

Sygn. akt: KIO 1706/13

WYROK
z dnia 31 lipca 2013

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 Lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.07.2013r. przez **odwołującego:** M..... Sp. z o.o. 87-860 Chodecz; ul. Kaliska 11 w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. 02-015 Warszawa; Pl. Starynkiewicza 5

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża M..... Sp. z o.o. 87-860 Chodecz; ul. Kaliska 11 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez M..... Sp. z o.o. 87-860 Chodecz; ul. Kaliska 11 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od M..... Sp. z o.o. 87-860 Chodecz; ul. Kaliska 11 na rzecz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. 02-015 Warszawa; Pl. Starynkiewicza 5 Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. 02-015 Warszawa; Pl. Starynkiewicza 5 kwotę 3.600 **zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 12 lipca 2013r. pismem z dnia 12.07.2013r.

W oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2013r. poz. 907) zwaną dalej ustawą sformułowano następujące zarzuty jej naruszenia:

1. Art.7
ust.1 w zw. z art. 22 ust.4 i 5 ustawy poprzez sformułowanie warunków ekonomicznych i finansowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz prowadzący do ograniczenia konkurencji, ponieważ odwołujący uważa, że jest w stanie wykonać zamówienie a warunki udziału uniemożliwiają jemu wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym;
2. Art.14 i
art.139 ustawy w związku z art.353 ze Zn.1 k.c. w związku z art.147 ust.2 poprzez sformułowanie w „Warunkach Szczególnych Kontraktu” klauzuli naruszającej istotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
3. Art.14 i
139 ustawy w związku z art.353 ze zn.1w związku z art.647ze zn.1 k.c. oraz art.147 ust.2 ustawy poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu dodatkowego warunku zawarcia umowy na podwykonawstwo niezgodnego z instytucją zabezpieczenia należytego wykonania umowy i również instytucji podwykonawstwa;
4. Art.14 i
139 ustawy w zw. z art.656 k.c. poprzez sformułowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w sposób niejednoznaczny okresu trwania rękojmi za wady;
5. Art.14 i
art. 139 ustawy w związku z art.483 § 1 k.c. oraz art.9 ust.2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez sformułowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu uciążliwych dla wykonawcy warunków ustalania kar umownych z naruszeniem ich istoty;
6. Art.14 i
139 ustawy w związku z art.353 ze zn.1 k.c. w zw. z art.509 § 1 k.c. i art.7 ust.1 ustawy poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu; nadmiernych ograniczeń cesji prowadzących do naruszenia uczciwej konkurencji;

7. Art.29
ust.1 w zw. z art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy poprzez sformułowanie w „Wymaganiach ogólnych” w Tabelach wykazu cen w sposób nieprecyzyjny zasad kalkulacji opłat, do których wnoszenia zobowiązano wykonawcę, co uniemożliwia wycenę oferty;
8. Art.43
ust.2 pkt 1 ustawy poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego niż to wynika z dyspozycji art. 43 ust.2 pkt 1 ustawy.

W związku ze zgłoszonymi zarzutami zawarł stosowne żądania pod adresem zamawiającego.

Pismem z dnia 25 lipca 2013r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 lipca 2013r. pod poz. 2013/S 126-215205 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Zamówieniu nadano nazwę: Budowa Kolektora Burakowskiego „Bis” w ulicy Marymonckiej na odcinku ul. Żeromskiego – Trasa Mostu Północnego”.

Odwołanie zostało złożone w związku z opublikowaniem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i dotyczyło postanowień przywołanych we wstępie uzasadnienia.

Na rozprawie strony złożyły w szczególności następujące wyjaśnienia, oświadczenia oraz przywołały dokumenty wnosząc o przeprowadzenie z nich dowodów.

Odwołujący odnosząc się do pierwszego zarzutu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdzie zamawiający oczekuje osiągnięcia w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych przychodu netto bez VAT ze sprzedaży minimum 200 mln zł, żąda zmniejszenia tej kwoty do 100 mln zł, biorąc pod uwagę, iż kontrakt ma być prowadzony około 2,5 roku, natomiast jego wartość netto przez zamawiającego wynosi 240 mln zł. Żądanie jest racjonalne i odpowiada treści art. 22 ust. 4 i ust. 5 ustawy w zakresie rzetelności i wiarygodności wykonawcy. Warunki zarówno finansowe, jak i ekonomiczne powinny być proporcjonalne do

przedsięwzięcia, w tym wypadku kwoty 240 mln zł netto. Oświadczamy że jesteśmy w stanie wykonać przedmiot zamówienia, jednak warunki co do przychodu są dla nas nieosiągalne.

Co do kolejnego warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej nie mniejszej niż 90 mln zł to wystarczającym warunkiem jest posiadanie środków lub zdolności kredytowej na poziomie 40 mln zł, biorąc pod uwagę dwa lata realizacji zamówienia, wartość tego zamówienia przynajmniej na dzień dzisiejszy wyceniony przez zamawiającego, okoliczność, iż będzie udzielona zaliczka do 10%, terminy płatności 30-dniowe oraz faktury przejściowe 1 raz w miesiącu, a także, iż dostawcy rur mają terminy płatności ustalone tak, że bardzo możliwe, iż środki będą pochodzić bezpośrednio od zamawiającego. Istotnym jest to, iż dostawa materiałów stanowi około 50% wartości zamówienia. Żaden przepis nie przewiduje wymogu posiadania cały czas przez okres realizacji inwestycji środków finansowych na poziomie spełnienia warunku w tym zakresie i zamawiający powinien mieć świadomość o charakterze tego warunku.

Co do warunku polisy w zakresie prowadzonej działalności jako warunku udziału w postępowaniu to podobnie jak w poprzednim warunku uważamy, że windując kwoty w tym zakresie wymagane od wykonawców zamawiający powoduje sztuczne zawyżenie cen ofert, ponieważ każdy z wykonawców startując musi np. się zabezpieczyć, a nie ma to żadnego odniesienia do wymogu ubezpieczenia na okres realizacji robót. Uważam, że w naszej ocenie 15 mln zł jest wystarczające do wykazania wiarygodności naszej firmy.

Zamawiający jeżeli chodzi o sytuację ekonomiczną i finansową w zakresie osiągnięcia przychodu netto to zamawiający przede wszystkim stwierdza, że jest to na poziomie 60% udziału przychodów poszczególnego wykonawcy osiąganego w ogóle przy założeniu, że będzie inwestycja realizowana 2,5 roku i jej wartość według zamawiającego wynosi 240 mln zł. Biorąc pod uwagę wykorzystanie środków unijnych określiliśmy ten poziom na poziomie 60% poszczególnego wykonawcy. Miało to na celu w granicach dopuszczalnego ryzyka zwiększenie dostępu do zamówienia i uważamy, że wymóg ten jest już na krańcowym dopuszczalnym ryzyku. Zwracamy również uwagę, że żądanie zamawiającego średniorocznego przychodu w okresie ostatnich 3 lat jest nie do przyjęcia, ponieważ raczej oczekujemy wykonawców stabilnych czyli osiągających przychody zrównoważone w okresie ostatnich 3 lat. Zwracamy uwagę, że inwestycja jest prowadzona w środku miasta, a kolektor ma wewnątrz średnicę 3 m. W czasie wykopów mogą zdarzyć się różne nieprzewidziane sytuacje charakterystyczne dla m.st. Warszawy.

Co do drugiego warunku tj. posiadania środków finansowych lub zdolności finansowej według naszych wyliczeń kwota jaka powinna być w dyspozycji ciągłej wykonawcy startującego w tym postępowaniu przez pierwsze 3-4 miesiące realizacji inwestycji to kwota rzędu 122 mln zł. Przedkłada również ofertę Alfa Strategy w Warszawie (broker

ubezpieczeniowy), który przedstawia warunki ubezpieczenia kontraktu budowlanego (koszty). W zakresie posiadania ubezpieczenia OC do kwoty odpowiedzialności co najmniej 50 mln zł tj. na poziomie 15% wartości brutto przewidywanego kontraktu uważamy za niezawyżone, natomiast propozycja 15 mln zł, bo takie ubezpieczenie posiada odwołujący jest dla nas nie do przyjęcia. Uważam, że tak postawione warunki potwierdzą nam wiarygodność ekonomiczną i finansową potencjalnego wykonawcy stosownie do rozmiaru planowanego przedsięwzięcia. Zwracam również uwagę na okoliczność, iż jest to inwestycja finansowana ze środków europejskich.

Pełnomocnik odwołującego stwierdza, że zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie żądania odwołującego skreślenia klauzuli 4.2 (str. 21 warunków szczególnych kontraktu) i przywołuje pełnomocnik odwołującego str. 7 odpowiedzi na odwołanie ad. 2.

Co do zarzutu niezgodności z prawem klauzuli 4.4 warunkującej wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą od dodatkowego zabezpieczenia to wykluczenie możliwości takich zapisów wynika chociażby z wyroku KIO w sprawach połączonych sygn. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12 i uważa, że stanowi to naruszenie wobec treści art. 647 ze znakiem 1 KC oraz art. 147 ustawy Pzp tj. należności jakie mogą być pokryte środkami zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Następny zarzut dotyczący uprawnień z tytułu rękojmi za wady to zwraca uwagę na ad. 4 odpowiedzi na odwołanie, gdzie zamawiający zmienił SIWZ przyjmując jednolicie 24-miesięczny okres odpowiedzialności wykonawcy.

Podobnie z klauzulą 1.7 dotyczącej cesji tj. ad. 6 odpowiedzi na odwołanie (str. 15 odpowiedzi), gdzie w zakresie cesji zmienił klauzulę 1.7 kontraktu do treści wynikającej z art. 509 par. 1 KC.

Co do klauzuli 8.7 wracając do ad.5 wnosimy o ograniczenie kar umownych do 10%. Ponadto uważamy, że określenie, iż stosuje się karę w sytuacji „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” jest rozszerzeniem odpowiedzialności odszkodowawczej ponad KC i winno brzmieć „z winy wykonawcy” przywołując art. 5 i 473 KC. W naszej ocenie 10% jest wystarczającą wysokością kar w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

Odnosząc się do pkt 7 podtrzymuje go w całości stwierdzając jak w odwołaniu, że naruszając art. 29 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 12 odwołujący nie określił z należytą starannością opisu wymaganych zezwoleń na zamknięcie ruchu opisując to w tak ogólny sposób, że opłaty według naszej oceny mogą kształtować się od kilkudziesięciu do kilkuset mln zł. Według naszej oceny w ogóle nie ma podstaw w tabeli wykazu cen załącznik do umowy. Przywołuje w tym miejscu jako dowód w sprawie tabelę wykazu cen str. 61 i 62 SIWZ, gdzie pod tabelą 1 wymagania ogólne znajdują się uwagi „opłaty za zajęcie pasa drogowego ponosi wykonawca, dotyczy wyłącznie robót w ramach kontraktu wykonywanego 1.3. W

piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców w pytaniu nr 5 wskazano. W tym miejscu pełnomocnik odwołującego przedkłada w poczet dowodów pismo z dnia 16 lipca 2013 r. zamawiającego do wykonawców w zakresie pytania 5, gdzie na pytanie o podanie stawek za zajęcie terenu, zamawiający określa, że stawki te ustala zarządca terenu np Zarząd Dróg Miejskich.

W tym miejscu pełnomocnik odwołującego odnosząc się do przedłożonego na rozprawie planowanego kosztu wykonawcy na uruchomienie inwestycji w okresie pierwszych 3-4 miesięcy wskazuje, iż minimalne koszty zajęcia pasa drogowego w tym, że okresie wyniosą około 50 mln zł netto. Biorąc pod uwagę czas trwania umowy przyjmując czas trwania inwestycji 24 miesiące, kwotę tą należy pomnożyć razy 6, co daje 300 mln zł, co stawia pod znakiem zapytania wiarygodność wyceny.

Odwołujący nie wnosi zastrzeżeń co do przestrzegania art. 43 ustalającego minimalne terminy na przygotowanie oferty ale z uwagi na rozmiar inwestycji porównywany przez zamawiającego na rozprawie do budowy metra wnosi o ustalenie terminu na dzień 29 sierpnia 2013 r.

W przedmiocie opłat za zajęcie pasa drogowego oczekuje określenia opłat przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący nie zna opłat obowiązujących na planowanym odcinku robót tj. ich stawek w związku z tym, że cena jest ceną ryczałtową wysokość opłat powinna być określona przez zamawiającego, co umożliwi skalkulowanie ceny ryczałtowej.

Zamawiający co do zarzutu odwołującego, iż odwołanie zostało w części uwzględnione kwestionuje to stwierdzenie, ponieważ zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie oświadczył się co do uwzględnienia zarzutów czyli zarzutów nie uwzględniono w postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się do zarzutu i żądań w zakresie terminu składania ofert to oświadczenie na rozprawie traktuję to jako wycofanie zarzutów. Zarząd Dróg Miejskich uchwałą rady st.m. Warszawy ma określone stawki zajęcia pasa drogowego w zależności od powierzchni i czasu, natomiast wyjaśniamy, że ustalenie kwoty kilkudziesięciu milionów (50 mln zł) dotyczy według naszych wyliczeń całkowitych kosztów według nas szacowanych na zajęcia pasa drogowego, które to wykonawca ponosi już na początku realizacji umowy. Natomiast od technologii realizacji umowy tj. harmonogramu rzeczowego, organizacji robót, rozwiązań wykonawcy są to kwestie indywidualne do ustalenia przez wykonawcę. Chcę podkreślić, iż w części II pkt 7 w preambule znajdują się postanowienia, że zestawienie zbiorcze – tabele wykazu cen mają tylko służyć do rozliczeń pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, a nie co do sposobu obliczania cen. Natomiast w preambule zawarto, że jeżeli pewnych elementów w tabeli nie uwzględniono to wykonawca powinien na to znaleźć rezerwę wyliczając cenę. Cenę wykonawca ma wyliczyć według dokumentacji projektowej-budowlanej. W

dokumentacji przetargowej nie ma przedmiaru robót. Wykaz cen jest ustalony dla tego, że będą wystawiane faktury comiesięczne przejściowe, a ta tabela jest po to aby określić tempo płacenia wykonawcy przez okres realizacji umowy. Jest projekt organizacji ruchu, który wykonawca może dostosować do swojego pomysłu realizacji robót.

Co do zarzutu 3 klauzula 4.4 warunków szczegółowych umowy to uważamy, że zasadnie wprowadziliśmy zabezpieczenie dla wykonawców w wysokości 70% przewidzianego wynagrodzenia podwykonawcy. Można to uczynić na podstawie swobody umów art. 353 ze znaczkim 1. Może to być oprócz należytego zabezpieczenia umowy.

Odpowiednikiem żądanego przez nas zabezpieczenia dla podwykonawcy ze strony wykonawcy jest żądanie w stosunku do nas wykonawcy oparte o art. 649 ze znaczkim 1 KC. Wprowadzony przez nas w ramach swobody umów wymóg zabezpieczenia wynagrodzenia dla podwykonawcy zabezpiecza zamawiającego przed roszczeniami podwykonawcy i zapłatą podwójnego wynagrodzenia z tytułu podwykonawstwa.

Co do odstąpienia od kar umownych w wysokości 20%, gwarancja kar umownych za odstąpienie od umowy zabezpiecza nas przed utratą dofinansowania w przypadku przeterminowania wykonania umowy. Przywołuje, iż zgodnie z umową o dofinansowanie zamawiający, który nie dotrzyma terminu zakończenia robót do 30 listopada 2013 r. i oddania do użytkowania do 31 stycznia 2016 r. spowoduje utratę dofinansowania.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, który kwestionuje obciążanie wykonawcy 0,2% wartości kontraktu za każdy dzień zwłoki, lecz nie więcej niż 10% wartości umowy czyli według naszych wyliczeń zamawiający może wykonawcy naliczać kary umowne maksymalnie za 50 dni za zwłokę.

Podkreśla, iż według obowiązującego wzoru umowy przyjęliśmy odpowiedzialność, nie za opóźnienie w realizacji umowy, tylko za zwłokę, tylko pojęcie związane z winą wykonawcy.

Uważam, że zajęliśmy szczegółowe stanowisko w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie.

Co do zasady prawa odstąpienia od umowy w związku z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w ocenie odwołującego sprawdzającego się w naszym mniemaniu do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka to przywołuje art. 473 KC zgodnie z którym

Przywołuje w tym miejscu czerwony Fidic dla robót inżynieryjno-budowlanych przywołany w części II.2 warunków ogólnych kontraktu, gdzie są opisane w klauzuli 15.2 zapisane są warunki wypowiedzenia przez zamawiającego. Są taksatywnie wymienione. Czyli nie jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka tylko na warunkach określonych w kontrakcie, który modyfikuje warunki odpowiedzialności wykonawcy z warunków ogólnych. Przyczyny leżące po stronie wykonawcy są określone w Fidic czerwonym z uwzględnieniem warunków szczegółowych kontraktu. W Fidicu są określone przyczyny, w których może zamawiający

wypowiedzieć umowę tj. klauzula 15.2 równoznaczne z zapisanym tam sformułowaniem wypowiedzenie umowy.

Myśmy w warunkach szczegółowych kontraktów określiliśmy kiedy możemy wypowiedzieć umowę i odstąpić, gdzie wypowiedzenie nazwaliśmy odstąpieniem. My dokonując zdefiniowania pojęć użytych w Fidicu w pkt 1.1.6.22 pt. wypowiedzenie uznaliśmy, że wszędzie gdzie w Fidicu znajduje się słowo wypowiedzenie to należy rozumieć również odstąpienie i w kwestionowanym zapisie warunków szczegółowych piszemy o odstąpieniu, a przyczyny tego odstąpienia są zapisane w pkt 15.2 Fidica – warunki wypowiedzenia.

Pełnomocnik odwołującego odnosząc się do planowanych kosztów uważa, że można z nich zdecydowanie odjąć następującego pozycje:

- z pozycji nr 8 - 50% tej kwoty, pozostaje 5 mln zł w kosztach;
- z opcji 9 (przedpłata na rury) zdjąć całą kwotę 42 mln zł;
- z pozycji 12 odjąć 42 mln zł, ponieważ opłaty uiszcza się nie z góry tylko na bieżąco, czyli ze 122 mln zł po odjęciu zawyżonej kwoty 89 mln zł pozostaje 33 mln zł, odejmując zaliczkę 33 mln zł, którą otrzymamy po miesiącu to zostaje mi na start do realizacji tej umowy 3 mln zł. W związku z tym uważam za racjonalną naszą propozycję 40 mln zł środków finansowych, a nie 90 mln zł jak proponuje zamawiający.

Ponadto dodatkowo stwierdza pełnomocnik odwołującego, że przedstawione koszty udzielenia gwarancji są na niższym poziomie jak wskazuje zamawiający na 1%. Mamy koszty gwarancji różne, na poziomie 03-05% i u różnych gwarantów.

Zamawiający przedkłada w poczet dowodu ofertę Hobas System 112 201 79, z której wynika, że wartość rur w tym zamówieniu wynosić będzie 84 mln zł i do kalkulowania ceny przyjął połowę tej kwoty.

Pełnomocnik odwołującego kwestionuje wiarygodność dokumentu chociażby z samego określenia rura krótka. Jest to różny asortyment o łącznej długości 3,3 km. Nie jest to żaden dokument. Ma datę 16 kwietnia 2013 r. Jest tutaj przedstawiony projekt na 84 mln zł. My mamy ofertę o kilkadziesiąt mln zł niższą.

Zamawiający wyjaśnia, że ta oferta jest sporządzona w oparciu o szczegółowe wystąpienie projektanta do producenta. Nosi datę 16 kwietnia 2013 r. tj. na datę szacowania wartości zamówienia. Maszyna do mikrotunelingu wymaga dostosowania do warunków zamówienia i w mojej ocenie koszt tego dostosowania jest na poziomie kwoty wskazanej w kalkulacji.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu Nr 1 to jest naruszenia art.7 ust.1 w zw. z art. 22 ust.4 i 5 ustawy poprzez sformułowanie warunków ekonomicznych i finansowych w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia oraz prowadzący do ograniczenia konkurencji, ponieważ odwołujący uważa, że jest w stanie wykonać zamówienie a warunki udziału uniemożliwiają jemu wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym;

Zarzut nie został wykazany.

Odwołujący zakwestionował wymóg rocznych przychodów netto na poziomie 200 milionów rocznie w okresie ostatnich trzech lat obrotowych. Odwołujący żądał zmiany na 100 milionów złotych średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat. Punktem odniesienia dla odwołującego była okoliczność, że wartość zamówienia przez zamawiającego jest szacowana na 240 milionów złotych i kontrakt ma być realizowany w okresie do 29 luty 2016r. czyli w okresie od dwóch do dwa i pół roku.

W ocenie Izby wymóg nie jest zawyżony. Błędym rozumowaniem jest odnoszenie kondycji ekonomicznej wykonawcy do przedmiotowego zamówienia to jest jego wartości i czasu trwania. Status ekonomiczny wykonawcy nie może być oceniany w kontekście funkcjonowania firmy w relacji do jednego kontraktu porównywalnego z przedmiotem zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że udział w postępowaniu przetargowym wezmą wykonawcy, którzy mają kondycję ekonomiczną w tym przypadku mierzoną przychodem co najmniej na poziomie kilkakrotnie wyższym od spodziewanego przychodu rocznego z przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby wymóg corocznego przychodu zamawiający ustalił na minimalnym poziomie.

Kolejny warunek zamawiającego to zdolność finansowa mierzona własnymi środkami lub kredytem na poziomie 90 milionów złotych co nie stanowi nawet 50 % wartości zamówienia (szacowana wartość 240 milionów złotych). Odwołujący żąda zmniejszenia jej do poziomu 40 milionów złotych. W ocenie Izby kalkulacja odwołującego w zakresie niezbędnych środków do rozpoczęcia inwestycji przedstawiona na rozprawie zakłada bardzo optymistyczne założenia co do kwoty z którą można zacząć realizację przedmiotowego zamówienia i ją kontynuować bezkolizyjnie W szczególności zakłada stabilną sytuację dostawców materiałów, nie przedkładając żadnych dowodów na to, że ich oferta jest wiążąca bez względu na zmianę czy to warunków ekonomicznych zewnętrznych, czy to warunków

samemu odwołującemu. Ponadto w ocenie Izby odwołujący gołosłownie twierdzi, że opłaty za zajęcie pasa drogowego będzie ponosił w trakcie realizacji inwestycji, a nie na jej rozpoczęciu. Tym bardziej, że popierając zarzut nie wskazania czy to sposobu obliczenia opłat z tego tytułu czy sugerowanego obowiązku wyliczenia tychże opłat przez zamawiającego, wykazuje brak orientacji w tym zakresie, w sytuacji gdy zamawiający na rozprawie twierdzi, że opłaty te wnoszone są na tzw. wstępie inwestycji a nie jak odwołujący w trakcie realizacji inwestycji, a stanowią według wyliczeń zamawiającego wymierną kwotę.

Reasumując tak optymistyczne podejście odwołującego co do wielkości środków na rozpoczęcie inwestycji, a co przedkłada się na zdolność finansową w zakresie własnych środków czy też zdolności kredytowej, w ocenie Izby, nie usprawiedliwia roszczeń odwołującego do obniżenia progu zdolności finansowej wymaganej na poziomie 90 milionów złotych. Zamawiający ma prawo wymagać bezpieczeństwa dla zamierzonej inwestycji.

Trzeci zarzut odwołującego odnosi się do wymaganego poziomu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej to jest posiadania polisy na wartość 50 milionów złotych, gdy w ocenie odwołującego wystarczy polisa na 15 milionów złotych. Żądanie odwołującego wynika z faktu, że w jego ocenie kondycja jego przedsiębiorstwa udźwignie wykonanie przedmiotowego zamówienia i ma aktualnie polisę na 15 milionów złotych.

W ocenie Izby żądanie odwołującego jest nieusprawiedliwione rozmiarem przedmiotowego zamówienia, przy realizacji którego zamawiający musi posiadać zapewnienie, że wykonawca jest odpowiednio ubezpieczony w razie wystąpienia odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy i nie zakłóci taki wypadek realizacji budowy zamawiającego. Przy założeniu, że zdolność ekonomiczna mierzona wielkością przychodów rocznych nie może być tylko wielkością oscylującą wokół wartości przedmiotowego zamówienia, możliwość roszczeń odszkodowawczych mogących wystąpić gwarantuje zamawiającemu bezpieczeństwo ze strony wykonawcy do poziomu przynajmniej 25 % oczekiwanych przychodów (200 milionów złotych przychodu co roku).

Tak więc żądanie w warunkach udziału w postępowaniu polisy na kwotę 50 milionów złotych, a nie jak oczekuje odwołujący tylko na poziomie 15 milionów złotych, jest usprawiedliwione rozmiarem przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując zarzuty skierowane pod adresem warunków zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotów ubiegających się o zamówienie nie zostały przez odwołującego wykazane. Natomiast w ocenie Izby zamawiający proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia określił wymagania co do zdolności ekonomicznej i finansowej potencjalnych wykonawców startujących w przedmiotowym postępowaniu.

Co do zarzutu nr 2 to jest naruszenia art.14 i art.139 ustawy w związku z art.353 ze zn.1 k.c. w związku z art.147 ust.2 poprzez sformułowanie w „Warunkach Szczególnych Kontraktu” klauzuli naruszającej istotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

Zarzut nie został wykazany.

Po pierwsze Izba wbrew stanowisku odwołującego, nie uważa, że w zakres wykonania umowy i to należytego jej wykonania nie wchodzi kwestia podwykonawstwa w szerokim tego słowa znaczeniu to jest również w zakresie rozliczenia się z podwykonawcą tym bardziej w ramach środków przekazanych przez zamawiającego.

Niemniej z uwagi na okoliczność, że sformułowanie o treści "Brak zapłaty na rzecz Podwykonawcy lub dalszych Podwykonawców traktowane jest jak nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę, a wierzytelności Zamawiającego powstałe z tego tytułu uprawniają go do skorzystania zarówno z Zabezpieczenia Wykonania, o którym mowa w klauzuli 4.2. jak i Zabezpieczenia zgodnie z klauzulą 4.4. według uznania Zamawiającego" została skreślona w dniu 24 lipca 2013r. to jest przed rozpoznaniem odwołania, zarzut jest bezprzedmiotowy i nie podlega rozpoznaniu jako nie mający wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutu nr 3 to jest naruszenia art.14 i 139 ustawy w związku z art.353 ze zn.1w związku z art.647ze zn.1 k.c. oraz art.147 ust.2 ustawy poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu dodatkowego warunku zawarcia umowy na podwykonawstwo niezgodnego z instytucją zabezpieczenia należytego wykonania umowy i również instytucji podwykonawstwa;

Zarzut nie został wykazany.

Odwołujący wnosi o wykreślenie jako naruszający przepis prawa postanowienie Warunków Szczególnych Kontraktu o treści Klauzula 4.4 lit. d "Wyrażenie zgody na zawarcie umowy z Podwykonawcą uwarunkowane jest uprzednim ustanowieniem przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia, które służy pokryciu ewentualnych roszczeń zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę. Wysokość zabezpieczenia ustala się każdorazowo proporcjonalnie do zakresu robót zleconych Podwykonawcy w wysokości równoważności 70 % wynagrodzenia należnego Podwykonawcy, a wynikającego z umowy zawartej przez Wykonawcę z Podwykonawcą";

W ocenie Izby tak sformułowane postanowienie nie narusza przepisów prawa to jest ani ustawy ani kodeksu cywilnego, a stanowi usprawiedliwione zabezpieczenie

odpowiedzialności wykonawcy w stosunku do zamawiającego, w przypadku nie rozliczenia się z podwykonawcą pomimo zapłaty wynagrodzenia wykonawcy przez zamawiającego za roboty wykonane przez podwykonawcę.

Powyższa regulacja jest uprawniona w szczególności w związku z solidarną odpowiedzialnością zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy przewidzianą w art. 647 ze zn. 1 § 5 k.c.

Co do zarzutu nr 4 to jest naruszenia art.14 i 139 ustawy w zw. z art.656 k.c. poprzez sformułowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w sposób niejednoznaczny okresu trwania rękojmi za wady;

Zarzut jest bezprzedmiotowy.

Pismem z dnia 24 lipca 2013r. czyli przed terminem rozpoznania odwołania, zamawiający ujedynił termin odpowiedzialności wykonawcy z tytułu rękojmi za wadę ustalając 24 miesięczny termin odpowiedzialności. W tym stanie rzeczy zarzut jest bezprzedmiotowy i nie podlega rozpoznaniu jako nie mający wpływu na wynik postępowania.

Co do zarzutu nr 5 to jest naruszenia art.14 i art. 139 ustawy w związku z art.483 § 1 k.c. oraz art.9 ust.2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez sformułowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu uciążliwych dla wykonawcy warunków ustalania kar umownych z naruszeniem ich istoty;

Zarzut nie został wykazany.

Odwołujący zakwestionował następujące ustalenia klauzuli 8.7.Kary za zwłokę.0,2% zatwierdzonej kwoty kontraktowej za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia następnego po dniu upływu czasu na ukończenie robót w czasie przewidzianym na ukończenie (klauzula 8.2.) do dnia ukończenia robót określonego w świadectwie przejęcia. Zakwestionował również odwołujący naliczanie kar umownych za zwłokę w usunięciu wad w okresie zgłaszania wad oraz w okresie rękojmi i gwarancji za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,2% zatwierdzonej kwoty kontraktowej licząc od dnia terminu wyznaczonego na usunięcie wad. Odwołujący przyznał, że określono górną granicę to jest maksymalną kwotę kar za zwłokę to jest 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Również określono karę umowną za odstąpienie od kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 20 % zatwierdzonej kwoty

kontraktowej. Odwołujący wskazał na wysoką kwotę zamówienia i przez to na wysokie kary umowne liczone od zatwierdzonej kwoty kontraktowej, a także na ryzyko wykonawcy przy realizacji tego typu budowy. Odwołujący nie zgadza się na karę umowną za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Uważa, że tak ustalone kary służą wzbogaceniu zamawiającego. Odwołujący przywołuje art.5 k.c. wskazując na nadużycie prawa przez zamawiającego. Przywołuje również przepisy art. 471-474 i 361 § 2 k.c. Na ich podstawie oświadcza, że odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności odszkodowawczej w tym na zasadzie kar umownych za zdarzenia od niego niezależne, na które nie ma wpływu i których nie mógł uniknąć pomimo zachowania należytej staranności. W związku z tym wnosi o nakazanie zamawiającemu zmniejszenie stawek kar umownych do wysokości 0,02% zatwierdzonej kwoty kontraktowej za każdy dzień zwłoki. Poza tym wnosi o nakazanie zamawiającemu zastąpienie obecnego zapisu „Kara umowna za odstąpienie od kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” na zapis „Kara umowna za odstąpienie od kontraktu z winy Wykonawcy”. Jak również wnosi o zmniejszenie stawki kary umownej z 20 % zatwierdzonej kwoty kontraktowej na 10 % zatwierdzonej kwoty kontraktowej.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie podniósł, że ustalając w pkt 8.7. wysokość kar umownych miał na względzie konieczność zachowania terminu realizacji zamówienia i fakt, że jego przekroczenie będzie skutkowało rozwiązaniem umowy o dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej. Utrata środków finansowych może zamknąć się kwotą 813.138.119,00 złotych. Przy czym zamawiający zaznaczył, że odpowiedzialność umowna wykonawcy dotyczyć będzie zawinionego opóźnienia to jest zwłoki. Przy czym limit kar umownych został zamknięty w wysokości 10 % zatwierdzonej kwoty kontraktowej co oznacza faktyczne ograniczenie w naliczaniu kar umownych do okresu 50 dni zwłoki wykonawcy.

Zamawiający zwraca uwagę na ukształtowanie kar umownych za zwłokę czyli na zasadzie winy. Natomiast ukształtowanie odpowiedzialności za odstąpienie od kontraktu na zasadzie ryzyka co dopuszcza art.472 k.c, przywołując zarówno doktrynę jak i orzecznictwo.

Izba dokonując oceny istniejących zapisów oraz uwzględniając argumentację formalną i prawną zamawiającego nie znajduje podstaw do ingerencji w treść tak ustalonych zapisów z uwagi na nie stwierdzenie naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa oraz przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie zastosowanych środków prawem przewidzianych i chroniących interes zamawiającego na wypadek powstania ewentualnych szkód z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Co do zarzutu nr 6 naruszenia art.14 i 139 ustawy w związku z art.353 ze zn.1 k.c. w zw. z art.509 § 1 k.c. i art.7 ust.1 ustawy poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu; nadmiernych ograniczeń cesji prowadzących do naruszenia uczciwej konkurencji;

Zarzut jest bezprzedmiotowy.

Zamawiający w dniu 24 lipca 2013r. czyli przed rozpoznaniem odwołania zmodyfikował zapisy Szczegółowych Warunków Kontraktu klauzuli 1.7. w części kwestionowanej przez odwołującego uzależniając cesje wierzytelności od zgody zamawiającego. Aktualny zapis również nie narusza dyspozycji art.509 k.c. i jeszcze dodatkowo spełnia proponowane zmiany przez odwołującego. Niemniej z uwagi na treść art.192 ust.2 ustawy Izba nie nakazuje zmiany z uwagi na jej bezprzedmiotowość.

Co do zarzutu nr 7 naruszenia art.29 ust.1 w zw. z art. 36 ust.1 pkt 12 ustawy poprzez sformułowanie w „Wymaganiach ogólnych” w Tabelach wykazu cen w sposób nieprecyzyjny zasad kalkulacji opłat, do których wnoszenia zobowiązano wykonawcę, co uniemożliwia wycenę oferty;

Zarzut niewykazany.

Co do treści Tabeli Wykazu Opłat to stanowi ona element metody rozliczania za wykonane roboty, a nie sposobu obliczenia ceny. Zamawiający nie opracował przedmiaru robót. Wykonawca ma wycenić roboty w oparciu o projekt wykonawczy. Zamawiający podał instytucję ustalającą opłaty za zajęcie pasa drogowego. Zamawiający przekazał projekt tymczasowej organizacji ruchu, które wykonawca ma prawo dostosować do własnej metodologii wykonania robót. Reasumując wobec przyjętych zasad ustalania ceny, odwołujący nie ma podstaw domagać się wskazania przez zamawiającego jednostek cenotwórczych kalkulacji opłat za zajęcie pasa drogowego.

Co do zarzutu nr 8 naruszenia art.43 ust.2 pkt 1 ustawy poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego niż to wynika z dyspozycji art. 43 ust.2 pkt 1 ustawy.

Zarzut niewykazany.

Na rozprawie odwołujący przyznał, że termin nie narusza postanowień ustawy, niemniej jest zbyt krótki dla przygotowania oferty. Podkreślił, że dla innych postępowań mniej skomplikowanych zamawiający ustalił dłuższe terminy. Pomimo doświadczenia

odwołującego w tego typu robotach nie jest w stanie tak jak zresztą żaden inny wykonawca przygotować rzetelną wycenę robót w wyznaczonym terminie przy uwzględnieniu, że cena ma charakter ryczałtowy. Niemniej z uwagi na brak akceptacji wniosku przez zamawiającego i naruszenia obowiązującego przepisu ustawy zarzut nie został wykazany.

W związku z powyższym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust.3 pkt1) i § 3 oraz § 1 ust.2 pkt 2) 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 i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 20.000,00 złotych uiszczony przez odwołującego i zasądzając na rzecz zamawiającego kwotę 3.600,00 złotych tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

