

Sygn. akt: KIO 2336/13

WYROK

z dnia 16 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2013 r. przez **wykonawcę Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, wykreślenie z postanowień pkt 7.2.2) oraz 8.1.2 Rozdziału pierwszego Instrukcji dla wykonawców Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postanowień dotyczących możliwości weryfikacji podmiotów trzecich w sytuacji polegania na ich potencjale przez wykonawcę w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz usunięcia analogicznych zapisów zawartych w treści ogłoszeniu o zamówieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok** na rzecz wykonawcy **Energopol-Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** kwotę: **24 577 zł 14 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysięcy pięćset siedemdziesiąt siedem złotych czternaście groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Budowę Obwodnicy w miejscowości Szczuczyn w ciągu drogi ekspresowej S-61 od s-8 (Ostrów Mazowiecka) – Łomża – Stawiska – Szczucin – Elk – Suwałki – Budzisko – Granica Państwa (Kowno), na odcinku od km 197 + 550 do km 205 + 557 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 września 2013 r. pod nr 2013/S 184-316910.

W postępowaniu tym wykonawca Energopol-Szczecin S.A. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 1 października 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), które zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego oraz w oficjalnym publikatorze (Dz. U. UE) w dniu 21 września 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania zamieścił na stronie internetowej w dniu 2 października 2013 r. W dniu 7 października 2013 r. do Prezesa Izby na piśmie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego dokonane przez wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 16 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5, 353 (1) i 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez

ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w związku z postanowieniami SIWZ, które w subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu nakładają na wykonawców przed rozpoczęciem robót budowlanych obowiązek dokonania poświadczenia inwentaryzacji (chodzi o inwentaryzację fotograficzną i opisową obiektów budowlanych na terenach przyległych, objętych oddziaływaniem inwestycji, dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych) protokołem przez wykonawcę, Inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub urządzeń budowlanych. Ponadto wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres Robót. Jednocześnie wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu (Subklauzula 4.13 Warunków Szczególnych Kontraktu);

- 2) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 5, 353 (1), 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w związku z przerzuceniem na wykonawcę kosztów zapewnienia dojazdu oraz kosztów jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości ubiegania się przez

wykonawcę o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zapłatę dodatkowego Kosztu z tym związanego (Subklauzula 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu);

- 3) art. 22 ust. 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1 pkt 1 art. 26 ust. 2b, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, § 1 ust. 4, § 1 ust. 6 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), poprzez wprowadzenie postanowień, na podstawie których w ramach sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający jest uprawniony w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia - do badania należytego wykonanie zadań (tj. pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach których wykonywana była:
1. budowa lub przebudowa dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 100.000.000 PLN brutto,
 2. budowa lub przebudowa obiektu inżynierskiego (most, wiadukt, estakada) o dowolnej konstrukcji, obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła minimum 25 m
- przez podmioty udostępniające wykonawcy swój potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia, i co się z tym wiąże obowiązek wykazania w wykazie Części B wszystkich zadań wykonanych (zakończonych), oraz niewykonanych lub wykonanych nienależycie przez te podmioty (pkt 7.2. ppkt 2) lit. b), oraz pkt 8.1.2. SIWZ, pkt III.2.3) Ogłoszenia o zamówieniu).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu, aby ten usunął w Subklauzuli 4.13 Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia, które nakładają na wykonawcę obowiązek poświadczenia przed rozpoczęciem robót dokonanej inwentaryzacji przez gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych, oraz aby Zamawiający na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.13., dodał następujący fragment o treści: „*nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany lub uległ przedłużeniu z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy*”;
- 2) nakazanie Zamawiającemu, aby ten na końcu ostatniego zdania Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu, dodał następujący fragment: „*nie dotyczy to*

przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany lub został on wydłużony z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy”;

- 3) nakazanie Zamawiającemu, aby ograniczył on badanie opisanego w pkt 7.2. ppkt 2) lit. b SIWZ oraz III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu - należytego wykonania zadań w kontekście: rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia przy ich realizacji, tylko i wyłącznie do wykonawcy, z wyłączeniem podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, i co się z tym wiąże wyłączył obowiązek wskazania w wykazie Części B wszystkich zadań wykonanych (zakończonych) oraz niewykonanych lub wykonanych nienależycie przez te podmioty

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 4) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie; oraz
- 5) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania co do pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, że obowiązek nałożony na wykonawców w Subklauzuli 4.13. Warunków Szczególnych Kontraktu należy uznać za zbyt daleko idący, który jest obciążony pewnym ryzykiem, którego nie da się wyszacować przy kalkulowaniu ceny oferty. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający wyłącza możliwość ubiegania się przez wykonawcę o Przedłużenie Czasu na Ukończenie, czy też dodatkowych Kosztów z tym związanych, a skoro podmioty, od których istnieje obowiązek uzyskania poświadczeń, nie są w żaden sposób uzależnione od wykonawcy, wykonawca może mieć problem z wypełnieniem tego zobowiązania. Według Odwołującego obowiązek taki nie powinien być na wykonawców nakładany, ewentualnie wykonawca powinien mieć możliwość wystąpienia z roszczeniem o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub zapłaty dodatkowego Kosztu z tego tytułu. Podkreślił też, że Zamawiający w Subklauzuli 4.13. przerzucił w nieuzasadniony sposób całkowity koszt utrzymania istniejącego stałego dostępu do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót, jednocześnie wyłączając możliwość występowania z jakimkolwiek roszczeniem dot. Przedłużenia Czasu na Ukończenie, czy też zapłaty dodatkowego Kosztu z tego tytułu. Przy takiej treści postanowienia SIWZ, wykonawca – według Odwołującego - musiałby już w ofercie skalkulować sobie również ewentualne przesunięcie Czasu na Ukończenie, zaś do przesunięcia, czy też do niedotrzymania tego terminu może dojść z przyczyn zupełnie niezależnych od wykonawcy (najczęściej dotyczy to wadliwej dokumentacji projektowej). Takiego ryzyka – zdaniem Odwołującego - wykonawca nie jest w stanie oszacować i należycie skalkulować w swojej ofercie, dlatego też w takiej

sytuacji winien mieć możliwość ubiegania się w szczególności o zapłatę dodatkowego kosztu z tego tytułu, w sytuacjach gdy niedotrzymanie Czasu na Ukończenie lub jego przesunięcie nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 411/13) oraz z dnia 24 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 1083/13).

Co do drugiego zarzutu Odwołujący podniósł, iż przerzucenie na wykonawców w Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu określonych obowiązków i całkowitej odpowiedzialności poprzez wyraźne wskazanie, że wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu, również w sytuacji przekroczenia umówionego Czasu na Ukończenie w sytuacji, gdy doszło do tego przekroczenia z przyczyn niezależnych od wykonawcy (np. wadliwa dokumentacja projektowa) jest nieuzasadnione. Zwrócił uwagę, że wykonawca oczywiście może ponosić odpowiedzialność za swoje zachowania, natomiast nie może ponosić odpowiedzialności za zachowania innych podmiotów, od niego niezależnych i przy takich postanowieniach kontraktu musiałby wliczyć w cenę oferty takie koszty, albowiem pozbawia się go możliwości ubiegania się o nie, co nie jest możliwe do wyliczenia. Według Odwołującego zasadnym jest, aby dopisać w ostatnim zdaniu Subklauzuli 4.14. Warunków Szczególnych Kontraktu, że nie dotyczy to ewentualnego niedotrzymania Czasu na Ukończenie lub jego przesunięcia z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 24 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 1083/13).

Co do trzeciego zarzutu Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dokonując opisu weryfikacji wykonawców pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wskazał, że powyższe będzie również dotyczyć weryfikacji podmiotów trzecich, jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym zakresie w pkt 8.1.2. Zamawiający SIWZ zażądał wykazu wszystkich zadanie wykonanych (zakończonych) oraz niewykonanych lub wykonanych nienależycie przez te podmioty, o ile podmiot ten wykonywał takie roboty zgodnie z wymaganiami określonymi w opisie warunku. Odwołujący podkreślił, że żaden z przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie upoważnia Zamawiającego do takiego opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przyznał, że ustawodawca poprzez dodanie przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, przyznał zamawiającym możliwość badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia pod kątem jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, wskazując na weryfikację opierającą się nie tylko na pozytywnym (na zasadzie spełnia/nie spełnia) wykazaniu się w realizacji danego zadania, powyższe jednak odnosi się tylko i wyłącznie do wykonawcy, a nie podmiotu trzeciego.

Przywołał też przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, które – jego zdaniem - nie dają Zamawiającemu prawa do domagania się od wykonawcy również wykazania wszystkich robót wykonanych, niewykonanych lub wykonanych nienależycie przez podmiot trzeci i tym samym oceny tego podmiotu przez pryzmat rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Co do § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazał, że ustawodawca przyznał zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawców wskazania robót budowlanych wykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wyłącznie wykonawcy. W jego ocenie gdyby ustawodawca chciał odmiennie uregulować kwestię podmiotów trzecich, to wskazałby to wyraźnie poprzez stworzenie odpowiedniej normy prawnej. Jego zdaniem ustawodawca zarówno w ustawie Pzp, jak i w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, nie wskazał, że badanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia może dotyczyć również podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W treści rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca wskazał natomiast, jakich dokumentów może żądać Zamawiający od podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z kolei w przepisie § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, ustawodawca wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w ust 1-3 paragrafu 3. Wykaz robót budowlanych, jest z kolei wymieniony w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe przepisy – zdaniem Odwołującego - wskazują, że Zamawiający ma prawo żądać od podmiotu trzeciego tylko i wyłącznie dokumentów: po pierwsze mających udowodnić rzeczywistą dostępność danego potencjału

(§ 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów), po drugie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania (§ 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów). Tym samym żądanie przez Zamawiającego dokumentów ponad te, na które pozwalają przepisy, jak również dokonywanie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, poprzez badanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia również podmiotów udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – zdaniem Odwołującego - należy uznać za działanie bezprawne, naruszające wymienione wyżej przepisy.

Odwołujący podkreślił, że podniesione przez niego zarzuty odwołania mają wpływ na wynik postępowania, albowiem mogą one wpłynąć na decyzję wykonawców dotyczącą tego, czy warto przy tak jednostronnie opisanych warunkach składać ofertę, z uwagi na ryzyko jakim zostaje obciążony wykonawca. Na potwierdzenie powyższego powołał się na wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt: KIO 411/13).

W toku rozprawy przed Izłą Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania, wskazując dodatkowo, iż satysfakcjonująca jest dla niego częściowa modyfikacja Subklauzuli nr 4.13 dokonana przez Zamawiającego w dniu 14 października 2013 r.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie zawartą w piśmie z dnia 15 października 2013 r., w której wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści pisma.

Co do pierwszego zarzutu podkreślił, iż dokonał zmiany treści SIWZ w określony sposób. Powyższe – jego zdaniem – wskazuje na nieaktualny zarzut Odwołującego w zakresie uzyskiwania poświadczeń od gestorów lub zarządców dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych pod protokołem z inwentaryzacji, o której mowa w Subklauzuli 4.13. Jednocześnie też Zamawiający wskazał, że nie uwzględnia zarzutu dotyczącego nałożonego na wykonawcę obowiązku utrzymania na własny koszt stałego dostępu do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres Robót z jednoczesnym wyłączeniem możliwości występowania z jakimkolwiek roszczeniem dot. Przedłużenia Czasu na Ukończenie czy też zapłaty dodatkowego Kosztu z tego tytułu. W ocenie Zamawiającego żadne przepisy nie zakazują mu jako działającemu w granicach zasady swobody umów, wymagania od swoich kontrahentów obowiązku utrzymania dostępu do ww. nieruchomości. Sprawą wykonawcy pozostaje natomiast, w jaki sposób ten obowiązek wypełni. Zamawiający zauważył też, że zawarty w ostatnim akapicie

Subklauzuli 4.13 zapis nie umniejsza prawa wykonawcy do dochodzenia zwrotu kosztu w oparciu o poszczególne Subklauzule Warunków Kontraktu, zgodnie z definicją zawartą w Subklauzuli 1.1.4.3, w związku z utrzymaniem dostępu do nieruchomości w przedłużonym Czasie na Ukończenie, o ile w Subklauzuli, w oparciu o którą zostanie przyznane wykonawcy przedłużenie Czasu na Ukończenie przewidziano również płatność za jakikolwiek koszt w związku z wystąpieniem konkretnej przyczyny. Zamawiający odniósł się również do proponowanego w ramach żądań odwołania zapisu Odwołującego, który – zdaniem Zamawiającego - jest nieprecyzyjny, ponieważ nie zostało dookreślone, jakich przypadków dotyczy sformułowanie „*nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany*”. Według Zamawiającego przyjęcie zapisu we wnoszonej formie pozbawia sensu cały akapit, ponieważ każdy wskazany przez wykonawcę przypadek (również zależny od wykonawcy) podważałby generalną zasadę wprowadzoną w niniejszym akapicie. Natomiast wprowadzenie drugiej części wnoszonego przez Odwołującego zdania, cyt.: „*lub uległ przedłużeniu z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy*” zdaniem Zamawiającego jest niezasadne, ponieważ każde przedłużenie Czasu na Ukończenie może zostać przyznane tylko i wyłącznie z powodu wystąpienia przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Co do drugiego zarzutu Zamawiający podniósł, że wykonawca nie jest obciążony nadmiernym ryzykiem niedoszacowania oferty związanym z ponoszeniem kosztów zapewnienia dojazdu do drogi publicznej oraz kosztów jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości. Zwrócił uwagę, że w myśl Subklauzuli 17.3 (g) to Zamawiający odpowiada za zagrożenia związane z projektowaniem robót, zaś zgodnie z Subklauzulą 17.4 wykonawca, gdy poniesie stratę lub szkodę w Robotach, Dobrach lub Dokumentach, a także gdy dozna opóźnienia lub poniesie koszt z tytułu naprawienia straty lub szkody, będzie uprawniony do przedłużenia Czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu. Podtrzymał swoją argumentację co do analogicznej kwestii związanej z proponowanym przez Odwołującego dopiskiem: „*nie dotyczy to przypadków, gdy Czas na Ukończenie nie mógł zostać dochowany*”, jak i „*lub uległ przedłużeniu z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy*”. Zamawiający podkreślił również, że za organizację robót i koordynację wszystkich działań na placu budowy i poza nim, które są niezbędne do wykonania przedmiotu umowy jest odpowiedzialny wykonawca i przede wszystkim od jego działań, tj. opracowanego harmonogramu, przyjętych założeń organizacji pracy oraz zarządzania i koordynacji, zależy w jakim stopniu (zakresie) i w jakim czasie wystąpią zakłócenia w rozumieniu Subklauzuli 4.14.

Co do trzeciego zarzutu Zamawiający wskazał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż przepisy ustawy Pzp nie zezwalają na badanie rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na podstawie

art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wskazał, że aktualny stan prawny ustawy Pzp i praktyka stosowania przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zezwala, aby w każdej sytuacji (w odróżnieniu od dyrektywy klasycznej, która odnosi się do stosownej sytuacji) wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jego zdaniem przepisy zezwalają, aby wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zdolność do należytego wykonania zamówienia (w tym doświadczenie w realizacji podobnych zamówień) poprzez zasoby podmiotu trzeciego. Wobec tego – w jego ocenie - nie można wywodzić, iż w świetle uprawnienia wynikającego z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający, badając rzetelność wykonawcy, nie może ocenić czy zasoby, na których wykonawca polega pochodzą od podmiotu rzetelnego czy od podmiotu nie dającego gwarancji należytego wykonania zadań. Wskazał co należy rozumieć pod pojęciem rzetelności, a więc również dotrzymanie wymaganych umową standardów i tym samym dochowanie wymaganej jakości. Zwrócić też uwagę na europejskie normy jakości, które duży nacisk kładą na dobór dostawców i podwykonawców jako niezbędny element systemu nadzoru jakości, przywołując przykładowo w punkcie 7.4.1 normę ISO 9001:2008, która mówi o obowiązku badania tych dostawców, których wyroby mają wpływ na jakość ostatecznego produktu i stanowi, że rodzaj i zakres nadzoru zależy „*od wpływu zakupowanego wyrobu na późniejszą realizację wyrobu lub wyrób finalny*”. Zwracał też uwagę na stanowisko prezentowane w piśmiennictwie (opinia prawna UZP zamieszczona na stronie internetowej UZP), gdzie zwraca się także uwagę, omawiając problematykę przekazywania zasobów na powoływanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, które to elementy stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Do tych składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą *know-how*, tak więc np. renoma przedsiębiorstwa czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Z powyższego wywodzi, że w skład przedsiębiorstwa, z którego zasobów korzysta wykonawca wchodzi i cechy negatywne tego przedsiębiorstwa, takie jak brak renomy, brak, rzetelności i brak efektywności, stąd nie można – jego zdaniem - uznać, że podczas badania rzetelności wykonawcy Zamawiający nie może weryfikować pod tym kątem również

podmiotu, który udostępnia zasoby, niejednokrotnie w znacznym procencie. Według niego takie stanowisko nie stoi w sprzeczności z art. 48 ust. 3 dyrektywy klasycznej odnoszącym się do możliwości polegania na potencjale podmiotów trzecich, a także z art. 48 ust. 2 odnoszącym się do dowodów możliwości technicznych wykonawcy. W ocenie Zamawiającego ani dyrektywa, ani ustawa Pzp nie zakazują, aby wykazy robót budowlanych, dostaw lub usług oraz dowody należytego wykonania zamówienia dotyczyły podmiotu, który udostępnia swoje zasoby. Dodatkowo podkreślił, że ustawa Pzp pozwala na badanie takich podmiotów w zakresie np. nie podlegania wykluczeniu w sytuacji, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Według niego skoro Zamawiający ma prawo badać należyte wykonanie zamówień przez podmiot trzeci, to nie ma przeszkód, aby w stosunku do tego podmiotu badać także nienależyte wykonanie zamówień oraz niewykonanie zamówień, a także z tym związaną rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie tego podmiotu, przy zastrzeżeniu, że będzie to wynikać z postawionych warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu oceny ich dokonywania. Za taką argumentacją – zdaniem Zamawiającego - przemawia fakt, że udostępniane w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a w przypadku wiedzy i doświadczenia nierozdzielnie związanego z przedsiębiorstwem mają decydujący wpływ na prawidłowe wykonanie zamówienia. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że powinny one pochodzić od rzetelnego podmiotu, dającego rękojmię należytego wykonania umowy.

Na marginesie też zwrócił uwagę na to, że zgodnie z art. 429 k.c. na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż dokonał prawidłowego i starannego wyboru podmiotów, którym powierzył wykonanie czynności, co tym samym uprawnia Zamawiającego, aby ustrzec się przed przypisaniem mu winy w wyborze, do dokonania jak najszerszej staranności przy doborze wszystkich osób biorących udział w realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła brak skuteczności zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 8 października 2013 r., zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym Zamawiający zamieścił na stronie internetowej w dniu 2 października 2013 r. Tym samym doszło w tym przypadku do naruszenia terminu do zgłoszenia przystąpienia, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i wykonawca Budimex S.A. nie uzyskał statusu uczestnika tego postępowania odwoławczym.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które – w jego ocenie - ograniczają mu dostęp do niniejszego zamówienia publicznego, wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu na skutek potwierdzenia się jednego z zarzutów tego odwołania, tj. zarzutu nr 3.

Izba ustaliła, że Zamawiający, wszczynając niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego określił w postanowieniach SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu wymogi dotyczące warunków udziału w postępowaniu. W IDW, stanowiącym Tom I SIWZ w pkt 7.2.2) Zamawiający opisał on warunek posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Zamawiający dokona oceny spełnienia przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Zamawiający oceni zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Zamawiający uzna, iż wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia to taki, który:

a) wykaze się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu), w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 1) jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie drogi lub ulicy klasy minimum GP, o wartości robót co najmniej 100.000.000 PLN brutto, oraz
- 2) jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (most, wiadukt, estakada) o dowolnej konstrukcji, obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła minimum 25 m.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie dwóch z powyższych warunków.

b) wykaze się należytych wykonaniem zadań, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach, których wykonywana była:

- 1) budowa lub przebudowa dróg lub ulic klasy min. GP o wartości co najmniej 100.000.000 PLN brutto,
- 2) budowa lub przebudowa obiektu inżynierskiego (most, wiadukt, estakada) o dowolnej konstrukcji, obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła minimum 25 m.

Powyższe dotyczy, również podmiotów trzecich, jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Jako należyte wykonanie zadań, o których mowa j.w. Zamawiający uzna wykazanie się przez Wykonawcę rzetelnością, kwalifikacjami, efektywnością i doświadczeniem przy ich realizacji rozumianą jako:

- a) nie popełnienie przez Wykonawcę przy realizacji każdego z nich poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/II, jako zachowania Wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony;
- b) nie uchybianie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie Wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania rozumianego jako:

- powstanie szkody po stronie zamawiającego, której wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,
- spowodowania powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego. Zamawiający dokona oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w stopni, który podważa zdolność Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.”

Zamawiający wyjaśnia, że będzie dokonywał ww. oceny wykroczeń zawodowych - ze względu na indywidualny charakter każdej z takich decyzji - na podstawie okoliczności faktycznych związanych z sytuacją każdego z Wykonawców, zgodnie z informacjami zawartymi w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Zamawiający nie wykluczy z postępowania Wykonawcy, jeżeli Wykonawca i podmiot trzeci na zasobach, którego ten Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie spełniania warunku określonego w pkt 7.2.2. a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert nie wykonywał robót budowlanych o cechach określonych w pkt 7.2.2. b) i Wykonawca złoży w tym zakresie stosowne oświadczenie.

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadcstwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisania protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnianie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadcstwa Przejęcia (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).

Zamawiający wyjaśnia, że opis sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2. b) jest dodatkowym i niezależnym opisem, od opisu sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2. a).

Opis zamieszczony w pkt 7.2.2. b) dotyczy badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia Wykonawcy w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, i jest dodatkowym badaniem do badania spełnienia minimum określonego w pkt 7.2.2. a).

Zamawiający wyjaśnia, że w ramach opisu sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 7.2.2. b) można się posłużyć doświadczeniem, o którym mowa w pkt 7.2.2. a),

o ile doświadczenie to zostało nabyte w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert.”

Zgodnie z postanowieniami pkt 8.1.2 IDW Zamawiający zażądał przedstawienia na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem rodzajów i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W części B wykazu wykonawca miał przedstawić roboty zgodnie z wymaganiami, określonymi przez Zamawiającego w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. Na podstawie § 1 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów i wykonawca miał obowiązek wykazać w tym wykazie w części B wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane należycie, o których mowa w pkt 7.2.2) lit. b) IDW. Zamawiający wskazał tam też, że jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania robót, o których mowa w pkt 7.2.2) lit a) IDW zobowiązany jest wskazać w zakresie części B wykazu wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty, o ile podmiot ten wykonywał takie roboty zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 7.2.2) lit. b) IDW.

W formularzu 3.2 do IDW określono wzór Wykazu wykonanych robót budowlanych „*Wiedza i doświadczenie*”, gdzie wykonawcy mieli wydzielić określone, wykazywane prace w dwóch częściach A i B. W uwagach do tego formularza wskazano m.in., że w sytuacji gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania robót, o których mowa w pkt 7.2.2) lit. a) IDW, zobowiązany jest wykazać w zakresie części B wykazu wszystkie zadania wykonane (zakończone) oraz niewykonane lub wykonane nienależycie przez te podmioty zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 7.2.2) lit. b) IDW, który na potwierdzenie powyższego wykonawcy mieli złożyć.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przywołane postanowienia SIWZ, wskazujące na możliwość weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazywanego przez wykonawcę w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjału podmiotu trzeciego pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i

doświadczenia tych podmiotów oraz żądania w tym zakresie określonych dokumentów, nie znajdują oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonując opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia skorzystał z możliwości, jaką daje mu art. 22 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp. Przepis ten stosunkowo niedługo obowiązujący w porządku prawnym systemu zamówień publicznych (wprowadziła go ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), której przepisy weszły w życie w dniu 20 lutego 2013 r.) daje podmiotowi zamawiającemu możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Jest to jeden z szeregu przepisów ustawy Pzp, które odnoszą się do oceny podmiotowej wykonawców w postępowaniu, który daje zamawiającemu prawo, a nie obowiązek, opisu warunków udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a więc również co do warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) przez pryzmat rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy. W jaki dokładnie sposób podmioty zamawiające mają tego dokonywać przepisy ustawy Pzp nie precyzują. Praktyka orzecznicza i doświadczenie Izby wskazują też, że dotychczas w stosunkowo w niewielkiej liczbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, niewielu zamawiających korzysta z uprawienia, które daje im art. 22 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający w tym postępowaniu jednak skorzystał z tej możliwości, którą daje mu przywołany przepis ustawy Pzp, wskazując w sposób szczegółowy, że oprócz standardowej procedury badania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia w określonym przez zamawiającego, ograniczonym zakresie tego doświadczenia (warunek opisany w pkt 7.2.2) lit. a) ppkt 1 i 2 IDW) będzie również dokonywał oceny wszystkich wykonywanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zamówień określonego rodzaju (pkt 7.2.2) lit. b) pppkt 1 i 2 IDW).

Powyższe jako takie nie stanowi przedmiotu zaskarżenia przez wykonawcę. Istotą zarzutu odwołania jest wymóg opisany w warunkach SIWZ, że owa rzetelność, kwalifikacja, efektywność i doświadczenie będzie badane wobec innych podmiotów, na których potencjał wykonawca ubiegający się o uzyskanie danego zamówienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, będzie się powoływał przy standardowej weryfikacji spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (pkt 7.2.2) li. a) ppkt 1) i 2) IDW).

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala wykonawcom - jako wyjątek od zasady, iż to oni samodzielnie, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, muszą wykazywać się swoimi zasobami dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – na możliwość posłużenia się w tym celu potencjałem innego podmiotu, który jako taki nie ubiega się wraz z wykonawcą o dane zamówienie publiczne. Możliwy do udostępnienia wykonawcy przez inny podmiot – zgodnie z tym przepisem – jest potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia i zdolności finansowe. Istotne we wskazanej regulacji jest to, że wykonawca musi udowodnić dysponowanie określonym potencjałem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia w okresie korzystania z tego potencjału przy wykonywaniu zamówienia. Jako przykładowy dowód w tym zakresie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje jeden – w praktyce najwcześniej stosowany przez wykonawców dowód – tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania wykonawcy określonego potencjału. Przywołany przepis ustawy Pzp – jak wskazano powyżej – stanowi wyjątek od zasady weryfikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim podmiotowi, który ubiega się o dane zamówienie i z którym w konsekwencji zostanie zawiązany cywilnoprawny stosunek zobowiązaniowy – umowa w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym przepis ten – jako wyjątek od zasady – należy interpretować ściśle. W świetle powyższego posługiwanie się regulacją tego przepisu pozwala jedynie na możliwość, występującą po stronie wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie, wykazywania przez niego potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie określonych zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż art. 22 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp stanowiący o szczególnej procedurze weryfikacji wykonawcy pod kątem jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, odwołuje się wprost do weryfikacji wykonawcy. Jeśliby bowiem ustawodawca zakładał możliwość badania w tym względzie innych podmiotów (tzw. podmiotów trzecich) powyższe założyłby wprost w przywołanej regulacji prawnej ze względu na wyjątkowy charakter potencjału podmiotu trzeciego, który jedynie w szczególnych przypadkach i sytuacjach, ściśle określonych w przepisach ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) może być wykorzystywany, a więc również badany przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca tymczasem w art. 22 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp odniósł możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia jedynie wobec wykonawcy (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp), a więc podmiotu, który ubiega się o dane zamówienie, złożył ofertę w postępowaniu, który ma szansę je uzyskać i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis nie przewiduje zatem możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia, tak co do podmiotów trzecich,

o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, czy choćby wobec ewentualnych podwykonawców, o których mowa w art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Owe wyznaczniki, istotne z punktu widzenia zbadania generalnej kondycji podmiotu, a tym samym zabezpieczenia prawidłowości wykonania zamówienia, mają więc odniesienie – zgodnie z brzmieniem przepisów ustawy Pzp – wprost do podmiotu, który jest odpowiedzialny za realizację zamówienia, z którym zostanie podpisany kontrakt. Badania generalnej kondycji podmiotu trzeciego, który – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – nie zawsze będzie musiał fizycznie brać udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca, z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa jest nieuzasadnione. Można oczywiście rozważyć w sposób teoretyczny, czy niecelowym byłoby w sytuacji, kiedy wykonawca powołuje się w ramach wykazywanego doświadczenia na potencjał podmiotu trzeciego, zweryfikowanie generalnej kondycji podmiotu trzeciego. Powyższe jednak również z uwagi na daleko idące skutki dla podmiotu, z którym zamawiającego nie będzie łączył żaden stosunek prawny, powinno znaleźć swoje odzwierciedlenie w normie prawnej, która dawałaby zamawiającemu prawo do takiego działania.

Art. 22 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp zatem daje zamawiającemu możliwość weryfikacji rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy i tylko w tym zakresie przyznano zamawiającemu prawo wyboru i podjęcia decyzji o: możliwości przeprowadzenia generalnej weryfikacji wykonawcy w zakresie wszystkich wykonywanych przez niego w określonym czasie zamówień określonego rodzaju, w tym także wykonywanych nierzetelnie, bądź decyzji o możliwości zaniechania tej weryfikacji wykonawcy i oparcia się wyłącznie na wykazaniu przez wykonawcę konkretnych zamówień związanych z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnych zgodnie z opisem warunku, wykonanych prac w sposób należyty. Wskazany przepis nie daje natomiast zamawiającemu prawa i możliwości wyboru, czy rzetelność, kwalifikację, efektywność i doświadczenie badać w odniesieniu do wykonawcy, czy też w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca, podwykonawców wskazanych w ofercie jako podmioty wprost realizujące całość lub część zamówienia, czy też w odniesieniu do jakichkolwiek innych podmiotów, które mogłyby być zainteresowane danym zamówieniem, czy też byłyby w jakikolwiek sposób powiązane z wykonawcą (np. co do podmiotów występujących wraz z wykonawcą w tej samej grupie kapitałowej).

Ustawodawca także w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów dał wyraz zakresowi badania podmiotów trzecich w kontekście możliwości żądania od wykonawcy określonych dokumentów odnoszących się do tych podmiotów. § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje się wprost na zamknięty katalog dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, których zamawiający może żądać od

wykonawcy, jeśli ten, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Przywołane dokumenty to, zgodnie z odesłaniem zawartym w tym przepisie (§ 3 ust. 1 – 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów):

- 1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia;
- 2) aktualny odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 3) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 4) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 5) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;
- 6) aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

7) w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W przypadku zamówień obronnych (§ 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów), co nie dotyczy przedmiotowej sprawy, ustawodawca określił również szczegółowy i zamknięty katalog dokumentów, jakich zamawiający ma prawo żądać wobec podmiotu trzeciego. Podobna, szczególna regulacja znajduje się w § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdzie ustawodawca doprecyzował żądane dokumenty w sytuacji podmiotu mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czy też osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5–8, 10 i 11 ustawy Pzp, które mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zatem tylko we wskazanym zakresie, określonym § 3 ust. 1-3, do którego odwołuje się § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, istnieje możliwość żądania przez zamawiającego dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego.

Warto również podkreślić, że przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, regulujące - zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - zakres możliwych do żądania przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wprost uregulowały też kwestie dotyczące szczególnej weryfikacji pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia, o której mowa w art. 22 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp. Przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów, odnoszący się do powyższego, tj. § 1 ust. 4, który odwołując się jedynie do dokumentu wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług lub składanych w tym zakresie poświadczeń, dotyczy wyłącznie dokumentów składanych przez wykonawców. Wykazy wykonanych prac (robót budowlanych, usług, czy dostaw) zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) i 3) rozporządzenia w sprawie dokumentów odnoszą się również wyłącznie do wykonawców.

Także § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów odnoszący się w sposób szczególny do badania potencjału podmiotu trzeciego, a więc sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ten potencjał w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie odnosi się w żaden sposób do możliwości badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia podmiotu trzeciego. Przepis ten odwołuje się wprost do weryfikacji wykonawcy pod kątem spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp i to pod określonym kątem - weryfikacji rzeczywistego zagwarantowania przez wykonawcę dostępu do określonego potencjału podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis ten nie wskazuje natomiast na możliwość żądania dodatkowych dokumentów, które pozwalałyby na generalną weryfikację podmiotu trzeciego w zakresie jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Reasumując należy podkreślić, że zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów Zamawiający ma prawo żądać od podmiotu trzeciego tylko i wyłącznie dokumentów: po pierwsze mających udowodnić rzeczywistą dostępność danego potencjału (§ 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów), po drugie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania (§ 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Na marginesie jedynie zauważyć należy, że wskazany przez Izbę sposób interpretacji przywołanych powyżej regulacji ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, jest również w praktyce prezentowany przez Urząd Zamówień Publicznych. Urząd ten w jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez siebie prowadzonych w ramach opisu możliwości badania przez zamawiającego (tu: Urząd Zamówień Publicznych) rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia określił, że w sytuacji gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia będzie oceniał wyłącznie rzetelność wykonawcy, nie biorąc pod ocenę zamówień wykonanych przez podmioty trzecie, na potencjał których powołuje się wykonawca. Przywołane postanowienia zostały opublikowane w SIWZ na „Świadczenie usługi doradztwa teleinformatycznego w projekcie budowy systemu e-Katalogów” (pkt VI.2. SIWZ), zamieszczonej na ogólnie dostępnej stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: www.uzp.gov.pl.

Z tych też względów Izba stwierdziła zasadność zarzutu odwołania co do zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazujących na możliwość przeprowadzenia badania i żądania w tym zakresie określonych dokumentów od wykonawcy co do podmiotu trzeciego w zakresie badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. Izba w tym zakresie potwierdziła, iż doszło do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, jak i rozporządzenia w sprawie dokumentów wydanego na podstawie tej ustawy.

Odnosząc się do pozostałych dwóch zarzutów dotyczących dwóch Subklauzul Warunków Szczególnych Kontraktu, tj. Subklauzuli 4.13 i 4.14 Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale 3 Szczególne Warunki Kontraktu Tomu II SIWZ („Warunki Kontraktu”) określił, że warunki te oparte są na wydaniu angielsko-polskim 2000 tłumaczenia pierwszego wydania warunków kontraktowych FIDIC 1999. W Subklauzuli 4.13 tych warunków dotyczącej Prawa przejazdu i urządzeń Zamawiający na jej końcu dodał następująca treść:

„Wykonawca przed rozpoczęciem robót budowlanych na własny koszt, dokona inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych oraz dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i w jego otoczeniu, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych. Inwentaryzacja taka zostanie poświadczona protokołem przez Wykonawcę, Inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych. Wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót. Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu.”

W Subklauzuli 4.14 Unikanie zakłóceń po punkcie (b) Zamawiający wprowadził następującą treść:

„Jeżeli zamknięcie dostępu do drogi publicznej jest wymagane Kontraktem, to takie zamknięcie wymaga uprzedniej zgody Inżyniera. Wykonawca nie zamknie dostępu drogi do czasu uzyskania akceptacji Inżyniera. Wykonawca na 14 dni przed zamknięciem dostępu do drogi jest zobowiązany przedłożyć Inżynierowi swoją propozycję dotyczącą sposobu wykonania Robót oraz czasu potrzebnego na ich wykonanie. Inżynier jest zobowiązany udzielić odpowiedzi w terminie najpóźniej 7 dni od dnia otrzymania powiadomienia.

Wykonawca będzie ponosił koszty zapewnienia objazdu oraz koszty jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości. Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował Izbę, iż w dniu 14 października 2013 r. dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie Subklauzuli 4.13. W wyniku tej modyfikacji Subklauzuli tej nadano brzmienie:

„Wykonawca przed rozpoczęciem robót budowlanych na własny koszt, dokona inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych oraz dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy, jak i w jego otoczeniu, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych. O terminie przeprowadzenia inwentaryzacji Wykonawca powiadomi Inżyniera i gestorów lub zarządców takich dróg lub urządzeń obcych lub obiektów budowlanych. Z czynności inwentaryzacji sporządza się protokół. Podmiotom i osobom zawiadomionym a nieobecny przy wykonaniu inwentaryzacji Wykonawca przesyła kopie protokołu.

Wykonawca jest zobowiązany na własny koszt utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do Placu Budowy przez cały okres trwania Robót. Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o Przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu z tego tytułu.”

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w tym względzie przez Odwołującego Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że wykazywane przez Odwołującego naruszenie przepisów Kodeksu cywilnego, w świetle dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie może stanowić podstawy oceny przez Izbę zarzutów odwołania. Zgodnie z przywołanym przepisem wykonawca składający odwołanie musi wykazać naruszenie przez zamawiającego przepisów właśnie ustawy Pzp, a nie przepisów jakiegokolwiek innej ustawy, w tym ustawy Kodeks cywilny. Również wskazanie przez Odwołującego naruszenia w tym względzie przepisów ustawy Pzp o charakterze odsyłającym (art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp) nie uzasadnia – zdaniem Izby - naruszenia przepisów samej ustawy Pzp.

Przywołanie przez Odwołującego naruszenia w tym względzie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest również – w ocenie Izby - niezasadne. Wskazany przepis przywołuje jedną z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych – zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu. Norma ogólna zawarta w tym przepisie odnosi się do czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które nie mogą zmierzać do preferowania określonych wykonawców, czy ich dyskryminacji. Tymczasem kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ (postanowienia kontaktowe) są identyczne i jednakowe dla wszystkich potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego i nie ograniczają im możliwości złożenia oferty w postępowaniu. Naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu nie można upatrywać

w pewnej nierówności stron stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego, która ze swej natury w nieco uprzywilejowanej sytuacji stawia zamawiającego jako podmiot publicznych prowadzący to postępowania i choćby odpowiedzialny za przygotowanie warunków kontraktowych.

Co do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zdaniem Izby Odwołujący w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie wykazał, w jaki sposób przywołane postanowienia kontraktowe wpływają na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, ograniczenie konkurencji przez ten opis czy też na opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

Stwierdzić należało, że przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu został opisany za pomocą dokumentacji wymaganej przy robotach budowlanych.

Ograniczenie konkurencji również nie zostało przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie wskazał na konkretne zapisy, które dyskryminowałyby dostęp do zamówienia określonej grupie wykonawców, czy jakiemuś konkretnemu wykonawcy. Wprowadzenie, nawet rygorystycznych postanowień do projektu umowy, które związane są z realizacją przedmiotu zamówienia i mają znaczenie dla osiągnięcia efektu tego zamówienia, w tym przypadku wykonania w sposób należyty określonych robót budowlanych, a w sposób konkretny i obiektywny nie uniemożliwiają jakiejś grupie wykonawców złożenia oferty, nie mogą być uznane za ograniczające konkurencję. Indywidualne trudności, które mogą wystąpić po stronie konkretnego wykonawcy związane z utrudnieniem w sposób subiektywny dla tego wykonawcy wykonania określonych obowiązków istotnych dla realizacji inwestycji, nie mogą świadczyć o zakłóceniu konkurencji.

Co do kwestii jednoznaczności i precyzyjności, czy też wyczerpania opisu przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie stwierdzić należy, że Odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, w jaki sposób należy interpretować określone postanowienia kwestionowanych Subklauzul. Przedstawia on zresztą ich rozumienie i interpretację, której co do zasady nie sprzeciwił się Zamawiający i która – w ocenie Izby - jest uprawniona. Okoliczność braku możliwości oceny ryzyka po stronie Odwołującego – w ocenie Izby - również nie została wykazana przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie. Istotne w tym zakresie kwestie dotyczące sporządzenia protokołu z inwentaryzacji, na które wykonawca faktycznie i w sposób obiektywny nie miałby wpływu, zostały zmienione i doprecyzowane w Subklauzuli 4.13 przez Zamawiającego w wyniku modyfikacji SIWZ, czego Odwołujący nie kwestionował i uznał za zasadne. Okoliczność, iż wykonawca będzie zobowiązany na własny koszt

utrzymać istniejący stały dostęp do wszystkich nieruchomości położonych na terenach przyległych do placu budowy przez cały okres trwania robót budowlanych stanowi obiektywny wymóg Zamawiającego związany z prawidłową realizacją robót budowlanych, za realizację których wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości przez siebie określonej. Oczywistym zaś jest, że wykonawca nie będzie pozbawiony prawa zgłaszania roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu z tego tytułu w sytuacji niezawinionej przez siebie. Podobne stanowisko należy wyrazić co do analogicznych postanowień związanych z brakiem możliwości zgłaszania roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie lub dodatkowego kosztu z tytułu zapewnienia objazdu oraz koszty jego utrzymania właścicielom nieruchomości lub innym podmiotom uprawnionym do korzystania z nieruchomości, wyrażonych w Subklauzuli 4.14. W przypadku ewentualnych, przeciwnych działań po stronie Zamawiającego, podejmowanych na etapie realizacji inwestycji przez wykonawcę – w ocenie Izby - wykonawcy będzie przysługiwało prawo zgłoszenia roszczeń na drodze sądowej.

Z tych też względów we wskazanym zakresie Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

W ocenie Izby stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp co do postanowień SIWZ wskazujących na możliwość weryfikacji wykonawców w zakresie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia miało wpływ na wynik postępowania, stąd też Izba zobowiązana była uwzględnić odwołanie. Określone postanowienia SIWZ kształtują bowiem konkretne warunki i wymogi wobec wykonawców, którzy w oparciu o te postanowienia będą składać swoje oferty w postępowaniu. Jeśli więc określone postanowienia są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie to ocena tych wykonawców i ich ofert, jak również sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu są obarczone ryzykiem istotnej wady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł

oraz

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia do koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł;
- do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit a) wskazanego rozporządzenia koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby pełnomocnika Odwołującego w kwocie: 977,14 zł.

na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....