

Sygn. akt: KIO/UZP 1372/09

WYROK
z dnia 5 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 27 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawców:

Konsorcjum TPF Planeg-Consultores de Engenharia e Gestao S.A., E&L Architects Sp. z o.o. 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ,

MP-MOSTY Sp.z o.o., 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3

oraz

MBI-Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., 31-543 Kraków, ul. Francesco Nullo 8/5 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową autostrady A4 odcinek Węzeł Szarów -Węzeł Krzyż od km 455+900 do km 512+800.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 sierpnia 2009 roku wykonawca Jacobs Polska Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 58, wniósł protest na czynność przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wnosząc o uwzględnienie protestu i opracowanie SIWZ nie zawierającej wskazanych poniżej wad.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp
- 2) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp
- 3) § 1 ust. 2 pkt 2, 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) art. 35 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104);
- 6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 354 k.c. poprzez zaniechanie postawienia warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z przywołanymi przepisami oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący terminowej realizacji zamówienia oraz celowego wydatkowania środków publicznych.

Protestujący podniósł, iż: art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 41 pkt 7 stanowią odpowiednio, iż w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu musi znajdować się opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Równocześnie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga by o zamówienie publiczne ubiegały się podmioty, które posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Natomiast zamawiający zgodnie z:

- a) § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...) może żądać od wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w

okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia; a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie;

b) § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...), może żądać od wykonawców wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności;

c) § 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców(...) może żądać od wykonawców dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień."

Protestujący przywołał art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił warunek:

1. w zakresie doświadczenia wykonawcy (rozdział 1 pkt. 6.2.3. IDW) -wykazaniem się wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na nadzorowaniu kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy A,S lub GP, o wartości robót netto nie mniejszej niż 100 mln PLN" . W ocenie protestującego niniejszy warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia w następujących płaszczyznach:

a) przedmiotem zamówienia jest nadzorowanie robót o wartości przeszło 3,3 miliarda złotych podczas gdy zamawiający stawia warunek na poziomie 100 mln złotych. Zatem pozwala na udział w postępowaniu wykonawcy, który legitymuje się nadzorowaniem kontraktu na poziomie 3% prac objętych nadzorem w niniejszym zamówieniu. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23.09.2008 r., sygn. KIO/UZP 953/08 - doświadczenia na poziomie wartości 3 % robót objętych nadzorem w niniejszym zamówieniu nie można uznać za doświadczenie odpowiadające przedmiotowi zamówienia;

b) przedmiotem zamówienia jest nadzorowanie budowy drogi klasy A, podczas gdy zamawiający dopuszcza doświadczenie z nadzorowania dróg klasy S i. GP a więc wykonywanych zgodnie z rozporządzeniami przywołanymi w punkcie II uzasadnienia, w innych i mniej rygorystycznych niż drogi klasy A wymaganiach technologicznych. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21.04.2009 r., sygn. KIO/UZP 434/09 wymagane doświadczenie nie

odpowiada charakterowi i złożoności przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18.02.2008 r., sygn. KIO/UZP 78/08 warunek ten nie koreluje z przedmiotem zamówienia. Równocześnie zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.02.2009 r., sygn. KIO/UZP 169/09 doświadczenie nabyte przy nadzorze dróg klasy S czy GP jest innym doświadczeniem niż doświadczenie nabyte przy nadzorze dróg klasy A;

c) Zamawiający postawił wymóg legitymowania się wykonaniem tylko jednej usługi. Tym samym w świetle wyroku KIO z dnia 14.01.2008 r., sygn. KIO/UZP 62/07 nie dopełnił obowiązku wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki, a nie przeprowadzonym eksperymentem czy też próbą.

Reasumując w zakresie doświadczenia wykonawcy zamawiający poprzez postawienie warunku nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, do jego rozmiaru, wielkości technologicznych warunków wykonania naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...) poprzez zaniechanie wymagania doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Protestujący zażądał zmiany niniejszego warunku poprzez odniesienie do wykonania co najmniej dwóch usług nadzoru dróg klasy A, każda o wartości zbliżonej do wartości szacunkowej niniejszego zamówienia, natomiast wartość nadzorowanych kontraktów miałyby być zbliżona do sumy wartości kontraktów budowlanych objętych niniejszym zamówieniem, tj. 3,3 mld zł.

Dodatkowo protestujący wskazał, iż w równoległym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego (Oddział Wrocław) na pełnienie funkcji inżyniera na dwóch Kontraktach na Roboty Budowlane: "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap I -Wrocław (węzeł Pawłowice) -Oleśnica (węzeł Dąbrowa)" oraz "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap II -Oleśnica (węzeł Cieśle) -Syców (węzeł Syców Wschód)" (ogłoszenie w DUUE z dnia 19.08.2009 nr 230702-2009-PL) wymaga się od wykonawcy usługi polegającej na nadzorowaniu budowy lub przebudowy drogi klasy minimum GP o wartości co najmniej 200.000.000 zł. Zatem w tym postępowaniu, mimo iż wartość nadzorowanych prac jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu oraz klasa drogi jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu to warunek dotyczący wartości nadzorowanych robót jest dwukrotnie wyższy niż w oprotestowywanym zamówieniu. Zamawiający zatem potrafi w niektórych postępowaniach przestrzegać zasad ustawy Pzp, a wykonawcy nie mogą się zgodzić z takim selektywnym ich stosowaniem.

2. w zakresie potencjału kadrowego (rozdział 1 pkt 6.2.2. IDW) i wymagań dotyczących Inżyniera Koordynatora. zamawiający wymaga by Inżynier Koordynator miał doświadczenie

w zarządzaniu co najmniej jednym kontraktem w zakresie inżynierii komunikacyjnej o wartości netto co najmniej 100 mln PLN. Powyższy warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. W praktyce Inżynier Koordynator będzie zarządzał nadzorem nad robotami w zakresie budowy drogi klasy A o wartości 3,3 mld zł. Postawiony warunek dotyczący inżynierii komunikacyjnej i wartości 100 mln zł jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Reasumując zamawiający poprzez postawienie warunku nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia, w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez zaniechanie wymagania doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Protestujący zażądał zmiany niniejszego warunku poprzez odniesienie do doświadczenia w nadzorowaniu dróg klasy A o wartości zbliżonej do sumy wartości kontraktów budowlanych objętych niniejszym zamówieniem, tj. 3,3 mld zł.

Dodatkowo protestujący wskazał, iż w równoległym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez zamawiającego (Oddział Wrocław) na pełnienie funkcji inżyniera na dwóch Kontraktach na Roboty Budowlane: "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap I -Wrocław (węzeł Pawłowice) -Oleśnica (węzeł Dąbrowa)" oraz "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap II -Oleśnica (węzeł Cieśle) -Syców (węzeł Syców Wschód)" (ogłoszenie w DUUE z dnia 19.08.2009 nr 230702-2009-PL) wymaga się od wykonawcy zapewnienia Inżyniera Kontraktu posiadającego doświadczenie na tym stanowisku w budowie lub przebudowie drogi klasy minimum GP o wartości co najmniej 200.000.000 zł. Zatem w tym postępowaniu, mimo iż wartość nadzorowanych prac jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu oraz klasa drogi jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu to warunek dotyczący tego członka personelu jest dwukrotnie wyższy niż w oprotestowywanym zamówieniu.

3. W zakresie potencjału kadrowego (rozdział 1 pkt 6.2.2. IDW) i wymagań dotyczących Inżyniera Rezydenta zamawiający wymaga by Inżynier Rezydent miał doświadczenie w zarządzaniu co najmniej jednym kontraktem - bez dookreślenia w jakim zakresie o wartości netto co najmniej 60 mln PLN. Powyższy warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. W praktyce Inżynier Rezydent będzie zarządzał nadzorem nad jedną z trzech robót budowlanych o średniej wartości 1,1 mld zł. Postawiony warunek dotyczący doświadczenia w nadzorowaniu jakiegokolwiek kontraktu o wartości 60 mln zł jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie protestującego zamawiający poprzez postawienie warunku nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia, w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez zaniechanie wymagania doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe protestujący zażądał zmiany niniejszego warunku poprzez odniesienie do doświadczenia w nadzorowaniu dróg klasy A o wartości zbliżonej do wartości nadzorowanego kontraktu budowlanego objętego niniejszym zamówieniem, tj. około 1 mld zł. Dodatkowo wskazał, iż w równoległym postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego (Oddział Wrocław) napelnienie funkcji inżyniera na dwóch Kontraktach na Roboty Budowlane: "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap I -Wrocław (węzeł Pawłowice) -Oleśnica (węzeł Dąbrowa)" oraz "Budowa drogi S-8 Wrocław -Psie Pole -Syców etap II -Oleśnica (węzeł Cieśle) -Syców (węzeł Syców Wschód)" (ogłoszenie w DUUE z dnia 19.08.2009 nr 230702-2009-PL) wymaga się od wykonawcy zapewnienia Inżyniera Rezydenta posiadającego doświadczenie na tym stanowisku w budowie lub przebudowie drogi klasy minimum GP o wartości co najmniej 75.000.000 zł. Zatem w tym postępowaniu, mimo iż wartość nadzorowanych prac jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu oraz klasa drogi jest mniejsza niż w oprotestowywanym postępowaniu to warunek dotyczący tego członka personelu jest znacznie wyższy niż w oprotestowywanym zamówieniu. Ponadto są postawione dodatkowe wymagania dotyczące długości prac oraz obiektów mostowych.

4. W zakresie potencjału kadrowego (rozdział 1 pkt 6.2.2. IDW) i wymagań dotyczących Zastępców Inżyniera Rezydenta ds. drogowych i ds. obiektów inżynierskich zamawiający wymaga od tych osób doświadczenia w nadzorowaniu dróg minimum klasy GP, podczas gdy w niniejszym zamówieniu osoby te mają nadzorować drogi klasy A. Powyższy warunek jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poprzez postawienie warunku nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia, w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez zaniechanie wymagania doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Protestujący zażądał zmiany niniejszego warunku poprzez odniesienie do doświadczenia w nadzorowaniu dróg klasy A.

IV. Zamawiający do realizacji niniejszego zamówienia, zgodnie z Formularzem Cenowym wymaga poza osobami wymienionymi w rozdziale 1 pkt 6.2.2. IDW również m.in.: inspektorów nadzoru ds. drogowych, inspektorów nadzoru ds. obiektów inżynierskich, inspektorów nadzoru robót ogólnobudowlanych, inspektorów nadzoru robót gazowych, inspektorów nadzoru robót wod-kan, inspektorów nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, inspektorów nadzoru robót telekomunikacyjnych oraz inspektorów nadzoru robót geodezyjnych.

Protestujący podniósł, iż wskazane osoby są de facto substratem wykonywanej usługi zarządzania i nadzoru i powinny być w stosunku do nich postawione warunki z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie postawienia warunków w stosunku do przywołanych osób

stanowi naruszenie tego przepisu oraz § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia, w sprawie rodzajów dokumentów (...). Paragraf 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wymaga, by zamawiający żądał dokumentów od osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia potwierdzających wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W niniejszym zamówieniu zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 15 oraz § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 19 listopada 2001 r. (Dz. U. Nr 138, poz. 1554) w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego (wydanego na podstawie art. 19 ustawy Prawo budowlane) wymagane jest posiadanie uprawnień dla przywołanych powyżej osób. Zaniechanie ich żądania stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący zażądał wpisania warunków w zakresie wymienionego w niniejszym punkcie personelu oraz wymaganie od nich odpowiednich uprawnień budowlanych.

V. Zamawiający w punkcie 9.1.1. wskazał, iż "użyte w Formularzu cenowym (formularz 2.2.) pojęcie "dniówka" oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególni pracownicy wykonawcy wykonają prace niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie."

Równocześnie zgodnie z art. 16 Warunków Ogólnych Umowy zatytułowanym "Godziny pracy" "Dni o godziny pracy personelu Konsultanta zostaną ustalone w oparciu o obowiązujące prawo. Konsultant powinien tak zorganizować pracę swojego personelu (dni i godziny), aby uwzględnić czas pracy Wykonawców Robót w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z obowiązującego prawa, jak i kontraktów. Koordynator kontraktów będzie każdorazowo decydował o liczbie dni i czasie pracy personelu Konsultanta na poszczególnych etapach realizacji usługi. "

Protestujący wskazał, iż umowa zawarta na skutek niniejszego postępowania rozliczana będzie za faktycznie przepracowane "dniówki". Niemniej jednak na gruncie przywołanych powyżej zapisów wykonawcy nie mogą ustalić czy dniówka to jest 5, 8 czy 24 godziny. Wobec tego zamawiający poprzez taki nieprecyzyjny zapis uniemożliwia wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny ich ofert. Wykonawcy nie wiedzą jaka jest wspólna podstawa do zakwalifikowania dniówki. Wg kodeksu pracy powinno to być standardowo 8 godzin i niektórzy wykonawcy tak będą kwalifikować dniówkę, inni natomiast będą wypowiadać swojemu personelowi umowy o pracę i zatrudniać ich na umowę zlecenie po to by dopuścić 24 godzinny dzień pracy specjalisty. Dodatkowo zamawiający zastrzegł dla siebie arbitralne decydowanie o liczbie przepracowanych przez specjalistów godzin.

Postępowanie Zamawiającego narusza, w ocenie protestującego, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem poprzez takie nieprecyzyjne zapisy wprowadza

różne podstawy do dokonania wyceny ich ofert. Z kolei jednostronne prawo zamawiającego do władczego określenia zakresu dniówki na etapie realizacji umowy (bez uwzględnienia jakichś wcześniejszych założeń) stanowi naruszenie granic zawierania umów określonych wart. 353¹ k.c., tj. zasad współżycia społecznego. Ponadto stanowi naruszenie art. 354 k.c. określającego, iż wierzyciel (zamawiający) powinien współdziałać przy wykonaniu zamówienia zgodnie z zasadami współżycia społecznego.

Protestujący zażądał doprecyzowania pojęcia "dniówka" oraz usunięcie z art. 16 Warunków Ogólnych Umowy zapisu, iż "Koordynator kontraktów będzie każdorazowo decydował o liczbie dni i czasie pracy personelu Konsultanta na poszczególnych etapach realizacji usługi.

Pismem z dnia 4 września 2009 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, iż określając warunki udziału w postępowaniu kierował się znajomością stanowiska doktryny i orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych, w szczególności wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2007r. (Sygn. akt: XIX Ga 581/06), gdzie stwierdzono, iż "Zamawiający jest zobowiązany zachować szczególną dbałość o wybór kontrahenta w drodze zamówienia publicznego, a wymagania mu stawiane powinny określać poziom, który gwarantuje prawidłowe wykonanie zawartej w następstwie umowy. Realizacja tego obowiązku następuje między innymi w drodze przedstawienia wykazu, o jakim mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mają być składane, które wprost wskazuje, że dotychczas wykonane usługi mają odpowiadać usługom objętym zamówieniem zarówno co do rodzaju, jak i wartości. Nie oznacza to jednak, iż w każdym przypadku określenie wartości dotychczas wykonanych usług nie narusza zasad uczciwej konkurencji. W przypadku ustalenia jej przez zamawiającego na zaporowym poziomie naruszono by regułę wprowadzoną w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, a także w art. 7 ustawy szczególnie w sytuacji, gdy wymóg ten spełniałby tylko jeden wykonawca.

Postępowanie, którego dotyczy protest, toczy się w celu wyłonienia wykonawcy usługi -zarządzania i nadzoru Inwestorskiego nad budową odcinka autostrady A-4 Węzeł Szarów - Węzeł Krzyż o długości ok. 57km. Bezspornym jest, iż realizacja tego zamówienia, wymaga od wykonawcy posiadania szczególnych właściwości, przede wszystkim wysokiego poziomu doświadczenia, zarówno w zakresie technicznym jak i organizacyjnym oraz wysoko wykwalifikowanej kadry. Jednakże nie można pominąć faktu, iż tak duże zamówienia, zrealizowane w ciągu ostatnich trzech lat, zarówno w swoim kraju jak i w skali Unii europejskiej nie są częste. Tym samym spełnienie zadania protestującego poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu tożsamy z przedmiotem zamówienia

niepotrzebnie ograniczyłoby dostęp wykwalifikowanym wykonawcom zdolnym wykonać tę usługę.

W przedmiotowym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenie zamawiający określił w sposób następujący: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (jako wykonawca lub podwykonawca), co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy A, S lub GP, o wartości robót netto nie mniejszej niż 100 mln PLN. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót”.

Zamawiający celowo dopuścił doświadczenie obejmujące nadzór nad budową lub przebudową drogi/ulicy klasy S lub GP. Jest to świadome obniżenie poziomu warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia i zostało dokonane w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu większego kręgu wykonawców. Niemniej jednak tak określony warunek odpowiada charakterowi i złożoności przedmiotowej usługi.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotem zamówienia jest nadzór nad budową drogi o klasie A - najwyższej z klas określonych rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Bezspornym jest, że istnieją różnice pomiędzy poszczególnymi klasami dróg, jednak realizacja dróg o klasach A,S I GP mieści się w kategorii porównywalnych.

Wymagania w przypadku autostrad są większe, ale ich realizacja odbywa się w oparciu o te same normy techniczne i przy zastosowaniu tych samych technologii wykonania, co realizacja dróg klasy GP I S. Tym samym stopień trudności w przypadku usługi nadzoru nad budową autostrady jak i sposób wykonywania usługi nie odbiega znacząco od pełnienia nadzoru nad realizacją drogi klasy S czy GP. Postawienie podobnego warunku w przetargu na budowę przedmiotowej autostrady spowodowała protest z żądaniem dopuszczenia doświadczenie również na drogach klasy G.

Podobnie, uwzględniając fakt, iż wartość szacunkowa robót będących przedmiotem nadzoru jest bardzo wysoka, warunek posiadania niezbędnego doświadczenia odnoszący się do wartości nadzorowanych kontraktów został ustalony na poziomie znacznie niższym. Intencją zamawiającego było umożliwienie ubiegania się o zamówienie również tym wykonawcom, którzy wprawdzie nie realizowali jeszcze usługi nadzorowania nad robotami budowlanymi o porównywalnej wartości, niemniej wykonywali usługi związane z nadzorem kontraktów obejmujących budowę albo przebudowę dróg o wysokiej klasie i o wysokiej wartości, których należyte wykonanie w sposób przekonujący wykazałoby spełnienie ogólnej normy art. 22 ust. 1 pkt 2, czyli posiadanie przez danego wykonawcę wiedzy I doświadczenia

niezbędnego do wykonania przedmiotowego umówienia. Należy zwrócić uwagę, że budowa drogi jest procesem powtarzalnym, tym samym zrealizowanie dłuższego lub krótszego odcinka drogi wymaganej klasy różni się będzie ilościowo a nie jakościowo lub technologicznie. Tym samym doświadczenie w wykonaniu nadzoru nad inwestycją porównywalną pod względem technicznym o wartości 100 milionów PLN jest wystarczające dla zapewnienia sprawnego nadzoru nad przedmiotową inwestycją. Zamawiający podkreślił, że analogiczny warunek postawił w roku 2006 w postępowaniu na pełnienie nadzoru Inwestorskiego nad pokrewnym zadaniem: Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka - Węzeł Szarów. Również warunki odnoszące się do potencjału kadrowego zostały ustalone na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie umówienia, przy uwzględnieniu zakresu obowiązków poszczególnych osób. Zamawiający przy ich ustalaniu brał pod uwagę, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane na trzech oddzielnych kontraktach, które będą nadzorowane przez trzy samodzielne zespoły. Zgodnie z zapisami SIWZ, zamawiający wymaga podania w ofercie jedynie kluczowych ekspertów, którzy będą odgrywać zasadniczą rolę w realizacji kontraktów, Niezasadnym byłoby żądanie wskazania w ofercie z nazwiska kilkudziesięciu osób do pełnienia wszystkich funkcji technicznych, tym bardziej, że niejednokrotnie nie będą one uczestniczyć w całym procesie realizacji. Dodatkowo, z doświadczenia zamawiającego wynika, że żądanie dużej liczby osób na etapie składania ofert kończy się zmianą większości z nich tuż po podpisaniu umowy. Jest to związane z faktem, iż od złożenia ofert do podpisania umowy upływa zwykle kilka miesięcy i wykwalifikowani pracownicy są angażowani na innych kontraktach.

Z uwagi na powyższe zamawiający wymogi odnośnie kwalifikacji innych ekspertów zawarł w opisie przedmiotu zamówienia i osoby te przed przystąpieniem do pracy będą akceptowane przez Koordynatora Kontraktu lub właściwego Kierownika Projektu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania żądania odpowiednich uprawnień od osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zamawiający nie uznał tych dokumentów za niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający zapisał w SIWZ, że realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, które określa rodzaj i zakres uprawnień wymaganych od Inspektorów nadzoru. W Opisie przedmiotu zamówienia zamawiający szczegółowo określił ekspertów, jakich będzie wymagał dla realizacji zamówienia oraz niezbędne kwalifikacje jakimi winni się wykazać. Mając powyższe na względzie, na etapie składania ofert wystarczające jest oświadczenie wykonawcy, w którym potwierdza, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ocenie zamawiającego postawione warunki odnoszące się zarówno do potencjału kadrowego oraz jak i doświadczenia wykonawcy, są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do jego zakresu oraz dają pewność, że podmioty dopuszczone do udziału w

postępowaniu zagwarantują prawidłowe wykonanie umowy. Istotnym jest, że w żaden sposób nie naruszają one Interesu prawnego protestującego w uzyskaniu zamówienia. Jedynym interesem protestującego jest ograniczenie konkurencji tak, aby zwiększyć swoje szanse na uzyskanie tego zamówienia, co nie jest dopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Celem wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winno być przygotowanie zgodnej z SIWZ i korzystnej oferty a nie dążenie do eliminacji konkurentów, przez żądanie zawyżenia warunków udziału w postępowaniu. Przytoczone w proteście liczne cytaty z wyroków KIO są często wyrwane z kontekstu, a zarzuty dotyczą głównie warunków udziału w postępowaniu zawyżonych w stosunku do przedmiotu zamówienia lub postawionych w sposób zbyt ogólnikowy.

Protestujący zarzuca również naruszenie art. 1 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 354 Kodeksu cywilnego poprzez nieprecyzyjne zapisy SIWZ, w szczególności zapisy pkt 9.1.1. Instrukcji dla Wykonawców oraz art. 16 Warunków Ogólnych Umowy (WOU).

Kształtując zapisy WOU zamawiający nie naruszył przepisów Kodeksu cywilnego. Zgodnie z jego zapisami swoboda zawierania umów jest ograniczona tak, aby treść i cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie zamawiającego zapis art. 15 WOU w żadnym stopniu nie sprzeciwia się właściwości stosunku oraz nie narusza jednego przepisu ustawowego ani nie przeczy żadnej z zasad współżycia społecznego. Planowana umowa, której dotyczy niniejszy przetarg, ma zapewnić sprawne zarządzanie i skuteczny nadzór inwestorski nad budową, autostrady A-4. Inwestycja ta ma duże znaczenie gospodarcze i społeczne dla regionu i całego kraju. W związku z tym w złożeniach kontraktu na roboty budowlane przyjęto, że w pewnych okolicznościach w razie konieczności roboty budowlane mogą być prowadzone przez całą dobę. Trudno więc oczekiwać, aby wykonawca zapewnił skuteczny i staranny nadzór, jeśli nie dysponuje specjalistami mogącymi pełnić swoje obowiązki w czasie robót budowlanych, zwłaszcza, jeżeli roboty te będą, prowadzone przez więcej niż 8 godzin dziennie.

Natura planowanego kontraktu budowlanego powoduje, że może stać się konieczna praca zespołów nadzoru inwestorskiego przez całą dobę. Taki wysiłek może być rzecz jasna podjęty tylko wtedy, kiedy będzie to niezbędne ze względu na kwestie technologiczne oraz na terminowość zakończenia budowy.

Podobnie w ocenie zamawiającego bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art. 354 k.c. Przepis ten narzucił bowiem sposób wykonania zobowiązania przez Dłużnika i Wierzyciela. Hipoteza przepisu odnosi się do sytuacji, kiedy między stronami doszło już do zawarcia zobowiązania a dyspozycja wyznacza dyrektywy postępowania dłużnika i wierzyciela w toku jego wykonania. Zważywszy na to nie sposób zgodzić się z zarzutem, że

tak skonstruowany przepis zawarty w specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia powoduje naruszenie zasad współzycia społecznego, podczas gdy stosunek regulowany przez WOU nie został jeszcze zawarty.

Zamawiający zauważył, że w proteście Wykonawca, powołuje się na klauzulę generalną zasadę współzycia społecznego, ale nie był w stanie wskazać, jaką czy jakie w szczególności zasady zostały przez zamawiającego naruszone. W związku z tym postawione na tej podstawie zarzuty nie mogą zasługiwać na uwzględnienie

Określenia zawarte w pkt 9.1.1. IDW dotyczy (zgodnie z tytułem całego pkt. 9) „Opisu sposobu obliczenia ceny oferty”. W takim zakresie należy je rozpatrywać. Przyjęta we wspomnianym punkcie definicja pojęcia „dniówka” służy ujednoczeniu założeń do wyceny. Jest to zakładana przez zamawiającego pracochłonność zadań nałożonych na poszczególnych specjalistów zatrudnianych przez wykonawcę. Gdyby zamawiający na potrzeby przygotowania ofert nie przyjął jednolitej definicji tego pojęcia, wówczas skutkowałoby to dowolnością, przyjmowanych przez wykonawców założeń i w związku z tym nieporównywalnością złożonych ofert.

Zastosowana definicja „dniówki” („jedna doba, w ciągu której poszczególni pracownicy wykonawcy wykonują prace niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie”) ma również ułatwić rozliczanie umowy z wykonawcą, które będzie dokonywane zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy (w szczególności z art. 22 "Płatności oraz odsetki od płatności zaległych") oraz z Opisem przedmiotu zamówienia (w szczególności pkt 3.1. „Personel”).

Od pojęcia "dniówki" przyjętego w IDW na potrzeby sporządzenia wyceny w oparciu o Formularz Cenowy należy rozróżnić regulację dotyczącą czasu pracy personelu wykonawcy w trakcie realizacji umowy na zarządzanie i nadzór kontraktami na roboty budowlane. Regulowany jest on nie tylko przez art. 16 WOU, ale również przez szczegółowe Informacje zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia (Tom XII SIWZ) oraz w załącznikach do niego (m.in. w załącznikach do ofert - ustanawiających normalne dni i godziny pracy wykonawcy robót budowlanych w Warunkach Ogólnych oraz w Warunkach szczególnych Kontraktów na wykonanie robót budowlanych). Nie można więc kwestionować treści art. 16 WOU bez odniesienia się do innych elementów SIWZ.

W szczególności z załącznikami do ofert na wykonanie robót budowlanych (załącznik nr 7 do Tomu III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia) ustala normalne dni i godziny pracy Wykonawcy robót budowlanych: „od poniedziałku do soboty, w godzinach 6.00-22.00”. Natomiast pracę poza normalnymi godzinami reguluje klauzula 6.5 Warunków Ogólnych na wykonanie robót budowlanych: "Żadna praca nie będzie prowadzona na Placu Budowy w dniach lokalnie uznanych ze dni wolne od pracy, ani poza normalnymi godzinami pracy

podanymi w załączniku do Oferty, chyba że: (a) inaczej jest podane w Kontrakcie, (b) 'Inżynier daje zgodę, lub (c) praca jest nieunikniona lub konieczna dla ochrony życia lub własności lub dla bezpieczeństwa robót, w którym to przypadku Wykonawca natychmiast poinformuje Inżyniera”.

Mając wiedzę opartą na treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający nie zgadza się z wątpliwościami protestującego dotyczącymi faktycznego czasu pracy specjalistów. Zwłaszcza, że w świetle pkt 3.1. Opisu przedmiotu zamówienia "przewidywany harmonogram pracy osób" ma zostać stworzony dopiero 1 miesiąc po podpisaniu umowy na zarządzanie i nadzór nad kontraktami budowlanymi i będzie on musiał uwzględniać przede wszystkim ustalenia harmonogramów rzeczowo-finansowych robót budowlanych, bez których nie sposób z góry ustalić wymaganej w trakcie realizacji budowy obsady zespołów nadzoru. Należy bowiem pamiętać, że umowa na zarządzanie i nadzór nad kontraktami budowlanymi ma charakter wtórny w stosunku do samego kontraktu na roboty budowlane. Biorąc to pod uwagę, każdy zapis ustalający z góry rozkład pracy zespołów nadzoru, nie przewidujący możliwości jego modyfikacji w zależności od potrzeb napotykanym na piecu budowy, byłby rozwiązaniem nieracjonalnym i wprowadzającym ryzyko nienależytego pełnienia obowiązków związanych z zarządzaniem i nadzorem Inwestorskim nad prowadzonymi robotami.

Zapis ostatniego oddania art. 16 umożliwiający Koordynatorowi kontraktów podjęcie decyzji dotyczących liczby dni i czasu pracy personelu wykonawcy na poszczególnych etapach realizacji usługi ma wyłącznie na celu zapewnienie w pełni racjonalnego i adekwatnego do tempa i charakteru prowadzonych robót budowniczych zaangażowania personelu nadzoru. Ponadto zamawiający, który będzie jednocześnie stroną kontraktu na roboty budowlane, nie będzie miał możliwości arbitralnego i niezgodnego z wymaganiami budowy regulowania czasu pracy, choćby ze względu na wykazane powyższe regulacje dotyczące czasu pracy wykonawcy robót budowlanych.

W dniu 14 września 2009 roku wykonawca JACOBS POLSKA Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty zawarte w proteście.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania skutecznie przystąpili wykonawcy Konsorcjum TPF Planege-Consultores de Engenharia e Gestao S.A., E&L Architects Sp. z o.o. 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34 (po stronie odwołującego się) oraz MP-MOSTY Sp.z o.o., 30-709 Kraków, ul. Stoczniovców 3 i MBI - Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o., 31-543 Kraków, ul. Francesco Nullo 8/5 (po stronie zamawiającego).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na nadzorowaniu kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy A, S lub GP, o wartości robót *netto* nie mniejszej niż 100 mln PLN, Izba uznała, iż zarzut ten jest niezasadny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Analiza powyższego pozwala na przyjęcie, iż to do zamawiającego należy wybór, jakie warunki postawić wykonawcom, aby przekonać się, czy będą oni w stanie wykonać zamówienie. Niezbędne doświadczenie wykonawcy zamawiający powinien przy tym rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*str. 113).

Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, sam decyduje o „niezbędności” czy „dostateczności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. I które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia zamawiającego. Zgodnie jednak z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia.

W myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiot, dat wykonania i odbiorców oraz

załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie.

Izba nie zgadza się, iż tylko wykonywanie przez wykonawcę nadzoru nad budową dróg klasy A świadczy o doświadczeniu adekwatnym do przedmiotu zamówienia. W szczególności nie sposób przyjąć, iż usługa polegająca na nadzorowaniu budowy drogi tylko wówczas odpowiada **rodzajem** innej usłudze nadzoru budowy drogi, gdy drogi te są drogami o jednakowej kategorii bądź też jednakowej klasy. Ustawa z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 19, poz. 115 ze zm.) zawiera co prawda podział dróg publicznych na określone kategorie, jednak podział ten podyktowany jest określonymi funkcjami tych dróg w sieci drogowej. Podobnie – przepisy rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 43, poz. 430) w § 4 wprowadza klasy dróg, przy czym wprowadzenie tego podziału ma na celu określenie wymagań technicznych i użytkowych dróg publicznych. Samo pojęcie „rodzaj” w ocenie Izby ma charakter znacznie ogólniejszy i ustalanie poszczególnych rodzajów usług na podstawie kategorii dróg i ich klas byłoby nieuprawnione.

Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie „odpowiadające rodzajem” w odniesieniu do usług polegających na nadzorze budowy drogi publicznej kategorii A. Zawarta w „Małym słowniku języka polskiego” pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako „coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.), a nie li tylko usług tożsamyh (takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia).

Mając na uwadze powyższe można przyjąć, iż usługa odpowiadająca rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia to usługa nadzoru nad budową drogi publicznej w rozumieniu art. 1 ustawy o drogach publicznych. Stanowisko takie nie przeczy oczywiście temu, iż drogi publiczne poszczególnych kategorii i klas różnią się między sobą, w związku z czym zarówno ich budowa, jak i nadzór nad budową nie będą tożsame, niemniej jednak podział na kategorie i klasy nie stanowi o różnorodności rodzajów robót czy usług.

Rozpoznając zarzut dotyczący braku adekwatności w zakresie wartości nadzorowanych robót Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W szczególności Izba – analogicznie jak w przypadku zarzutu dotyczącego rodzaju wykonywanych robót – zwraca uwagę, iż to zamawiający, wykorzystując swą wiedzę i doświadczenie, ustala warunki udziału w postępowaniu w sposób, jaki daje gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien je ustalić w zakresie

minimalnym i opartym na obiektywnych kryteriach, związanym z przedmiotem zamówienia, tak by uczestnikiem postępowania mógł stać się każdy wykonawca zdolny do realizacji umowy.

W ocenie zamawiającego warunki te spełnia wykonawca, który wykaże się wykonaniem co najmniej jednej usługi polegającej na nadzorowaniu kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę drogi/ulicy (...) o wartości *netto* nie mniejszej niż 100 mln zł. Uzasadniając swe stanowisko zamawiający stwierdził, iż wykonanie drogi jest procesem powtarzalnym i zrealizowanie dłuższego lub krótszego odcinka drogi wymaganej klasy różnić się będzie ilościowo, a nie jakościowo lub technologicznie.

Analizując podniesiony zarzut Izba zwraca uwagę, iż przepis § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) wskazuje, iż zamawiający może żądać wykazu wykonanych usług odpowiadających wartością **usługom stanowiącym przedmiot zamówienia**.

Zcytowanego przepisu wynika, iż znaczenie ma nie wartość roboty budowlanej polegającej na budowie drogi, ale wartość usług nadzoru nad budową drogi publicznej. Postawiony w niniejszym postępowaniu warunek uczestnictwa wskazywał jednakże na konieczność wykazania się doświadczeniem w nadzorowaniu robót budowlanych, przy czym istotne znaczenie miała tu wartość nadzorowanych robót, czyli wartość budowanej drogi, nie zaś wartość usług nadzoru.

Nie można tu zgodzić się z odwołującym się, iż okoliczność ta nie ma znaczenia, gdyż wartość nadzoru na ogół stanowi 3-4% wartości nadzorowanych robót, więc wartość robót ma decydujące znaczenie. W szczególności zauważyć należy, że żaden przepis prawa nie stawia wymogu, by wartość nadzoru nad robotami budowlanymi stanowiła określony ułamek od wartości tychże robót, a poza tym w ostatnim okresie zauważyć można tendencję wykonawców do obniżania wynagrodzenia za usługi nadzoru, które nierzadko kształtuje się na poziomie 1%. Tym samym wartość nadzorowanych robót budowlanych nie może stanowić punktu odniesienia do oceny, czy wykonawca wykonywał usługę nadzoru odpowiadającą wartością przedmiotowi niniejszego zamówienia. Niemniej jednak podniesiony zarzut dotyczył wyłącznie wartości nadzorowanych robót budowlanych, Izba zaś obowiązana jest orzekać tylko w zakresie podniesionych zarzutów, w związku z czym zarzut nie został uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykazania się przez wykonawców wykonaniem tylko jednej usługi, Izba stwierdza, iż odwołujący się ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż wykonawca winien wykazać się doświadczeniem jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki, a nie przeprowadzonym eksperymentem czy też próbą. Odwołujący się w żaden sposób nie wykazał, że wykonanie jednej usługi nie daje

wykonawcy stosownego doświadczenia, a dopiero dwie usługi stanowią o praktyce gwarantującej właściwe wykonanie zamówienia. Izba zwraca tu uwagę, iż zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego, odwołujący się winien udowodnić prezentowane stanowisko za pomocą wskazywanych dowodów. Stwierdzenia odwołującego się nie zostały tu poparte żadnymi dowodami, wobec tego Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Analogiczne zarzuty odwołującego się dotyczyły braku wymogu stosownego doświadczenia Inżyniera Koordynatora, Inżyniera Rezydenta oraz Zastępców Rezydenta ds. drogowych i ds. obiektów inżynierskich.

Zamawiający wymagał, by Inżynier Koordynator miał doświadczenie w zarządzaniu co najmniej jednym kontraktem w zakresie inżynierii komunikacyjnej o wartości co najmniej 100 mln PLN, Inżynier Rezydent ma mieć doświadczenie w zarządzaniu co najmniej jednym kontraktem o wartości netto co najmniej 60 mln zł, zaś Zastępcy Inżyniera Rezydenta ds. drogowych i ds. obiektów inżynierskich mają mieć doświadczenie w nadzorowaniu dróg minimum klasy GP.

W ocenie odwołującego się wymogi powyższe są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, w związku z czym zażądał ich zmiany poprzez ich dostosowanie do warunków przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z cytowanym już art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zaś w myśl § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie wykazu dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, zamawiający żąda od wykonawców wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Jak wynika z powyższego, ustawodawca nie ustanowił ściśle sprecyzowanych wymogów dotyczących kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia osób zaangażowanych przy realizacji zamówienia, pozostawiając je uznaniu zamawiającego, który kształtuje je na poziomie minimalnym. Wskazuje na to art. 44 ust. 2 zd. 1 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji udzielania procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą żądać od kandydatów i oferentów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 47 i 48.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił wymogi dotyczące doświadczenia Inżyniera Koordynatora, Inżyniera Rezydenta oraz Zastępców Inżyniera Rezydenta ds. drogowych i ds. obiektów inżynierskich, na minimalnym poziomie, jaki uznał

za wystarczający, by zagwarantować właściwe wykonanie zamówienia. Odwołujący się zakwestionował te wymogi podnosząc, iż są one nieadekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale stanowiska swojego nie poparł żadnymi dowodami, mogącymi prezentowane stanowisko uzasadnić. W ocenie Izby nie jest dowodem powołanie się na inne postępowanie przetargowe o analogicznym przedmiocie zamówienia, gdzie wymogi te są ustalone na wyższym pułapie.

Wobec powyższego Izba nie uwzględniła wskazanych wyżej zarzutów.

W ocenie Izby również nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia w sprawie wykazu dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...) polegającego na zaniechaniu postawienia warunku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec inspektorów nadzoru ds. drogowych, inspektorów drogowych ds. obiektów inżynierskich, inspektorów nadzoru robót ogólnobudowlanych, inspektorów nadzoru robót gazowych, inspektorów nadzoru robót wod.-kan, inspektorów nadzoru robót elektrycznych i elektroenergetycznych, inspektorów nadzoru robót telekomunikacyjnych oraz inspektorów nadzoru robót geodezyjnych.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał przedstawienia wykazu osób biorących udział w wykonywaniu zamówienia oraz dokumentów stwierdzających, że osoby te posiadają wymagane uprawnienia w stosunku do kluczowych ekspertów, którzy będą odgrywać zasadniczą rolę w realizacji kontraktów.

W ocenie Izby zamawiający uczynił zadość przepisom ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) żądając wykazu i przedstawienia uprawnień dotyczących jedynie kluczowych ekspertów Ponadto przy tak złożonym oraz skomplikowanym przedsięwzięciu żądanie przedstawienia wykazu wszystkich osób uczestniczących w jego realizacji wraz z ich uprawnieniami byłoby nadmiernie utrudnione. Osób tych jest bowiem kilkadziesiąt, a ponadto nie uczestniczą one w całym procesie realizacji inwestycji.

Wobec stwierdzenia braku naruszenia przepisów ustawy Pzp, również zarzut naruszenia art. 35 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i 354 Kodeksu cywilnego polegającego na niedoprecyzowaniu pojęcia „dniówka” oraz dopuszczeniu możliwości decydowania przez koordynatora kontraktów o liczbie dni i pracy personelu konsultanta na poszczególnych etapach realizacji usługi.

W ocenie Izby pojęcie „dniówka” jest sprecyzowane w sposób wyczerpujący. Zamawiający wskazał bowiem, że użyte w Formularzu cenowym pojęcie „dniówka” oznacza jedną dobę, w ciągu której poszczególni pracownicy wykonawcy wykonają prace niezbędne

do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie.

Realizacja kontraktu na roboty budowlane polega również na tym, iż w razie konieczności roboty te mogą być prowadzone przez całą dobę. Umowa na zarządzanie kontraktem ma natomiast charakter wtórny wobec kontraktu na roboty budowlane i siłą rzeczy musi być do niej dostosowana. Zamawiający ma prawo sformułować warunki wykonywania umowy na zarządzanie kontraktem w sposób adekwatny do realizacji umowy głównej, z uwzględnieniem zmiennej ilości godzin pracy w ciągu doby, wykonawcy zaś muszą skalkulować cenę oferty biorąc pod uwagę specyfikę kontraktu na roboty budowlane. Nie do pomyślenia jest bowiem sytuacja, w której warunki realizacji obu umów (nadzoru oraz robót budowlanych) nie są względem siebie kompatybilne, jeśli chodzi o godziny pracy.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisów art. 353¹ oraz art. 354 K.c. polegającego na zastrzeżeniu prawa zamawiającego do jednostronnego określenia zakresu dniówki na etapie realizacji umowy. W ocenie Izby tak sformułowane zastrzeżenie nie świadczy w żaden sposób o naruszeniu określonego w art. 353¹ K.c. ograniczenia treści umowy z uwagi na zasady współżycia społecznego, jak to podnosi odwołujący się. Zamawiający ma prawo oczekiwać sprawnego zarządzania i skutecznego nadzoru inwestorskiego nad budową autostrady i w tym celu precyzuje warunki realizacji kontraktu na poziomie gwarantującym właściwe jego wykonanie. Wyższe wymagania zamawiającego względem wykonawcy realizującego kontrakt w żaden sposób nie stanowią o naruszeniu reguł moralnych, a takimi są zasady współżycia społecznego.

Nietrafiony jest również zarzut naruszenia art. 354 K.c. Przepis ten dotyczy bowiem etapu wykonywania zobowiązania i nie może mieć zastosowania w sytuacji, gdy do zawarcia umowy jeszcze nie doszło.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*