądania określonego w treści odwołania: *„nakazania Zamawiającemu doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy poprzez odpowiednią modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadniania”* oraz treść samego uzasadnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, gdzie Odwołujący nie przywołuje konkretnych zapisów SIWZ, które w jego ocenie czynią opis przedmiotu zamówienia niejednoznaczny, uniemożliwiający złożenie wykonawcy oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak również konkretnych zapisów SIWZ, które w jakikolwiek sposób ograniczają uczciwą konkurencję.

Co do pierwszej kwestii związanej z zapisem SIWZ dotyczącym zapewnienia przez wykonawcę finansowania zamówienia w trakcie jego wykonywania Odwołujący dopiero na rozprawie wskazał na konkretny zapis SIWZ, który we wskazanym zakresie narusza – w jego ocenie - art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przywołując pkt II ppkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ. Wskazuje się tam, że *„przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie systemów teletechnicznych niezbędnych do sprawnego funkcjonowania Stadionu Piłkarskiego w Gdańsku oraz zapewnienie finansowania w tym zakresie”*. Słusznie na rozprawie odniósł się do tego twierdzenia Zamawiający wskazując na zapisy subklauzuli 14.7 dotyczącej płatności wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie w ciągu 30 dni od daty otrzymania przez Inżyniera odpowiednich dokumentów finansowych, które wystawione zostaną po wystawieniu przez Inżyniera Ostatecznego Świadcstwa Płatności.

We wskazanym zakresie wyłącznie postanowienia SIWZ i przygotowanego przez Zamawiającego dokumentu Warunki Umowne odnoszą się do jakiegokolwiek finansowania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Wykonawca realizujący zamówienie będzie zatem zobowiązany do czynienia nakładów finansowych na rzecz wykonania przedmiotu zamówienia do czasu wypłaty należnego mu wynagrodzenia w tym przedmiocie. Trudno czynić Zamawiającemu zarzuty z tego powodu, że zawarł w opisie przedmiotu zamówienia sformułowanie: „zapewnienie finansowania w tym zakresie”, skoro w tym zakresie żadnych innych postanowień oprócz wypłaty wynagrodzenia wykonawcy po wykonaniu zamówienia, a nie w jego trakcie, nie przewidział. Korzystanie w tym zakresie ze środków ochrony prawnej należy potraktować jako swego rodzaju nadużycie ze strony Odwołującego.

Co do drugiej kwestii związanej z brakiem przewidzenia przez Zamawiającego w Warunkach Umownych możliwości przedłużenia Czasu na ukończenie w sytuacji określonej istotnej zmiany w ilości jakiegokolwiek elementu prac objętych Kontaktem, w tym brak przewidzenia możliwości przedłużenia Czasu na ukończenie w związku z zaistnieniem sytuacji określonej w subklauzuli 10.3, tj. że nieuwzględnione przez Zamawiającego przesłanki przedłużenia Czasu na ukończenie dotyczą okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, na które wykonawca nie ma wpływu, Izba uznała również ten zarzut za gołosłowny. Z zapisów przywoływanej przez Odwołującego subklauzuli 8.4 wynika sytuacja przedłużenia Czasu na ukończenie prac, gdzie w pkt oznaczonym lit. (e) wskazuje się na możliwość przedłużenia Czasu na ukończenie w sytuacji jakichkolwiek opóźnień, utrudnień lub uniemożliwienia, spowodowanych przez Zamawiającego, jego personel lub innych wykonawców Zamawiającego, zatem chodzi w tym przypadku wyraźnie o okoliczności leżące po stronie Zamawiającego, kiedy to będzie możliwe przedłużenie Czasu na ukończenie. W przywoływanej przez Odwołującego subklauzuli 13.3 mówi się natomiast o samej procedurze zmian. Z kolei w subklauzuli 10.3 wskazuje się na przeszkody w Próbach Końcowych, za które odpowiedzialny jest Zamawiający. W tym przypadku wskazane zapisy warunków kontraktowych przewidują przejęcie robót lub ich odcinka z datą, w jakiej te próby byłyby ukończone, gdyby nie przeszkoda leżąca po stronie Zamawiającego. Biorąc pod uwagę analizę zapisów przywoływanych przez Odwołującego zapisów warunków umownych nie sposób zrozumieć sensu stawianego przez Odwołującego zarzutu Zamawiającemu, skoro w subklauzuli 8.4 przewidział on sytuacje przedłużenia czasu na ukończenie – jak oczekiwał tego Odwołujący - również z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (opóźnienia, utrudnienia lub uniemożliwienie). Biorąc powyższe pod uwagę zarzut ten Izba uznała za gołosłowny i w żaden sposób nawet nie uprawdopodobniony przez tego wykonawcę.

Co do kolejnego zarzutu związanego z naruszeniem przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a mianowicie zastrzeżenia Zamawiającego, że przedstawiona przez niego dokumentacja projektowa, w oparciu o którą wykonawca winien wykonać przedmiot zamówienia wskazuje jedynie szacunkowy rozmiar prac i że ryzyko ewentualnych odstępstw od ilości podanych w tej dokumentacji stanowi ryzyko wykonawcy, Izba również uznała za nieudowodniony. Odwołujący w tym zakresie odwoływał się do art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego przywoływanego przez Zamawiającego, wskazując dodatkowo, że przepis ten nie ma zastosowania do umowy o wykonanie robót budowlanych, bowiem stosowanie przepisów dotyczących umowy o dzieło w świetle art. 656 § 1 Kodeksu cywilnego – zostało zawężone do *stricte* określonych kwestii. Niezależnie od powyższego zastrzeżenia Odwołujący wykazywał, że powyższe zapisy stoją w sprzeczności z zasadą jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe argumenty pod uwagę, jak i samo określenie przez Odwołującego zarzutu skład orzekający Izby nie stwierdził w tym zakresie żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp i uznał, że jedynie werbalistyczne określenie przez Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny bez określenia konkretnych zapisów SIWZ, które powodują dla wykonawcy określone skutki w postaci braku możliwości wyceny oferty, co mogłoby wskazywać na ewentualną nieporównywalność ofert wykonawców w postępowaniu, nie jest wystarczające do potwierdzenia się zarzutu naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp. Powyższe również skład orzekający Izby uznał za swego rodzaju nadużycie ze strony Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Dodatkowo tylko skład orzekający Izby zwraca uwagę, że przedmiot zamówienia stanowi wykonanie określonych robót budowlanych, ale również opracowanie dokumentacji określonych systemów (pkt III ppkt 3 SIWZ), stąd też dokumentacja projektowa przekazana wykonawcom w postępowaniu nie mogła obejmować wszystkich elementów. Ponadto należy zauważyć, że realizacja tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę zakres prac, ich charakter i cel jakiemu mają służyć, przy przyjętym przez Zamawiającego i dopuszczalnym w świetle przepisów prawa, ryczałtowym charakterze wynagrodzenia umownego, dopuszcza pewien zakres ryzyka po stronie wykonawców, którzy zobowiązują się do doprowadzenia do określonego efektu prac, wyceniając również niezbędne w takim przypadku ryzyko wykonawcy. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób okoliczności związanych z koniecznym dla niego w tym konkretnym przypadku ryzykiem, czy mieści się ono przykładowo w granicach przyjętych w tego rodzaju stosunkach gospodarczych, czy też nie.

W kwestii stosowania wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o roboty budowlane, czyli odesłanie przez Zamawiającego w tym zakresie do art. 632 § 1 Kc w ramach zawieranej w niniejszym postępowaniu umowie o roboty budowlane skład orzekający Izby nie znalazł w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp wprost, jak i poprzez odesłanie

do przywołanych przez Odwołującego przepisów Kc. Zwrócić w tym zakresie należy uwagę, że odpowiednie stosowanie wskazanego przepisu art. 632 § 1 Kc z racji charakteru umowy o roboty budowlane, która jest swego rodzaju umową o dzieło, nie jest zakazane przez przepisy prawa. Na powyższe wskazuje doktryna, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego (przykładowo: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt: III CSK 184/08, czy też stanowisko B. Lanckoroński w: glossa do wyroku SN z dnia 16 maja 2007 r., sygn. akt: III CSK 452/06, publ. OSP 2009/2/19)

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne rozwiązanie techniczne, a tym samym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję skład orzekający Izby stwierdził, że przywołany zarzut w żaden sposób nie został udowodniony przez Odwołującego. Tak w treści odwołania, jak i w treści protestu, mamy do czynienia jedynie z ogólnymi stwierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający dopuścił zastosowanie konkretnych urządzeń konkretnych producentów, jak również, że mimo dopuszczenia na skutek modyfikacji SIWZ stosowania rozwiązania równoważnego nie określił parametrów tego rozwiązania równoważnego i tym samym również wskazywał na konkretną markę, produkt. Odwołujący nie wskazuje natomiast żadnego konkretnego zapisu SIWZ, z którego wynikałoby określenie konkretnego znaku towarowego, patentu, pochodzenia produktu, urządzenia, wymaganej technologii. Odwołujący poprzez wskazane sformułowanie zarzutu, a jednocześnie żądania („*doprowadzenie postępowania do zgodności z przepisami ustawy*”) niejako oczekuje od Izby weryfikacji całości dokumentacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jej naprawienia zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp. W tym miejscu skład orzekający Izby zwraca uwagę, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej, do której wykonawcy składają odwołania w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest kompleksowa kontrola danego postępowania o udzielenie zamówienia z urzędu. To na wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania spoczywa ciężar wykazania, że konkretne czynności Zamawiającego, czy też jego zaniechania, a w niniejszym przypadku konkretne zapisy SIWZ, zostały skonstruowane w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp, a poprzez to ograniczają wykonawcy możliwość uzyskania danego zamówienia. To na wykonawcy, który korzysta z prawa do odwołania, zgodnie z art. 6 kc, jak również art. 188 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zachowania Zamawiającego są sprzeczne z przepisami ustawy i dlaczego. To Odwołujący powinien przedstawić na tę okoliczność konkretne dowody. W niniejszym przypadku natomiast mamy do czynienia nie tylko z brakiem dowodów potwierdzających naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale także z brakiem jakiegokolwiek

argumentacji w tym zakresie, opartej na przekazanych wykonawcom w tym postępowaniu konkretnych zapisach SIWZ.

Wskazywane przez Odwołującego dopiero w toku rozprawy odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ określone w pkt 132, 133, 134 i 353 dotyczące rozwiązań technicznych systemów SSP również nie potwierdzają i nie wykazują popełnienia przez Zamawiającego konkretnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz nakładający na wykonawców uciążliwe warunki umowne Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący na jego poparcie wskazał, że konstrukcja przyjęta przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu polegająca na tym, że w wyniku tego postępowania zostaną zawarte dwie umowy – umowa o wykonanie przedmiotowego zamówienia oraz umowa o partnerstwie technologicznym, w tym poprzez wskazanie dwóch różnych podmiotów po stronie Zamawiającego, narusza uczciwą konkurencję. Izba uznała, że w tym przypadku wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp nie zostały naruszone. Efektem zakończenia prowadzenia przez Zamawiającego przedmiotowej procedury udzielenia zamówienia publicznego będzie bowiem zawarcie jednej odpłatnej umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego, tj. umowy na wykonanie prac objętych przedmiotowym zamówieniem, opisanym w SIWZ. Umowa o partnerstwie technologicznym zawierana jest przy okazji toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w jego wyniku. Jednym z warunków realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego jest także realizacja tej właśnie umowy (umowa o partnerstwie technologicznym), stąd też o niezgodności w tym zakresie z jakimikolwiek przepisami ustawy Pzp nie możemy mówić. Natomiast co do braku skorelowania postanowień obydwu umów Odwołujący nie wykazał, jaki konkretnie wpływ będzie miała umowa o partnerstwie technologicznym na realizację przedmiotu umowy w niniejszym postępowaniu i w jaki sposób może to wpływać na konstruowanie oferty na realizację przedmiotu zamówienia, czy też jej wykonawstwo, a także, w jaki sposób niekorzystnie wpływa na interes Odwołującego się wykonawcy.

W tym kontekście niezrozumiały jest również zarzut podniesiony przez Odwołującego - zaniechania ze strony Zamawiającego określenia obowiązków i uprawnień stron w sposób zapewniający zachowanie zasady równego traktowania i wzajemności świadczeń.

Uwzględniając dokonaną przez Izbę ocenę zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że dokonane przez Zamawiającego modyfikacje postanowień SIWZ (pięć zmian zawartych w pismach Zamawiającego od dnia 13 stycznia do dnia 13 lutego 2010 r.), jak również udzielone odpowiedzi na zapytania do SIWZ (pisma skierowane w okresie od dnia 15 stycznia do dnia 18 lutego 2010 r.), w tym również te, na które szczególną uwagę w toku rozprawy zwracał Odwołujący (dokonane przed złożeniem przez Odwołującego odwołania – pisma Zamawiającego skierowane przed dniem 9 lutego 2010 r.), nie mogą zmienić stanowiska Izby wobec takiego, a nie innego sposobu sformułowania zarzutów, jak i żądań w odwołaniu. Zarzuty te, jak i żądania bowiem – jak już podniesiono powyżej – zostały sformułowane w sposób na tyle ogólny i nie poparty żadnymi dowodami, jak i konkretną argumentacją znajdującą opacie w konkretnych zapisach SIWZ, że skład orzekający Izby, uwzględniając zasadę kontrydiktoryjności sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego (Odwołujący – Zamawiający) nie mógł z urzędu domniemywać stanowiska i oczekiwać Odwołującego co do jego woli w naprawieniu danych zapisów SIWZ, w kontekście ich rzekomej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uwzględniając w tym względzie koszty Zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę i koszty wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając je do wysokości wynikającej z przepisów wskazanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....