

Sygn. akt KIO/UZP 607/09

WYROK
z dnia 27 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska–Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54–517 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, ul. Odrodzenia 26, 59–300 Lubin** protestu z dnia 16 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia w zakresie dotyczącym kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, ul. Odrodzenia 26, 59–300 Lubin i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54–517 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, ul. Odrodzenia 26, 59–300 Lubin** na rzecz **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54–517 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BERGER BAU Polska Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54–517 Wrocław.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę dróg powiatowych nr 1230D ul. Piłsudskiego i nr 1190D ul. Leśna w Lubinie.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) - zwanej dalej ustawą pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.04.2009 r., numer 2009/ S 64-091898.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia – zwana dalej siwz, została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 2.04.2009 roku.

Pismem z dnia 15.04.2009 roku, Odwołujący – Berger Bau Polska Sp. z o.o. wniósł protest na postanowienia siwz i ogłoszenia

Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 i ust 1 ustawy pzp – przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz oderwany od przedmiotu zamówienia i niejednoznaczny, podniósł, że Zamawiający konkretyzując warunki udziału w postępowaniu winien odnieść je do zakresu, objętego zamówieniem, warunki udziału w postępowaniu winny być zatem adekwatne do przedmiotu

zamówienia i nie można ich określać w dowolny sposób. Odwołujący powołał się na literaturę w tym zakresie i orzeczenia KIO z dnia 19 maja 2008 roku KIO/UZP 428/08 oraz z dnia 29 maja 2008 roku KIO/UZP 469/08, w którym Izba odwołała się także do dyrektywy 2004/18/WE, gdzie wskazano na konieczność określania warunków udziału w sposób proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do konkretnych warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał na:

1. rozdz. IV punkt 3 siwz, gdzie Zamawiający określił wymóg wykazania się realizacją w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania zamówienia lub zamówień polegającego na remoncie, przebudowie lub budowie dróg nawierzchnią bitumiczną wraz z infrastrukturą towarzyszącą podaną w przedmiocie zamówienia o łącznej długości ponad 20 km.

W ocenie Odwołującego użycie sformułowania „wraz z infrastrukturą towarzyszącą podaną w przedmiocie zamówienia” w rozdz. IV punkt 3 siwz, oznacza, że wymagane doświadczenie ma być doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia, co stanowi warunek nadmiernie ograniczający konkurencję. Pojęcie to jest niejednoznaczne, a zakres infrastruktury towarzyszącej jest w każdym zamówieniu różny, zatem nie można oczekiwać od wykonawcy, że wykaże się realizacją zamówienia w 100% identycznego. Ponadto okoliczność ta nie może zostać sprawdzona przez Zamawiającego przez analizę referencji i danych wpisanych w wykazach, gdyż informacje w nich zawarte ograniczają się do podania ogólnego charakteru inwestycji i jej należytego wykonania.

Odwołujący podniósł, że konieczność wykazania się budową drogi o nawierzchni bitumicznej o łącznej długości 20 km jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi o łącznej długości ok. 2,11 km.

Zamawiający wskazał, na konieczność modyfikacji warunku rozdz. IV punkt 3 siwz, przez wykreślenie sformułowania „wraz z infrastrukturą towarzyszącą” oraz zmodyfikowaniu jego treści w ten sposób, aby wymagano doświadczenia polegającego na remoncie, przebudowie lub budowie dróg z nawierzchnią bitumiczną o łącznej długości ponad 2 km.

2. rozdz. IV punkt 4 siwz, gdzie Zamawiający określił wymóg, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował wytwórnią mas bitumicznych o wydajności co najmniej 100Mg/godz. zlokalizowaną w odległości do 50 km, jadąc samochodem od ul. Piłsudskiego w Lubinie. Odwołujący wskazał, że przyjęcie iż wytwórnia masy bitumicznej musi znajdować się w odległości 50km do miejsca wykonywania

zamówienia jest warunkiem arbitralnym, nie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia i nie znajdującym oparcia w normach technicznych. Z doświadczenia i wiedzy Odwołującego wynika, że zlokalizowanie wytwórni masy bitumicznej w odległości 50 km, a nie np. 60 czy 70 km od miejsca budowy nie gwarantuje, że masa bitumiczna będzie należytej jakości. Na tą okoliczność Odwołujący załączył Polską Normę PN- S- 96025:2000 „drogi samochodowe i lotniskowe – nawierzchnie asfaltowe wymagania”, z której wynika iż nie odległość a czas przewozu nie przekraczający 2 godzin oraz temperatura mieszanki w momencie jej wbudowania wpływają na jakość i trwałość. Warunek tak sformułowany uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu, gdyż jego wytwórnia mieszanek bitumicznych znajduje się w odległości 63 km od miejsca budowy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o modyfikację warunku, w ten sposób, aby Zamawiający wymagał posiadania wytwórni masy bitumicznej o wydajności co najmniej 100 Mg/godz. zlokalizowanej w odległości zapewniającej dowóz do miejsca wykonania materiału o należytej jakości zgodnej z normą PN- S- 96025:2000.

3. rozdz. IV punkt 5 tiret czwarty, gdzie Zamawiający określił wymóg, aby wykonawca wykazał się posiadaniem 1 sztuki „skraparki do bitumu, samochodowej samojezdnej, o pojemności 5000 dcm³”. Odwołujący wniósł o jego modyfikację w ten sposób, aby wykonawcy wykazali się posiadaniem 1 skraparki do bitumu, samochodowej, samojezdnej o pojemności 2000 dm³.

W zakresie projektu umowy, załącznik nr 7 do siwz Odwołujący wskazał na:

1. § 9 ust. 1 projektu umowy, w którym znajduje się stwierdzenie, że „o zakończeniu całości robót Etapu” można mówić jedynie wtedy, gdy dokonany zostanie odbiór przedmiotu umowy przez Zamawiającego bez uwag.
2. § 9 ust. 4 pkt 1 projektu umowy, z którego wynika, że w razie ujawnienia w toku wad, które nadają się do usunięcia Zamawiający może przerwać czynności odbioru i odmówić odbioru do czasu usunięcia wad.
3. § 10 ust. 3 projektu umowy, z którego wynika, że podstawą wystawienia faktur przez Wykonawcę będzie bezusterkowy protokół odbioru przejściowego lub końcowego.

W zakresie wyżej wskazanych postanowień projektu umowy Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Wskazał na wyrok SN z dnia 22.06.2007 sygn. akt V CSK 99/07. Odwołujący wniósł o usunięcie z postanowienia § 9 ust. 1 projektu umowy określenia „ bez uwag” oraz usunięcie z postanowienia § 10 ust. 3 projektu umowy określenia „bezusterkowy” a

także usunięcie całego zapisu § 9 ust. 4 pkt 1 projektu umowy lub doprecyzowanie, że w przypadku o którym mowa we wskazanym zapisie Zamawiający winien wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin do usunięcia wad.

Zamawiający pismem dnia 24.04.2009 roku, protest rozstrzygnął w następujący sposób: uwzględnił zarzuty w zakresie warunku z rozdz. IV punkt 5 tiret czwarty oraz postanowień § 9 ust. 1 i ust. 4 pkt 1 oraz § 10 ust. 3 projektu umowy i poinformował o dokonanych w tym zakresie zmianach siwz:

1. rozdz. IV punkt 5 tiret czwarty – wielkość 5000 dcm³ zastępuje się wielkością 2000 dmc³.
2. § 9 ust. 1 projektu umowy – skreśla się słowa „bez uwag”.
3. § 10 ust. 3 projektu umowy – skreśla się słowo „bezusterkowy”
4. § 9 ust. 4 pkt 1 – dotychczasową treść zastąpiono treścią „jeżeli wady są tego rodzaju, że bez ich usunięcia nie można prawidłowo lub w całości korzystać z przedmiotu umowy będącego przedmiotem odbioru, Zamawiający może przerwać czynności odbioru i odmówić odbioru do czasu usunięcia stwierdzonych wad.”

W pozostałej części Zamawiający protest oddalił. Odnosząc się do warunku wymaganego doświadczenia, określonego w rozdz. IV pkt 3 siwz, stwierdził, że nie można uznać, że żąda wykazania się zamówieniami tożsamymi, bowiem oprócz przebudowy dróg w siwz dopuszcza również budowy, remonty dróg. W określeniu „infrastruktura towarzysząca” nie ma znaczenia ilość, a jedynie sam fakt występowania wymienionych w przedmiocie zamówień typów infrastruktury. Zamawiający wskazał, że długość drogi będącej przedmiotem zamówienia wynosi 6,15 km długości. Zatem wymóg, aby wykonawca wykazał się realizacją zamówienia o łącznej długości jezdni ponad 20 km w ciągu ostatnich 5 lat nie jest zawyżony, bo Zamawiający wymaga przeciętnie wykonania robót na 4 km dróg rocznie.

W zakresie warunku z rozdz. IV pkt 4 siwz, co do konieczności dysponowania wytwórnią masy bitumicznej w odległości 50km do miejsca wykonywania zamówienia, Zamawiający wskazał, że w promieniu 50km od miejsca lokalizacji znajduje się kilka wytwórni mas bitumicznych, co zapewnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie. Odległość jest ustalana z powodu konieczności zapewnienia najlepszych parametrów technicznych do wykonywania warstw bitumicznych, które muszą mieć odpowiednią temperaturę.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 4.05.2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty dotyczące: określenia warunków udziału w postępowaniu w rozdz. IV pkt 3 siwz

(wymagane doświadczenie), w rozdz. IV pkt 4 siwz (dysponowanie wytwórnią mas bitumicznych w odległości max. 50 km) oraz w zakresie dokonanej modyfikacji projektu umowy.

Odwolujący wniósł o nakazanie dokonania modyfikacji zapisów siwz w zaskarżonym zakresie.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdz. IV punkt 3 siwz, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał niezbędną wiedzę i doświadczenie w realizacji zadań o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu zamówienia, tj. wykaże realizację w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, realizację (zakończoną) zamówienia lub zamówień polegającego na remoncie, przebudowie lub budowie dróg nawierzchnią bitumiczną wraz z infrastrukturą towarzyszącą podaną w przedmiocie zamówienia o łącznej długości ponad 20 km.

W rozdz. IV pkt 4 siwz, Zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewnił, że dysponuje lub będzie dysponował wytwórnią mas bitumicznych o wydajności co najmniej 100 Mg/ godz. zlokalizowaną w odległości do 50 km jadąc samochodem od ul. Piłsudskiego w Lubinie.

§ 9 ust. 1 lit d. projektu umowy po jego modyfikacji, dokonanej w wyniku uwzględnienia protestu otrzymał brzmienie:

„ Przez termin zakończenie całości robót Etapu należy rozumieć:

d. dokonanie odbioru przedmiotu umowy przez Zamawiającego”

§ 10 ust. 3 projektu umowy po jego modyfikacji, dokonanej w wyniku uwzględnienia protestu otrzymał brzmienie:

„ Podstawą wystawienia faktur przez Wykonawcę będzie protokół odbioru przejściowego lub końcowego odbioru robót podpisany przez upoważnionych przedstawicieli stron wraz z załącznikami”

Z kolei § 9 ust. 4 projektu umowy, po jego modyfikacji dokonanej w wyniku uwzględnienia protestu otrzymał brzmienie:

„Jeśli w trakcie czynności odbiorowych zostanie ujawnione, iż przedmiot umowy nie został wykonany zgodnie z zapisami ust. 2 lub ujawniono, iż przedmiot umowy posiada wady, w przypadku takim Zamawiający może:

1. jeżeli wady są tego rodzaju, że bez ich usunięcia nie można prawidłowo lub w całości korzystać z przedmiotu umowy będącego przedmiotem odbioru, Zamawiający może przerwać czynności odbioru i odmówić odbioru do czasu usunięcia stwierdzonych wad.
2. jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:
 - a. jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie,
 - b. jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może żądać ponownego wykonania przedmiotu zamówienia zachowując prawo domagania się do Wykonawcy naprawienia szkód powstałych na skutek opóźnienia.”

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem kwestionuje postanowienia siwz, które w jego ocenie utrudniają lub uniemożliwiają mu udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie wymaganego warunku doświadczenia, określonego w rozdz. IV pkt 3 siwz, w ocenie Izby, zasadnym jest zarzut Odwołującego co do braku precyzyjnego określenia pojęcia „infrastruktura towarzysząca”, użytego w treści tego warunku. Warunki udziału w postępowaniu winny być sformułowane w sposób jasny, klarowny i nie powinny budzić wątpliwości i dowolności interpretacyjnych. Określenia w nich użyte winny być na tyle jasne, aby wykonawcy zamierzający przystąpić do udziału w postępowaniu wiedzieli czy są w stanie spełnić postawiony przez Zamawiającego warunek.

Stąd, w ocenie Izby, istnieje konieczność doprecyzowania użytego w treści warunku określenia „infrastruktura towarzysząca podana w przedmiocie zamówienia” i ujęcia zakresu robót dotyczącego infrastruktury towarzyszącej wprost w treści warunku. Jest to tym bardziej uzasadnione, że brak również jasnego odesłania wprost do wskazanego przez Zamawiającego w rozdziale II. 1 zakresu objętego przedmiotem zamówienia. Ponadto z

treści siwz nie wynika również okoliczność podnoszona przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie winien legitymować się realizacją pełnego zakresu, wchodzącego w skład infrastruktury towarzyszącej, wymienionej w rozdziale II.1 opisu przedmiotu zamówienia tj. przebudową jezdni, chodników, ścieżek rowerowych, zatok autobusowych, kanalizacji deszczowej, oświetlenia drogowego oraz usunięcie kolizji z infrastrukturą w tym wodociąg i kanalizacja sanitarna.

W ocenie Izby, za nadmierne i zbyt wygórowane, należy uznać, żądanie wykazania się przez Wykonawców pełnym zakresem robót, wchodzących w skład infrastruktury towarzyszącej podanej w przedmiocie zamówienia i wymienionej w rozdziale II.1 opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy istotą tego zamówienia jest wykonanie przebudowy dróg powiatowych.

Zdaniem Izby, za wystarczające dla wyłonienia wykonawcy, dającego gwarancje należytego wykonania zamówienia, należy uznać wykazanie się zamówieniami polegającymi na remoncie, przebudowie lub budowie dróg z nawierzchnią bitumiczną wraz z podstawową infrastrukturą towarzyszącą, która niekoniecznie musi być w całości identyczna (tożsama) z infrastrukturą, ujętą w przedmiocie rozpatrywanego postępowania.

W zakres zasadniczej infrastruktury towarzyszącej przebudowie, remontowi czy budowie dróg powiatowych wchodzi roboty polegające na wykonaniu robót związanych z przebudową jezdni, chodników, kanalizacji deszczowej, oświetlenia drogowego, kanalizacji sanitarnej i jest to, w ocenie Izby, zakres wystarczający dla wykazania się należytych doświadczeniem.

Za nieuzasadniony, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia Izba uznała również wymóg dotyczący wykazania się realizacją polegającą na remoncie, przebudowie lub budowie dróg o łącznej długości ponad 20 km.

Ocenę zasadności określenia warunków udziału w postępowaniu i ich zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania, należy rozpatrywać w kontekście ich adekwatności do przedmiotu zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu musi z jednej strony zapewnić wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, a z drugiej nie może mieć dyskryminującego charakteru i nie może prowadzić do faworyzowania jednych i dyskryminacji innych wykonawców.

Zgodnie z treścią ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przy czym ustawodawca nie określił co rozumie pod pojęciem „niezbędne”. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że określenie warunków udziału w postępowaniu zależy od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości czy umiejętności specjalnych i jest konkretyzowane przez zamawiających w poszczególnych postępowaniach. Zatem warunki

udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzaju przedmiotowi zamówienia, objętego postępowaniem.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego długość odcinka objętego przedmiotowym zamówieniem wynosi 6,15 km, zatem wykazanie się nawet kilkoma zamówieniami, które mają obejmować łącznie ponad 20 km jezdni pozostaje nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, gdyż wymagane długości jezdni ponad trzykrotnie przewyższające długość odcinka, będącego przedmiotem zamówienia należy uznać za nadmierne. Ponadto wobec tego, że Zamawiający w kwestionowanym warunku dopuszcza wykazanie się przez Wykonawców większą ilością zamówień, które dotyczyły mniejszych odcinków dróg (nawet 1km) przy czym istotne jest aby łącznie obejmowały one długość ponad 20km to potencjalnie możliwe jest spełnienie tego warunku przez wykonawców, którzy nie będą w stanie wykonać należycie przedmiotu zamówienia. Celem warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie wyłonienia wykonawcy, mogącego zrealizować należycie zamówienie, czyli takiego który wykaże się realizacją zamówień o podobnym co do złożoności i wielkości charakterze co przedmiot zamówienia.

W zakresie warunku, określonego w rozdz. IV pkt 4 siwz, polegającego na wykazaniu się dysponowaniem wytwórnią mas bitumicznych w odległości nie większej niż 50 km do miejsca realizacji zamówienia, Izba uwzględniła zarzut Odwołującego w tym zakresie.

W świetle przedłożonej przez Odwołującego normy PN - S - 96025:2000 „drogi samochodowe i lotniskowe – nawierzchnie asfaltowe wymagania”, z której wynika, iż to nie odległość, a czas przewozu nie przekraczający 2 godzin oraz temperatura mieszanki w momencie jej wbudowania, wpływają na jakość i trwałość nawierzchni, należy uznać, że wymóg aby wykonawca dysponował wytwórnią mas bitumicznych w odległości nie większej niż 50 km, jest zbyt wygórowany i wykracza poza wymogi wskazane w przywołanej normie. Zakładając bowiem, że samochód z masą bitumiczną porusza się ze średnią prędkością 50 km/ h to przy wymaganej przez Zamawiającego odległości 50km, czas przewozu wyniósłby ok. 1 godzinę. Zamawiający oświadczył również, że w jego ocenie czas konieczny na czynności rozładunku i załadunku wynosi ok. 30 min. Zatem wymagana maksymalna odległość wytwórni masy bitumicznej od miejsca wykonania zamówienia jest zbyt wygórowana, bowiem przy przyjęciu powyższych ustaleń zapewnia dowóz wraz z załadunkiem i rozładunkiem masy bitumicznej w czasie ok. 1,30 min, a zatem krótszym niż określony w normie PN - S- 96025:2000.

Zatem w ocenie Izby, zasadnym jest zarzut Odwołującego co do określenia tego wymogu w sposób zbyt wygórowany i nieuzasadniony rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe koniecznym jest dokonanie modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. IV pkt 4 siwz w ten sposób, aby w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponowali wytwórnią mas

bitumicznych o wydajności 100 Mg/h z dowozem gwarantującym uzyskanie odpowiednich parametrów materiału określonych w normie PN - S- 96025:2000.

Potwierdzeniem spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie Wykonawcy.

Izba oddaliła zarzut Odwołującego dotyczący zmodyfikowanych postanowień projektu umowy. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że samo stwierdzenie istnienia wad przy odbiorze nie może powodować odmowy odbioru wykonanych robót. Wykonanie robót z wadami (usterkami) może oznaczać bowiem niewykonanie w ogólności robót lub nienależyte wykonanie robót. Stąd znaczenie ma rozróżnienie wad istotnych i nieistotnych. Wady nieistotne oznaczają wykonanie zamówienia w sposób nienależyty co do jakości, ale nie mogą powodować odmowy odbioru robót. Wady istotne to takie, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do użytku lub wyraźnie sprzeciwiają się umowie, w przypadku takich wad inwestor ma prawo odmówić czynności odbioru robót.

W § 9 ust. 4 projektu umowy, po jego modyfikacji Zamawiający dopuścił możliwość przerwania czynności odbioru i odmowy odbioru do czasu usunięcia stwierdzonych wad, ale wyłącznie w sytuacji, jeżeli ujawnione wady są tego rodzaju, że bez ich usunięcia nie można prawidłowo lub w całości korzystać z przedmiotu umowy będącego przedmiotem odbioru. W ocenie Izby, zmodyfikowana treść § 9 ust. 4 projektu umowy odnosi się wyłącznie do wad istotnych, a zatem takich które uniemożliwiają normalne korzystanie z przedmiotu umowy lub wyłączają normalne jego wykorzystanie.

Izba nie uznała także zarzutu Odwołującego co do sprzeczności w określeniu rodzaju wad w § 9 ust. 4 oraz § 9 ust. 4 pkt 2 lit b. W § 9 ust. 4 projektu umowy odnosi się do wad usuwalnych i istotnych i daje prawo Zamawiającemu przerwania czynności odbioru lub odmowy odbioru, zaś postanowienie z § 9 ust. 4 pkt 2 lit b projektu umowy odnosi się do wad, które nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem, dając prawo Zamawiającemu żądania ponownego wykonania przedmiotu umowy z zachowaniem prawa do domagania się naprawienia szkód na skutek opóźnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 i ust 1 ustawy pzp i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści warunków udziału w postępowaniu we wskazanym w uzasadnieniu zakresie.

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*