

Szczecin, dnia 07 sierpnia 2012 r.

**"Energopol-Szczecin"**  
Spółka Akcyjna  
70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13  
NIP 852-050-05-98, Regon 025473007  
tel. (+48 91) 462 34 36, fax (+48 91) 462 47 25

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17a  
00-676 Warszawa

**Odwołujący:**

Energopol-Szczecin S.A.  
ul. Św. Floriana 9/13  
70-646 Szczecin

Tel.: 48 91 462 34 36  
Fax: 48 91 462 47 25  
[ep-sa@energopol.pl](mailto:ep-sa@energopol.pl)

**Zamawiający:**

Gmina Miasto Szczecin  
Biuro ds. Zamówień Publicznych  
Pl. Armii Krajowej 1  
70-456 Szczecin

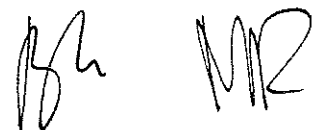
Tel.: 48 91 4245108  
Fax: 48 91 4245104  
[wsadow@um.szczecin.pl](mailto:wsadow@um.szczecin.pl)

Data, numer oraz miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Dz. Urz. Unii Europejskiej /S 144-240562 28/07/2012-PL

**ODWOŁANIE**

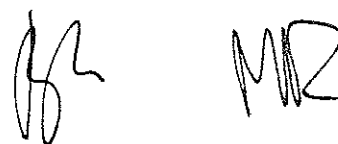
Działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. dalej „PZP”) w imieniu Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, wnoszę odwołanie wobec treści



ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przetargu nieograniczonym na **Budowę „Szczecińskiego Szybkiego Tramwaju”**.

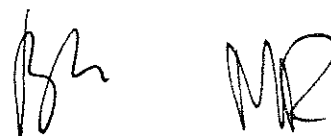
zarzucając Zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP – poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – opisanie przedmiotu zamówienia – poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia kosztów „zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” (m.in. Rozdział X pkt 2 ppkt 5) lit. j SIWZ, § 4 ust. 3 Umowy o roboty budowlane – stanowiącej załącznik nr 7 do SIWZ oraz Subklauzula 4.1 punkt (e) Warunków Szczególnych);
- art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 PZP – poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – opisanie przedmiotu zamówienia – przejawiające się obowiązkiem wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie, i co się z tym wiąże wykonanie projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku), ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków (m.in. pkt II.1.5 ppkt 4) ogłoszenia o zamówieniu, § 5 ust. 9 Umowy o Roboty Budowlane, Rozdział XV pkt 5 ppkt 6 SIWZ);
- art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP – poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – opisanie przedmiotu zamówienia – w postaci wprowadzenia przez Zamawiającego zastrzeżenia dot. możliwości częściowego przekazywania Placu Budowy oraz narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb związanych z realizacją

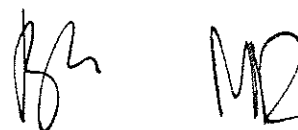


inwestycji (m.in. § 6 Umowy o Roboty Budowlane, Subklauzula 2.1 Warunków Szczególnych);

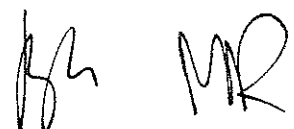
- art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2 PZP 31 ust.1 - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – w związku z brakiem wskazania lokalizacji składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością Zamawiającego (Subklauzula 7.9 Warunków Szczególnych);
- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – poprzez niejasne określenie sposobu rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, tj. nie wiadomo czy będzie to jednorazowa płatność, czy też Zamawiający przewiduje płatności częściowe oraz końcową, a jeżeli intencją Zamawiającego jest tylko jedna płatność końcowa, to uznanie takiego sposobu rozliczenia wynagrodzenia za niedopuszczalne (§ 25 Umowy o Roboty Budowlane, Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7 Warunków Szczególnych, Rozdział XV pkt 11 SIWZ),
- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 647<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – poprzez wymóg w przypadku korzystania z podwykonawców przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą – gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do Zamawiającego o taką płatność, które to żądanie należy uznać za bezpodstawne (m.in. § 34 ust. 3 Umowy o Roboty Budowlane);



- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> i 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z wprowadzeniem przez Zamawiającego kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy oraz za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie rękojmi za wady, oraz wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do Umowy o Roboty Budowlane postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy Wykonawcy powyżej 21 dni, za nie dotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania) – w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy (§ 39 Umowy o Roboty Budowlane), oraz zaniechania wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;
- art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z przerwaniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za jakiegokolwiek zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, oraz prowadzenie robót w sposób, który zapewni niepowodowanie tam jakiegokolwiek zakłóceń czy szkód (Subklauzula 4.25 Warunków Szczególnych);
- art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 PZP, 29 ust. 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z przerwaniem na wykonawcę całkowitej odpowiedzialności za prowadzenie robót w sposób zapewniający zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia (m.in. Rozdział XV pkt 6 ppkt 2 SIWZ);

Two handwritten signatures in black ink are located at the bottom right of the page. The first signature is a stylized, cursive 'BZ' and the second is a stylized 'MR'.

- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup>, 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z narzuceniem 14 dniowego terminu liczonego od daty przekazania placu budowy na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo- finansowego Prac budowlanych (m.in. Rozdział XV pkt 9 SIWZ, Subklauzula 8.3 Warunków Szczególnych);
- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> i 629 i 630 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z wprowadzeniem obowiązku ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie (podwyższone wynagrodzenie) w przypadku przekroczenia ilościowego prac opisanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (m.in. § 51 Umowy o Roboty Budowlane);
- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z modyfikacją postanowień Subklauzuli 1.7 w stosunku do brzmienia wynikającego z warunków kontraktowych FIDIC, i uzależnieniu cesji wierzytelności, która mogłaby być dokonana na rzecz banku – od zgody Zamawiającego;
- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5, 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – w związku z wyłączeniem w Warunkach Szczególnych Subklauzul 1.1.4.3, 1.9 i 4.7 – dotyczących zapłaty wykonawcy ewentualnego kosztu jaki poniósł on w związku z np. opóźnieniem w



przekazaniu rysunków koniecznych do realizacji umowy, czy też błędów w wytyczeniach w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego;

- art. 7 ust. 1 PZP, oraz art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 PZP i 139 ust. 1 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 – poprzez wykreślenie Subklauzuli 13.8 w Warunkach Szczególnych i tym samym zaniechanie wprowadzenia możliwości indeksacji czy też waloryzacji cen (m.in. § 17 Umowy o Roboty Budowlane)

- art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP – poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) a) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) SIWZ, w następujący sposób:

„- warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum: dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o długości minimum 500 m, każda praca.”

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

- art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2) PZP w zw. z art. 22 ust. 4 PZP – poprzez sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) d) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) d) SIWZ, w następujący sposób:

„- warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum: jedną pracę podobną polegającą na zmianie lokalizacji obiektu budowlanego kubaturowego poprzez jego przesunięcie.”

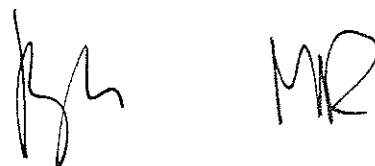
 

- w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia;
- art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP – poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się żądaniem od wykonawców w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymaganiom – w postaci opisu rozwiązań równoważnych – jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie (m.in. Rozdział V pkt 8 SIWZ, Rozdział XV pkt 15 SIWZ, pkt VI.3.I.b Ogłoszenia o zamówienia,

wnosi o:

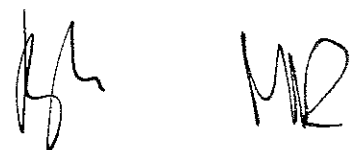
- (1) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z obowiązków wykonawcy ponoszenie kosztów „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”, ewentualnie aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie;
- (2) nakazanie Zamawiającemu, aby wyłączył on z zakresu przedmiotu zamówienia przesunięcie budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie i co się z tym wiąże wykonania projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku) ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków, ewentualnie przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który pozwoli wykonawcom na rzetelne przygotowanie oferty w tym zakresie, poprzez m.in. przygotowanie opisu stanu technicznego tego obiektu;
- (3) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmienił postanowienia warunków przetargowych (opisanych m.in. w Umowie o Roboty Budowlane i Warunkach Szczególnych) w taki sposób, aby Plac Budowy został przekazany w całości, ewentualnie jeżeli miałby on być przekazywany częściowo to wskazanie przez Zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego harmonogramu opisującego sposób i terminy jego przekazywania, oraz nakazanie Zamawiającemu, aby ten pozostawił wykonawcom wskazał w dokumentach opisujący przedmiot zamówienia już na etapie postępowania przetargowego kolejność prowadzenia robót;
- (4) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wskazał lokalizację składowiska, na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością Zamawiającego;

- (5) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wyraźnie opisał w SIWZ, Umowie o Roboty Budowlane, oraz Warunkach Szczególnych, sposób (ilość) płatności za wykonane prace, a jeżeli intencją Zamawiającego była jedna płatność, to nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia przynajmniej 8 płatności częściowych wynagrodzenia (w tym płatności końcowej) za wykonane roboty budowlane;
- (6) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił z § 34 ust. 3 Umowy o Roboty Budowlane – obowiązek przedstawienia do propozycji umowy lub umowy z podwykonawcą – gwarancji bankowej (lub jej promesy) zabezpieczającej wystąpienie ewentualnej okoliczności polegającej na tym, że wykonawca nie zapłacił podwykonawcy i ten zwrócił się do Zamawiającego o taką płatność, i zastąpienie tej formy zabezpieczenia ewentualnym przelewem wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) przysługującej wykonawcy w stosunku do Zamawiającego na rzecz podwykonawcy;
- (7) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zastąpił w § 39 Umowy o Roboty Budowlane termin „opóźnienie” (wszędzie tam gdzie występuje) – terminem „zwłoka”, oraz wprowadził postanowienia dot. anulowania tzw. kar umownych pośrednich (np. za przerwę w realizacji Robót powstałych z winy wykonawcy powyżej 21 dni, za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej ilości Wykonania) w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy, oraz aby wprowadził karę umowną w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;
- (8) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmienił postanowienia Subklauzuli 4.25 Warunków Szczególnych, w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy za zakłócenia czy szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi dotyczyła tylko i wyłącznie okoliczności, kiedy wykonawca wyrządził faktyczną szkodę, a zakłócenie wynikało ponad przeciętną miarę, oraz ewentualnie nakazanie Zamawiającemu szczegółowego opisanie norm za przekroczenie, których wykonawca może ponosić ewentualną odpowiedzialność wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy;
- (9) nakazanie Zamawiającemu, aby ten zmienił postanowienia m.in. Rozdziału XV pkt 6 ppkt 2 SIWZ w taki sposób, aby odpowiedzialność wykonawcy do zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia ograniczała się tylko do takich elementów uzbrojenia, które były uwidocznione na dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, ewentualnie dokumentach powszechnie dostępnych;

Two handwritten signatures in black ink are located at the bottom right of the page. The first signature is a stylized, cursive 'B' followed by a flourish. The second signature is the letters 'MR' in a bold, blocky font.



- (10) nakazanie Zamawiającemu, aby ten m.in. w Rozdziale XV pkt 9 SIWZ , oraz Subklauzuli 8.3 Warunków Szczególnych przywrócił 28 dniowy termin na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac budowlanych;
- (11) nakazanie Zamawiającemu wykreślenie w § 51 Umowy o Roboty Budowlane postanowień dot. możliwości ubiegania się przez wykonawcę o wypłatę podwyższonego wynagrodzenia w przypadku, gdy w toku wykonywania robót zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które ilościowo wykraczać będą poza ilość opisaną w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, i wprowadzenie wyraźnych postanowień, że rozliczenie nastąpi na podstawie obmiarów i faktycznych ilości wykonanych prac, zgodnie z cenami jednostkowymi wskazanymi w Tabeli Elementów Rozliczeniowych;
- (12) nakazanie Zamawiającemu przywrócenia w Subklauzuli 1.7 Warunków Szczególnych ppkt (b) o treści: każda Strona może scedować swoje prawa do płatności należnych lub mających stać się należne z tytułu Kontraktu jako zabezpieczenie na rzecz banku lub innej instytucji finansowej;
- (13) nakazanie Zamawiającemu przywrócenie Subklauzuli 1.1.4.3 dot. Kosztu oraz przywrócenie w Subklauzulach 1.9 i 4.7 możliwości ubiegania się przez Wykonawcę w przypadku wystąpienia okoliczności w tych Subklauzulach opisanych – zapłaty za taki Koszt;
- (14) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wprowadził do Warunków Szczególnych Subklauzulę 13.8, w której wskaże postanowienia dot. indeksowania czy też waloryzowania cen z oferty wykonawcy np. o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS;
- (15) nakazanie Zamawiającemu zmianę sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) a) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) a) SIWZ na następujący sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu:
- „warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum: dwie prace podobne polegające na budowie lub przebudowie torowiska tramwajowego wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m”;



- (16) nakazanie Zamawiającemu zmianę sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia, opisanego w Sekcji III pkt III.2.3. 1.2) d) (Kwalifikacje techniczne) ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V pkt 2 ppkt 2) d) SIWZ - poprzez jego wykreślenie zarówno z ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ;
- (17) nakazanie wykreślenia Zamawiającemu opisanego m.in. w: Rozdziale V pkt 8 SIWZ, Rozdziale XV pkt 15 SIWZ oraz pkt VI.3.I.b Ogłoszenia o zamówieniu – obowiązku przedłożenia do oferty opisu rozwiązań równoważnych, i wprowadzeniu postanowień na podstawie, których wykonawca dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie miał obowiązek przedłożenia opisu rozwiązań równoważnych jeżeli będzie chciał takowe wprowadzić,

Ponadto wnosi o:



- (18) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;

oraz

- (19) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego (opisanych szczegółowo w niniejszym odwołaniu), m.in. opisu przedmiotu zamówienia, wiedzy i doświadczenia, które to czynności i zaniechania, stoją w ewidentnej sprzeczności z przepisami PZP i innych ustaw, interes Odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu robót stanowiących przedmiot zamówienia, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu, i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2012 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania został zachowany. Wynosi on bowiem 10 dni i upływa w dniu 07 sierpnia 2012 r.

## Uzasadnienie

(1)

Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia kosztów wynikających ze „Zwiększonej pracy przewozowej oraz wozokilometrów, wynikających ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji” należy uznać za nieuzasadnione. Takie zachowanie nie pozwala bowiem wykonawcom na należyte przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Należy bowiem zauważyć, że koszt zorganizowaniu komunikacji to również element cenotwórczy mający wpływ na wysokość ceny oferty. Żeby jednak wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę w tym zakresie, to potrzebne są od Zamawiającego szczegółowe informacje dot. m.in. ceny wozokilometra, przygotowanie pewnych wytycznych dot. ilości wozokilometrów, opisanie co Zamawiający rozumie pod pojęciem „zwiększonej pracy przewozowej” itp. Brak tych informacji nie pozwala na należyte przygotowanie oferty w tym zakresie, co przekłada się również na późniejszą porównywalność i ocenę tych ofert.

Dlatego też należy się opowiedzieć, za wyłączeniem z zakresu obowiązków wykonawcy ponoszenia kosztów związanych ze „zwiększoną pracą przewozową oraz wozokilometrami, wynikającymi ze zmiany tras komunikacji miejskiej w trakcie realizacji inwestycji”. Tylko taka okoliczność pozwoli bowiem wykonawcom rzetelnie przygotować ofertę w zakresie faktycznych obowiązków jakie powinny spoczywać na wykonawcy.

Ewentualnie Odwołujący wskazuje, że jeżeli powyższy koszt miałby jednak obciążać wykonawców, to Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, czyli poprzez wskazanie np. cen dodatkowych wozokilometrów, założeń dot. ilości wozokilometrów, itp. Brak takiego opisu nie pozwala wykonawcą na rzetelne przygotowanie oferty, a należy się opowiedzieć za stanowiskiem, że wręcz uniemożliwia jej przygotowanie.

W tym miejscu godzi się przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2011 r. (KIO 1006/11), w którym KIO stwierdziła m.in., że: „*W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenie art. 29 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia – zasługuje na uwzględnienie w zakresie ustalenia podmiotu zobowiązanego do finansowania kosztów komunikacji zastępczej (...)*”.

BR MR

(2)

Odwołujący wskazuje, że z zakresu przedmiotu zamówienia winien zostać wykreślony obowiązek wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie, i co się z tym wiąże wykonanie projektu technicznego (określającego szczegółowo technologię i technikę przemieszczenia budynku) ekspertyzę techniczną (jeżeli będzie potrzebna) i uzyskanie pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków. Należy wskazać, że sam Zamawiający wskazuje m.in. w Warunkach Szczególnych (Subklauzula 13.3) na okoliczność braku możliwości zmiany lokalizacji budynku zgodnie z załączoną dokumentacją. Tym samym przewiduje on taką ewentualność. Jeżeli zatem taka ewentualność jest przewidywana już na etapie postępowania przetargowego, to ta część zamówienia powinna być już na tym etapie postępowania usunięta z zakresu robót do wykonania. Przesunięcie budynku nie jest bowiem typową charakterystyczną czynnością, którą zajmują się wykonawcy zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia. W ogóle tego typu czynności należą do rzadkości na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i poza jej granicami. Wymóg wykonania takiej czynności, warunkuje udział wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, zajmujących się na co dzień budową torowisk i infrastruktury towarzyszącej, ze względu na obowiązek dokonania przesunięcia budynku mieszkalnego (niewielkiego fragmentu w całości zakresu przedmiotu inwestycji do wykonania) – na konieczność zawiązania konsorcjum lub też udziału w innej formie podmiotu specjalizującego się w tego typu pracach. Choć jak było o tym wyżej, liczba takich podmiotów oraz ilość wykonanych w ostatnich latach takich przesunięć jest wręcz znikoma.

Z dalece posuniętej ostrożności należy wskazać, że jeżeli obowiązek wykonania przesunięcia budynku mieszkalnego przy ul. Batalionów Chłopskich 61 w Szczecinie, jednak zostałby zachowany, to w takiej sytuacji należy wskazać, że dokumentacja jaką przedstawił w niniejszym postępowaniu przetargowym Zamawiający, całkowicie uniemożliwia przygotowanie oferty cenowej w tym zakresie. Wykonawcy nie dysponują w ogóle np. szczegółowymi informacjami na temat stanu technicznego tego budynku, gruntów itp. co przecież ma bardzo istotne znaczenie przy opracowaniu ewentualnej technologii jego przesunięcia, co z kolei przekłada się na cenę oferty.

(3)

Brak jednoczesnego przekazania Placu Budowy, oraz zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości narzucenia kolejności prowadzenia robót w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego, należy również oceniać w kategorii okoliczności, które stwarzają stan wysokiej niepewności, który przekłada się na brak możliwości rzetelnego przygotowania

ceny ofertowej. Przedmiot zamówienia nie jest bowiem wykonywany w jednym miejscu, ale teren budowy jest rozciągnięty na obszarze o długości kilku kilometrów. Stąd na etapie przygotowanie oferty wykonawca musi wiedzieć w jaki sposób zorganizować pod względem technicznym i organizacyjnym budowę. Co z kolei przekłada się na jego ofertę cenową. Konieczna do tego (jeżeli przewiduje się częściowe przekazywanie dostępu do Terenu Budowy oraz możliwość narzucenia kolejności wykonywanych robót), jest jednak informacja od Zamawiającego dot. harmonogramu przekazywania dostępu do Placu Budowy oraz kolejność prowadzenia robót. Brak tych informacji sprawia, że wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty w sposób obiektywny, przekłada się to w dalszej kolejności na porównywalność złożonych ofert. Przy takim bowiem przekazie Zamawiającego, wykonawcy mogą tylko snuć przypuszczenia co do sposobu przekazywania Placu Budowy oraz kolejności robót do wykonania, a tego typu okoliczności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny mieć miejsca.

(4)

Brak wskazania lokalizacji składowiska na które będą transportowane i złożone materiały z rozbiórki będące własnością Zamawiającego, również sprawia, że wykonawcy nie są w stanie rzetelnie przygotować oferty cenowej.

(5)

Zamawiający zawarł w SIWZ oraz załącznikach do niej bardzo niejednoznaczne postanowienia dot. rozliczenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane. W jednym bowiem miejscu wskazuje, że „Rozliczenie umowy nastąpi po wystawieniu Ostatecznego Świadczenia Płatności. Podstawą płatności będzie jedna faktura wystawiona przez Wykonawcę po otrzymaniu Ostatecznego Świadczenia Płatności zatwierdzonego przez Zamawiającego.” (np. Rozdział XV pkt 11 SIWZ). Z kolei w Warunkach Szczególnych (np. Subklauzule 14.3, 14.6, 14.7) jest mowa o Przejściowych Świadczeniach Płatności, co sugerowałoby, że Zamawiający jednak częściowe płatności przewiduje. Wobec jednak braku jednoznacznego wskazania w tej kwestii, uzasadnione jest doprecyzowanie sposobu płatności przez Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że zupełnie inaczej przedstawia się cena ofertowa w sytuacji, gdy wykonawca musi niejako w całości skredytować całą inwestycję, a inaczej gdy tylko częściowo. Wiąże się to z kosztami kredytu.

Niezależnie jednak od powyższego, jeżeli intencją Zamawiającego jest to, aby za wykonanie przedmiotu zamówienia zapłacić jednorazowo po wykonaniu całego zamówienia, to należy się opowiedzieć za całkowitą niezasadnością takiego stanowiska.



Rzeczona inwestycja jest inwestycją długoletnią (przynajmniej 24 miesiące, choć nie jest niczym nadzwyczajnym przedłużenie terminu realizacji tego typu inwestycji nawet o kilkanaście miesięcy). Jej wartość szacuje się na poziomie ok. 200 mln zł. Przy tego rodzaju inwestycji wprowadzenie jednej płatności po zakończeniu robót, uniemożliwia w zasadzie udział wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu (ewentualnie bardzo nielicznym, którzy są w stanie skredytować całość inwestycji). Wykonawcy (jak np. Odwołujący) którzy wykonują tego typu kontrakty (czasami nawet o większej wartości) w zasadzie nie mogą wziąć udziału w takim postępowaniu z uwagi na to, że otrzymanie całości płatności dopiero po realizacji inwestycji mogłoby zachwiać sytuacją finansową firmy, a w konsekwencji doprowadzić do jej upadłości.

(6)

Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego, do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. W przywołanym przepisie ustawodawca wyraźnie wskazał, jakie dokumenty winien przedłożyć wykonawca, aby uzyskać zgodę na możliwość korzystania przy wykonywaniu zamówienia z podwykonawcy. Wśród tych dokumentów nie wymaga się przedłożenia dodatkowych gwarancji bankowych zapłaty. Również żaden z przepisów PZP nie przewiduje odrębnego zabezpieczenia płatności na rzecz podwykonawców. Stąd należy uznać wymóg przedstawienia takiego zabezpieczenia za nieuzasadniony z uwagi na to, że żaden z przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa nie przewiduje takiej gwarancji. Wymóg jej przedstawienia stanowi przejaw nadużycia prawa i swobody w kształtowaniu stosunków zobowiązaniowych.

Godne uwagi jest to, że Zamawiający nie wprowadził zakazu korzystania z podwykonawców. Żądanie jednak takiego zabezpieczenia powoduje to, że w lepszej sytuacji stawia się wykonawców, którzy nie będą korzystali z podwykonawców lub mniejszym zakresie. Koszt uzyskania bowiem takiej gwarancji bankowej wpływa na cenę oferty.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje, że jeżeli Zamawiający chce się zabezpieczyć przed ewentualnym „podwójną płatnością” to wystarczającym sposobem, który nie będzie powodował dodatkowych kosztów dla wykonawcy i podrażał przez to oferty, jest przelew wierzytelności świadczenia pieniężnego (wynagrodzenia) należnego wykonawcy od Zamawiającego na rzecz podwykonawcy.

(7)

Za przejaw nadużycie prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej, należy uznać wprowadzenie kary umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe.

Za przejaw nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody umów należy również uznać brak postanowień umownych, które anulowałyby tzw. kary umowne pośrednie (np. za przerwę w realizacji Robót powstałą z winy wykonawcy powyżej 21 dni, czy za niedotrzymanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania), w przypadku, gdy wykonawca zrealizuje w terminie zamówienie. Tego typu kary nie pełnią bowiem funkcji kary umownej, czyli swego rodzaju rekompensaty w formie zryczałtowanego odszkodowania, ale stanowią nieuzasadniony niczym sposób dodatkowego wzbogacenia się kosztem wykonawcy.

Przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów jest również brak przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w takiej samej wysokości w jakiej kara ta przysługuje Zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

(8)

Naruszeniem zasady swobody kontraktowej oraz nadużyciem prawa jest także przerzucenie na wykonawców całkowitej i nieograniczonej odpowiedzialności za zakłócenia czy też szkody wobec właścicieli posesji i budynków sąsiadujących z Terenem Budowy, w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi. Wykonawca może bowiem odpowiadać za wyrządzoną rzeczywistą szkodę w związku z prowadzonymi przez niego robotami. Może również ponosić odpowiedzialność za zakłócenia, które wykraczają zdecydowanie ponad przeciętną miarę przy tego typu robotach. Przy czym pewne normy powinny być wskazane przez Zamawiającego już na etapie postępowania przetargowego, tak aby nie było wątpliwości za co wykonawca odpowiada. Tymczasem przy takich postanowieniach kontraktu, wykonawca ponosi nieograniczoną odpowiedzialność sprowadzającą się w skrajnych przypadkach do tego, że będzie ponosił odpowiedzialność za sam fakt wykonywania robót budowlanych (np. odpowiedzialność wobec właścicieli pobliskich sklepów za utracone korzyści), czy związaną za emisję hałasu w związku z prowadzonymi robotami.



Wszystko to sprawia, że również w tym wypadku wykonawca nie może przygotować należycie oferty, ponieważ nie wie jaki musi przewidzieć koszt na ewentualne odszkodowania, za szkody które nie ponosi odpowiedzialności.

(9)

Wykonawca nie może również ponosić nieograniczonej odpowiedzialności za zabezpieczenie istniejącego uzbrojenia. Odpowiedzialność ta może się ograniczać tylko do zabezpieczenia istniejącego uzbrojenia, ale w zakresie w jakim jest ono uwidocznione w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, czy też w dokumentach powszechnie dostępnych.

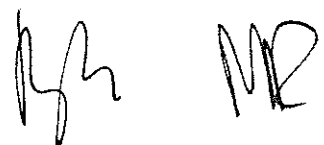
Takie przerzucenie nieograniczonej odpowiedzialności jest przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów. Ma ono również wpływ na przygotowanie ceny ofertowej.

(10)

Odwołujący wskazuje, że przy tak ogromnej inwestycji z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, żądanie 14 dniowego na opracowanie i przekazanie szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego Prac Budowlanych, należy uznać za termin nierealny co czyni to świadczenie w zasadzie niemożliwym. Stąd zasadne jest wskazanie terminu 28 dniowego, a zatem takiego jaki przewidują warunki kontraktowe wg FIDIC.

(11)

Przedmiotowe zamówienie opiera się na warunkach kontraktowych wg tzw. „Czerwonego FIDIC”, czyli przewidziano w nim tzw. wynagrodzenie kosztorysowe (z pewnymi elementami ryczałtu), na podstawie obmiarów powykonawczych i wynikających z nich faktycznych ilość wykonanych prac przy uwzględnieniu cen jednostkowych wynikających z Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Charakterystycznym elementem takiego rozliczania się jest to, że faktyczna ilość prac jest zazwyczaj odmienna od tego opisanego w przedmiarze (w tym przypadku w Tabeli Elementów Rozliczeniowych). Ulega ona zmniejszeniu lub zwiększeniu. Jeżeli zatem faktyczna ilość prac okaże się większa niż ta przewidziana w Tabeli Elementów Rozliczeniowych to wykonawcy należy się za nie wynagrodzenia w ramach normalnego wynagrodzenia, a nie jak przewidział to Zamawiający w ramach dodatkowego podwyższonego wynagrodzenia, do którego przysługiwać będzie wykonawcy co najwyżej uprawnienie. Taka sytuacja





również powoduje stan niepewności po stronie wykonawcy, czy otrzyma on należne mu wynagrodzenie.

Na marginesie należy wskazać, że przywołany przez Zamawiającego art. 630 § 1 Kodeksu cywilnego, dotyczy dodatkowych nie przewidzianych prac, a nie zwiększenia ilości prac przewidzianych.

(12)

Za utrudnienie dostępu do udziału w przedmiotowym postępowaniu, zwłaszcza w kontekście tego, że Zamawiający przewiduje (najprawdopodobniej) jednorazową płatność po wykonaniu całości zamówienia, jest okoliczność uprzedniego uzyskania zgody na przelew wierzytelności. Wymóg uzyskania takiej zgody w każdym przypadku, bez wyłączenia obowiązku uzyskania takiej zgody np. w przypadku przelewu wierzytelności na rzecz banku, stawia w bardzo niekorzystnej sytuacji wykonawców ubiegających się o kredyt. Banki bowiem uzależniają udzielenie takiego kredytu od ustanowienia zabezpieczenia jego spłaty w postaci m.in. przelewu wierzytelności (w postaci wynagrodzenia) wykonawcy, jaka przysługuje mu wobec Zamawiającego. Stąd brak takiej zgody już na etapie postępowania przetargowego, bardzo utrudnia (wręcz uniemożliwia) wykonawcy możliwość negocjowania z bankami ws. udzielenia kredytu na wykonanie rzeczowej inwestycji, co z kolei znacznie utrudnia przygotowanie oferty cenowej.

Stąd zasadne jest przywrócenie pierwotnego brzmienia klauzuli 1.7 w Warunkach Szczególnych w zakresie przelewu wierzytelności na rzecz banku.

(13)

Za naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz nadużycie prawa, należy także uznać, wykreślenie w Warunkach Szczególnych Subklauzuli 1.1.4.3 dotyczącej Kosztu, i co się z tym wiąże wykreślenie Subklauzulach 1.9 oraz 4.7 uprawnienia wykonawcy do domagania się takiego Kosztu. Należy bowiem zauważyć, że wykonawca winien mieć prawo do domagania się od Zamawiającego zwrotu takiego Kosztu w sytuacji np. opóźnień w przekazaniu rysunków koniecznych do prowadzenia robót przez wykonawcę, czy też błędów w wytyczeniach w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego. Okoliczności te mogą np. spowodować przestój na budowie, który z kolei generuje określone koszty. Zagwarantowanie prawa do domagania się zwrotu takiego Kosztu sprawia, że wykonawca nie musi w kalkulowywać takiego kosztu w cenę oferty, co jak nietrudno się domyśleć jest bardzo trudne, a wręcz niemożliwe. Stąd zasadne jest, aby wykonawcy mieli możliwość domagania się zwrotu takiego Kosztu od Zamawiającego.

JK MR

(14)

Z uwagi na to, że termin na realizację zamówienia wynosi 24 miesiące, to oznacza to, że mamy w tym przypadku do czynienia z kontraktem wieloletnim. Wykonawcy nie są jednak w stanie przewidzieć jak może się zmienić w tym czasie sytuacji na rynku cenowym materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia. Stąd zasadnym jest wprowadzenie w umowie mechanizmów dot. indeksacji czy też waloryzacji cen, chociażby o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych Prezesa GUS. W ten sposób ryzyko podniesienia cen produktów jest ograniczone, wykonawcy mają bowiem zapewniony pewien mechanizm ochronny wynikający wprost z umowy, a przez to oferty wykonawców są ze sobą bardziej porównywalne.

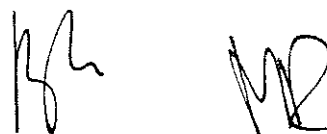
(15)

Jeżeli idzie o doświadczenie zdobywane przy pracach polegających na budowie lub przebudowie torowisk tramwajowych (czy jakichkolwiek innych) wraz z trakcją tramwajową (czy też jakąkolwiek inną), to doświadczenie zdobywa się nie poprzez ilość wykonanych kontraktów, ale przez długość faktycznie wykonanych torowisk i trakcji. Na taki też aspekt zdaje się, że kładzie główny nacisk sam Zamawiający podając minimalną długość wykonanych torowisk tramwajowych i związaną z nią trakcję.

Tym samym dla właściwej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w kontekście powyższego winno być wystarczające wykazanie się przez wykonawców przynajmniej dwiema robotami budowlanymi obejmującymi budowę lub przebudowę torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową o łącznej długości minimum 1000 m.

Sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powoduje to, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem zachowania zasady uczciwej konkurencji, oraz równego traktowania wykonawców, a sam opis sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż opisanie sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu eliminuje wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie budowy lub przebudowy torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową, którzy łącznie wykonali większą długość niż wymaga Zamawiający z dwóch odrębnych robót, a nawet większą łączną ilością niż jest do wykonania w przedmiotowym zamówieniu.

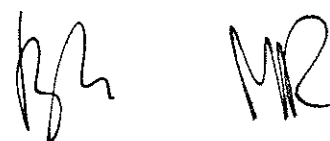
Two handwritten signatures in black ink are located at the bottom right of the page. The first signature is a stylized, cursive 'K' followed by a flourish. The second signature is a stylized 'MR' with a flourish.

Stosownie do treści przepisu art. 22 ust. 4 PZP, opis sposobu oceny dokonywania spełnienia warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia, oraz proporcjonalny do tego przedmiotu. W przedmiotowym postępowaniu pierwsza przesłanka jest spełniona, natomiast nie została spełniona druga przesłanka dotycząca proporcjonalności.

Ustawa PZP nie wskazuje na to co należy rozumieć pod pojęciem „proporcjonalny”. Posiłkując się poglądami doktryny można wskazać, że:

*„Ustawa nakazuje też dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. „Proporcjonalny” oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym Słowniku Języka Polskiego, mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nienadmierny. W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W wyroku z dnia 27 października 2005 r., C-234/03, Conste S.A. Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) ECR 2005, nr 10B, poz. I-09315, ETS uznał za nieproporcjonalny warunek posiadania potencjału technicznego, gdyż żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem było nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.” (Prawo zamówień publicznych – Komentarz, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, 4 Wydanie, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2010, s. 159-160).*

W przedmiotowym postępowaniu zasada proporcjonalności nie została zachowana. Celem bowiem postawienia przez Zamawiającego warunku, jest to, aby w postępowaniu wzięli udział wykonawcy, którzy poprzez posiadanie stosownego doświadczenia zapewnią należyte wykonanie zamówienia. Taki cel opisanie warunku jest jak najbardziej oczywisty. Zamawiający winien tak opisać warunek, aby stworzyć konkurencję pomiędzy wykonawcami, którzy podążają zadaniu jakie jest do wykonania. Skoro zatem dla Zamawiającego istotne jest długość zrealizowanych robót budowlanych polegających na



budowie lub przebudowie torowisk tramwajowych wraz z trakcją tramwajową, to winien on oceniać łączną długość wykonanych przynajmniej dwóch robót.

Takie zachowanie Zamawiającego należy uznać za przekroczenie granic proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 PZP, i jako działanie naruszające zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skoro uniemożliwia się w nim udział wykonawcom posiadającym stosowne doświadczenie umożliwiające im wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

(16)

Za przejaw złamania zasady proporcjonalności opisanej w pkt (14) powyżej należy również uznać wymóg wykazania się przez wykonawcę w zakresie wykonania minimum jednej pracy podobnej polegającej na zmianie lokalizacji obiektu budowlanego kubaturowego poprzez jego przesunięcie.

Prace te stanowią bowiem tylko niewielką część całości inwestycji. Co oznacza, że Zamawiający nie powinien weryfikować wykonawców pod względem doświadczenia w wykonywaniu każdej pracy jaka jest w zakresie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza gdy stanowi ona niewielką część zakresu przedmiotu zamówienia. Poza tym należy wskazać, że praca ta jest na tyle nietypową i odbiegającą o zakresu typowych prac dla rzeczonyj inwestycji, jak również innych tego typu. Stąd wykonawcy posiadający ogromne doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie inwestycji polegającej na rozbudowie infrastruktury tramwajowej, nie mogą złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, ewentualnie są zmuszeni do szukania podmiotów mających takie doświadczenie. Przy czym jak było już o tym wcześniej zarówno w Rzeczypospolitej Polskiej, jak również poza jej granicami tego typu prace przeprowadza się bardzo rzadko, i liczba podmiotów legitymujących się doświadczeniem w wykonywaniu tego typu prac jest bardzo ograniczona.

Dlatego też zasadnym jest wykreślenie przywołanych postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dot. oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Zamawiający winien bowiem dokonywać weryfikacji wykonawców pod kątem tego stanowi istotę przedmiotu zamówienia (czyli infrastruktury tramwajowej, jak: trakcje, torowiska), a nie pod kątem drobnych wycinków z tego zakresu stanowiących tylko niewielką część przedmiotu zamówienia i całkowicie od niego oderwaną.

(17)

Two handwritten signatures in black ink are located at the bottom right of the page. The first signature is a stylized, cursive 'BZ' or similar. The second signature is a stylized 'MR' or similar.

Zamawiający w Rozdziale XV pkt 15 SIWZ wskazał, że nazwy własne zawarte w dokumentacji przetargowej są przykładowe. Zamawiający dopuszcza zastosowanie produktów równoważnych pod warunkiem, że zaproponowane wyroby, materiały, urządzenia i technologie będą spełniały te same normy, parametry, standardy oraz zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany załączyć do oferty opis rozwiązań równoważnych, o których mowa w Rozdziale V pkt 8 SIWZ. Z kolei w Rozdziale V pkt 8 SIWZ, Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom, wykonawcy mają dołączyć do oferty następujące dokumenty: opis rozwiązań równoważnych – jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie (w przypadku, o którym mowa w Rozdz. XV pkt 15 SIWZ).

Wymóg żądania przez Zamawiającego powyższego dokumentu już na etapie składania ofert należy uznać za całkowicie chybiony i naruszający wyrażoną w art. 25 ust. 1 PZP zasadę możliwości żądania przez Zamawiającego tylko dokumentów i oświadczeń, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Przedmiotem niniejszego postępowania są bowiem roboty budowlane, a nie dostawy określonych rzeczy. Tym samym na etapie oceny oferty nie powinien być oceniany sposób wykonywania zamówienia. Wykonawca ma go bowiem wykonać zgodnie z przedłożoną przez Zamawiającego dokumentacją. Tymczasem żądanie tego typu wykazu już na etapie składania ofert może być rozumiane jako deklarację wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, co w przypadku robót budowlanych nie jest niczym uzasadnione, i bardzo często jest uzasadnione konkretnymi zatałymi warunkami. Przy czym zawsze się to musi odbywać w zgodzie z dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie należy uznać za konieczne i zasadne.

Z poważaniem

Zastępca Dyrektora Spółki  
Członek Zarządu

*Marcin Raubo*

Zastępca Dyrektora Spółki  
Członek Zarządu

*Piotr Barboszewski*

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- odpis z KRS Odwołującego