

GT.271.1.16.AS

Kraków, dnia 05.09.2016 r.

Informacja dla wszystkich Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Trasy Łagiewnickiej w Krakowie od skrzyżowania z ul. Grota-Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej”.

INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA

Nr sprawy: EZ/72/2016

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający przekazuje kopię odwołania stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszego pisma oraz wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Informujemy, iż zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Załącznik:

Treść odwołania wniesionego przez ASTALDI S.P.A. Spółka Akcyjna

PREZES ZARZĄDU

Jerzy Marcinko

Wiceprezes Zarządu

Mariusz Piątkowski

Warszawa, dnia 2 września 2016 r.

Nr. Pisma: 0254-2016/AK/AK/E158

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący:

ASTALDI S.p.A. ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym (Włochy)
Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A.
Via della Cooperazione 34 40129 Bologna, Włochy

Adres do korespondencji:

Astaldi S.p.A. Oddział w Polsce
ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa
fax: 22 536 01 60
e-mail: biuro@astaldi.com; k.stec@astaldi.com

Zamawiający:

Trasa Łagiewnicka Spółka Akcyjna
ul. Zbrojarzy 34
30-412 Kraków
Mail: sekretariat@trasalagiewnicka.krakow.pl
Adres strony internetowej: www.trasalagiewnickasa.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Trasy Łagiewnickiej w Krakowie od skrzyżowania z ul. Grota – Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej.”

Znak sprawy: EZ/72/2016

ogłoszenie o zamówieniu: zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.08.2016 Dz.U./S S161 290684-2016-PL



ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm. – dalej ustawa „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowym sformułowaniu w wyżej wymienionym postępowaniu, w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert w zakresie wskazaniem poniżej w treści odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucam:

- naruszenie art. 41 pkt 7, pkt 7a oraz 9 Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu wymaganych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, wykazu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału i braku podstaw wykluczenia oraz kryteriów oceny ofert i ich znaczenia,
- naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 1a, art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione jego specyfiką oraz naruszające równą i uczciwą konkurencję w postępowaniu, opisanie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,
- naruszenie art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 2d Pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert „termin złożenia kompletnych wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych wraz z uzyskaniem wszczęcia postępowań, potwierdzonych uzyskaniem stosownych zaświadczeń od właściwych organów administracyjnych o wadze 10%” pomimo że deklarowany termin złożenia wniosków o wydanie decyzji nie jest od niego zależny ponieważ dotyczy organów wydających decyzje administracyjne,
- naruszenia art. 7 ust. 1, art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 2 ust. 1 i 16 ustawy Prawo autorskie,
- naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, który stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ w sposób niekonkretny, niejasny i niewyczerpujący, w tym uniemożliwiający identyfikację i kalkulację ryzyka oraz zakresu przedmiotu zamówienia, co stanowi o opisie, który może utrudniać uczciwą konkurencję (nieporównywalność ofert)
- naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz 2 Pzp poprzez wadliwe opisanie wymagań Zamawiającego w zakresie świadczeń gwarancyjnych - Załącznik nr 2 do SIWZ Istotne postanowienia umowy - Załącznik nr 3 Karta gwarancyjna s. 82 pkt 3.2. Opis przedmiotu świadczeń gwarancyjnych w zakresie kosztów eksploatacji oraz kosztów serwisu koniecznych do zachowania Gwarancji udzielonych przez producentów maszyn lub urządzeń, został dokonany w sposób uniemożliwiający identyfikację i kalkulację tych kosztów co stanowi

także o opisanu zamówienia w sposób który może utrudniać uczciwą konkurencję (nieporównywalność ofert).

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez:

- zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu w sposób uwzględniający wymagania art. 41 Pzp,
- zmianę treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej sumy gwarancyjnej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia poprzez jej obniżenie z aktualnego poziomu 300 000 000 zł do maksymalnie 100 000 000 zł,
- zmianę kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie kryterium opisanego jako: „termin złożenia kompletnych wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych wraz z uzyskaniem wszczęcia postępowań, potwierdzonych uzyskaniem stosownych zaświadczeń od właściwych organów administracyjnych”,
- zmianę Załącznika nr 2 Istotne postanowienia umowy w zakresie Warunków Szczególnych Kontraktu odnoszących się do uregulowań w zakresie praw autorskich zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania,
- zmianę Załącznika nr 4 do SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy w zakresie określonym w treści odwołania.
- zmianę Załącznika nr 2 Istotne postanowienia umowy w zakresie Załącznika nr 3 Karta gwarancyjna s. 82 poprzez usunięcie pkt 3.2.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazuje, że jest podmiotem posiadającym możliwość złożenia konkurencyjnej oferty w niniejszym postępowaniu, a możliwości tej nie ograniczają żadne przepisy prawa. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem w szczególności niezgodny z prawem sposób dokonania przez Zamawiającego opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie sumy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, uniemożliwia mu dostęp do zamówienia, analogicznie w przypadku kwestionowanego kryterium oceny ofert.

UZASADNIENIE

I. Zarzuty dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu.

Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dz.UUE pod nr Dz.U./S S161 23/08/2016 290684-2016-PL, postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

W konsekwencji zgodnie z art. 41 Pzp ogłoszenie o zamówieniu w tym trybie zawiera co najmniej m.in.:



Pkt 7) warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia,

a także co dodała nowelizacja Pzp, która weszła w życie w dniu 28.07.br.:

Pkt 7a) wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

Ogłoszenie opublikowane w DzUUE nie zawiera powyższych informacji. Zgodnie z opublikowanym ogłoszeniem w zakresie dotyczącym warunków udziału oraz wymaganych dokumentów:

Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

III.1) Warunki udziału

III.1.1) Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Wykaz i krótki opis warunków:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

a) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 ustawy Pzp oraz na art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4, 8 ustawy.

b) spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności:

i. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

ii. sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

iii. zdolności technicznej lub zawodowej.

III.1.2) Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia

III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe

Kryteria kwalifikacji zgodnie z dokumentami zamówienia

Analogicznie w kwestii wadliwości ogłoszenia w zakresie identyfikacji kryteriów oceny ofert i ich znaczenia.

Zgodnie z art. 41 pkt 9 Pzp ogłoszenie o zamówieniu w przetargu nieograniczonym winno zawierać:

9) Kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

Ogłoszenie opublikowane w DzUUE w przedmiotowym postępowaniu wskazuje jedynie :

II 2.5) Kryteria udzielenia zamówienia

Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia

W powyższym zakresie ogłoszenie o zamówieniu winno być zmienione poprzez opisanie zarówno treści warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumentów wymaganych dla ich spełnienia, a także kryteriów oceny ofert.

Powyzsze zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu są konieczne także uwzględniając źródło finansowania zamówienia i korekty finansowe związane z wymaganą zawartością ogłoszenia o zamówieniu zawarte w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt



finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2016 r., poz. 200). Zgodnie z SIWZ część zamówienia jest przeznaczona do realizacji przy współfinansowaniu ze środków Unii Europejskiej ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, projekt nr 6.1-15 „Budowa linii tramwajowej wzdłuż Trasy Łagiewnickiej”.

II. Zarzuty dotyczące warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganej wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z SIWZ obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w Sekcji 5. Warunki udziału w postępowaniu, w pkt 5.4. w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej wymaga, aby Wykonawca:

a) Posiadał, w ostatnich 3 latach obrotowych a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, minimalny roczny obrót w wysokości 300 000 000 PLN, w tym minimalny roczny obrót w zakresie robót drogowych w wysokości 200 000 000 PLN;

b) posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 200 000 000 zł.

c) posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 300 000 000 PLN,

W ocenie Wykonawcy wymagania jakie stawia Zamawiający są rażąco zawyżone. Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, w szczególności zmienionym brzmieniem art. 7 ust. 1 ustawy, do kategorii zasad udzielania zamówień publicznych zakwalifikowano zasadę proporcjonalności jaką ma się kierować Zamawiający, tak przygotowując jak i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia.

W szczególności przejawem realizacji zasady proporcjonalności na etapie kształtowania treści warunków podmiotowych udziału w postępowaniu jest nowy art. 22 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W zakresie dotyczącym zasady proporcjonalności na jaką wskazują tak normy Pzp dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych jak i konkretne przepisy dotyczące w szczególności kształtowania warunków granicznych dostępu do postępowań, pamiętać również należy, że stawianie przed wykonawcami warunków ograniczających ich udział w postępowaniu musi być zgodne z zasadą proporcjonalności, która nakazuje dobór takiego środka jaki jest konieczny, a zarazem wystarczający do założonego celu.

Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga by środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczały poza to co jest niezbędne dla ich zrealizowania (por. wyrok z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco, rec. 2002, s-I-11453). W ten sam sposób państwa członkowskie są związane zasadą proporcjonalności podczas procesu transpozycji prawa unijnego do prawa krajowego.



Już w 2004 r. ustawodawca unijny przyjmując dyrektywę 2004/18/WE w pkt 2 preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE – w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności. Zasada ta wymaga przeprowadzenia dwustopniowego testu wprowadzanego środka w celu stwierdzenia:

- 1) Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu i nadaje się do jego realizacji?
- 2) Jeśli odpowiedź na pytanie pierwsze jest twierdząca, to czy nie wykracza on poza to co niezbędne, a tym samym czy nie jest nadmierny, oraz czy inne środki byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego celu?

W analizowanym przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję powodując, że o zamówienie nie może ubiegać się wykonawca, który jest zdolny do wykonania zamówienia, realizujący na bieżąco zamówienia o znacznie większym zakresie i wartości, który spełnia pozostałe wymagania tak w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak i pozostałe warunki ekonomiczno-finansowe.

Oznacza to, że Zamawiający nie powinien formułować wskazanych warunków w sposób nadmiernie wygórowany, stawiając potencjalnym Wykonawcom nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, przedmiot zamówienia, wymagania. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, iż proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do. tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców" (uchwała KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KD 30/15). Jednocześnie, w myśl art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle powyższego jest również rzeczą oczywistą, że Zamawiający obowiązany jest formułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby były one obiektywnie możliwe do spełnienia oraz zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Te zasady zostały jednak przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu naruszone

Wykonawca spełnia z naddatkiem warunki takie jak wymagane obroty czy dostępne środki, czy zdolności kredytowe, a jednocześnie nie spełnia wygórowanego warunku dotyczącego polisy OC. Odwołujący jest koncernem międzynarodowym, który od wielu lat realizuje usługi, których zakres rzeczowy jest zbieżny z przedmiotem zamówienia, na rzecz różnych Zamawiających tak w kraju jak i za granicą, w tym w szczególności tylko na terenie Polski takie jak: „Projekt i rozbudowa drogi krajowej nr 8 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Piotrków Trybunalski – Rawa Mazowiecka od km 324+772 do km 386+000”, „Projekt i budowa II linii metra od stacji Rondo Daszyńskiego do stacji Dworzec Wileński w Warszawie” czy też „Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 – Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska” do węzła „Lubelska” z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km;

W żadnym z powyższych przypadków Zamawiający nie określał warunków w zakresie wymaganego poziomu sumy gwarancyjnej polisy OC na tak wysokim poziomie, mimo że wartości tych zamówień były wyższe niż wartość przedmiotowego zamówienia, co w żaden sposób, nie miało wpływu na sposób wykonania usług, ich terminowość oraz jakość.



W analizowanym przypadku z pewnością nie można uznać za zgodnego z powyższymi zasadami środka, który już na wstępie ogranicza w sposób znaczny i kompletnie nieuzasadniony konkurencję.

Odnosząc się do celu żądania dokumentu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, jako dokumentu mającego na celu potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, dokumenty składane w ramach tego warunku mają zaświadczać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Bez znaczenia, w świetle obowiązujących przepisów pozostaje przy tym, na jakiej podstawie, za pomocą jakich stosowanych przez siebie instrumentów, ubezpieczyciel dokonał oceny zdolności ubezpieczeniowej. Istota zdolności ekonomicznej i finansowej sprowadza się więc tym wypadku do udzielenia ochrony ubezpieczeniowej danemu podmiotowi (uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia). W ramach tak rozumianej zdolności mieści się więc posiadanie przez wykonawcę dodatkowego aktywu, jakim jest posiadanie obietnicy spełnienia świadczenia z ubezpieczenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego dla wykonawcy, pociągającego szkodę zdarzenia. Ten element gwarancyjny ubezpieczenia, dający wykonawcy zabezpieczenie wypłaty świadczenia w razie wystąpienia określonego zdarzenia, a tym samym – zapewnienie przysporzenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego zdarzenia stanowi istotę zdolności ekonomicznej i finansowej wynikającej z posiadania przez wykonawcę polisy OC. Ta gwarancja kompensaty doznanej szkody wynikająca z posiadania polisy OC stanowi z jednej strony zabezpieczenie, że wykonawca będzie dysponował możliwością zminimalizowania negatywnych skutków ewentualnego zdarzenia, dając większą pewność i bezpieczeństwo zawieranych z nim kontraktów (np. przez zamawiającego), z drugiej zaś – zakłada uprawdopodobnienie, że w razie szkody sytuacja zamawiającego w ramach zawartej umowy będzie o tyle bezpieczna, że wykonawca posiada zapewnienie naprawienia szkody w wymaganej w postępowaniu wysokości. W świetle powyższego, istotą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest zatem z jednej strony zbadanie przez ubezpieczyciela – na podstawie stosowanych przez niego metod badania - zdolności danego podmiotu do objęcia go ochroną ubezpieczeniową, z drugiej zaś – zapewnienie na zasadach wymaganych w postępowaniu gwarancji świadczenia przez ubezpieczyciela w razie zaistnienia szkody.

Jak wskazuje Prezes UZP w opinii prawnej „*Opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*”

Celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podzielić w tym zakresie należy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

Dla żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy, zamawiający powinien sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia siwz, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10).



Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

(1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);

(2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

W przedmiotowym postępowaniu zabezpieczenie interesu Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia jest realizowane poprzez obowiązek ubezpieczenia kontraktu przez Wykonawcę.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWZ Istotne dla stron postanowienia umowy - klauzula 18 Ubezpieczenia, Zamawiający wymaga od wykonawców aby (klauzula 18.1):

na własny koszt zawrze w Towarzystwie Ubezpieczeniowym, utrzyma w mocy i przedłoży Zamawiającemu, najpóźniej w terminie podpisania Kontraktu, polisy ubezpieczeniowej Kontraktu

dotatkowo:

Wykonawca ma obowiązek dokonać cesji praw z polisy ubezpieczeniowej CAR/EAR na rzecz Zamawiającego. Świadczenie Ubezpieczyciela będzie przeznaczone na naprawienie szkód.

Zgodnie z Klauzulą 18.2 - *Wykonawca zobowiązany jest ubezpieczyć Roboty, Urządzenia, Materiały i Dokumenty Wykonawcy na sumę nie niższą niż Zatwierdzona Kwota Kontaktowa. Ubezpieczenie winno być w mocy od dnia podpisania Kontraktu aż do dnia wystawienia Świadectwa Wykonania.*

Mając powyższe na względzie Wykonawca będzie miał obowiązek przed zawarciem umowy, jako warunek jej zawarcia, przedstawić Zamawiającemu stosowną polisę ubezpieczenia kontraktu jako realne zabezpieczenie jego interesów.

Wymagania powyższe, tj. oblig ubezpieczenia kontraktu jest standardem na rynku wykonawstwa robót budowlanych, tak w kraju jak i za granicą, i zabezpiecza interesy Inwestora na etapie realizacji zamówienia. Tym samym, skoro praktyką rynkową jest wymaganie bardzo wysokich sum ubezpieczenia (dla kwot kontraktowych), które eliminuje praktycznie wszelkie ryzyka Zamawiającego w tym zakresie na etapie wykonawstwa robót, nie jest praktykowane utrzymywanie wygórowanych i kosztotwórczych (a jak widać na podstawie praktyk ubezpieczania kontraktów także bezcelowych) dodatkowych gwarancji ubezpieczeniowych. Tego skutkiem jest posiadanie nawet przez dużych wykonawców, jak koncern Astaldi, polis ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności na niższym, niezbędnym poziomie, ale z pewnością nie na poziomie ubezpieczonych już odrębnie kontraktów.

W tej sytuacji warunek postawiony przez Zamawiającego na poziomie wymaganej sumy ubezpieczenia na poziomie minimum 300 mln zł jest w ocenie Odwołującego ustalony na nierynkowym i ograniczającym konkurencję w sposób nieuzasadniony poziomie.

W przedmiotowym postępowaniu, uwzględniając jego zakres rzeczowy oraz preliminowaną jedynie przez Wykonawcę wartość, wymagana suma ubezpieczenia OC na poziomie 300 mln zł jest rażąco wygórowana. W ocenie Wykonawcy wymaganie takie na poziomie 100 mln zł byłoby wymaganiem proporcjonalnym i nie



ograniczającym uczciwej konkurencji. Poziom powyższy wraz z pozostałymi warunkami ekonomiczno-finansowymi dotyczącymi wysokości obrotów (min. 300 mln zł w tym min. 200 mln zł w zakresie robót drogowych) oraz dostępnych środków/zdolności kredytowej wykonawców (min. 200 mln zł) gwarantuje, że o zamówienie będą ubiegali się wyłącznie wykonawcy o adekwatnym do skali przedsięwzięcia potencjale.

Jak wskazuje nowy art. 22c ust. 1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Z powyższego w powiązaniu z brzmieniem Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), które wskazuje w § 2 ust. 2 pkt 4 na prawo Zamawiającego żądania dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Zatem jak wynika z powyższego żaden przepis nie wskazuje na powiązanie wysokości sumy ubezpieczenia z wartością zamówienia, a jedynie z jego zakresem przedmiotowym. Bez wątpliwości nie jest intencją Zamawiającego eliminacja wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, którzy składając ofertę automatycznie godzą się na zawarcie, w chwili udzielenia im zamówienia, umowy ubezpieczenia kontraktu do wysokości sumy kontraktowej.

III. Zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert „termin złożenia kompletnych wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych wraz z uzyskaniem wszczęcia postępowań, potwierdzonych uzyskaniem stosownych zaświadczeń od właściwych organów administracyjnych”

Zgodnie z SIWZ Sekcja 17 Zamawiający określił jako jedno z kryteriów oceny ofert, i to na znaczącym poziomie bo aż 10%, kryterium które zostało opisane jako termin złożenia kompletnych wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych wraz z uzyskaniem wszczęcia postępowań, potwierdzonych uzyskaniem stosownych zaświadczeń od właściwych organów administracyjnych.

Specyfikacja przewiduje punktację w tym kryterium wg deklarowanego terminu złożenia wniosków odpowiednio:

17.5. W kryterium „termin złożenia kompletnych wniosków o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych wraz z uzyskaniem wszczęcia postępowań, potwierdzonych uzyskaniem stosownych zaświadczeń od właściwych organów administracyjnych” oferta Wykonawcy otrzyma dodatkowe punkty, jeżeli wykonawca w formularzu oferty oświadczy, że

- złoży wnioski o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i uzyska zaświadczenia o wszczęciu postępowań do dnia 31 sierpnia 2017 r. - Zamawiający przyzna ofercie Wykonawcy 10 punktów.

- złoży wnioski o wydanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i uzyska zaświadczenia o wszczęciu postępowań do dnia 30 września 2017 r. - Zamawiający przyzna ofercie Wykonawcy 5 punktów.

Jednocześnie zaś zgodnie z Załącznikiem 2 do SIWZ Istotne postanowienia umowy - Klauzula 8.7 Kary za zwłokę Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

4) za opóźnienie niezależne od zawinienia albo stopnia zawinienia Wykonawcy w stosunku do terminu złożenia kompletnych wniosków o wydanie decyzji administracyjnych zezwalających na rozpoczęcie realizacji robót, potwierdzonych stosownymi zaświadczeniami właściwych organów administracyjnych o wszczęciu postępowania w sprawie wydania ww. decyzji, wskazanego w Formularzu Oferty tj.;

a. na dzień 31.08.2017 r. w wysokości 3 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;

b. na dzień 30.09.2017 r. wysokości 2 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;

W ocenie Odwołującego kryterium oceny ofert w powyższym brzmieniu stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp i jednocześnie naruszenie art. 91 ust. 2d Pzp. Realizacja zawartego w ofercie oświadczenia wykonawcy o deklarowanym terminie złożenia wniosków o wydanie decyzji, na etapie realizacji zamówienia nie jest od niego zależna, ponieważ zależy od organów wydających decyzje administracyjne, na działalność których wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu. Po drugie zaś, wbrew wymaganiom art. 91 ust. 2d Pzp, kryterium uniemożliwia na etapie oceny ofert, sprawdzenie informacji przedstawianych przez Wykonawców.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o usunięcie powyższego kryterium oceny ofert.

IV. Zarzuty dotyczące praw autorskich.

W ocenie Odwołującego postanowienia Klauzuli 1.10 Warunków Szczególnych pt. „Używanie dokumentów Wykonawcy przez Zamawiającego”, w poniżej wskazanym zakresie, naruszają przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (j.t. Dz.U. z 2016 r. poz. 666, ze zm.) – „Prawo autorskie”, stanowiąc tym samym nadużycie prawa Zamawiającego do formułowania postanowień SIWZ w zakresie klauzul umownych (art. 6 kc w zw. z art. 14 ust 1 ustawy Pzp).

a) Zamawiający w Klauzuli 1.10 ust. 3 Warunków Szczególnych wymaga, by Wykonawca oświadczył, zapewnił i zagwarantował, że „wszystkie osoby będące twórcami lub współtwórcami Utworów lub ich poszczególnych części, wyrażą w ramach przysługujących im autorskich praw osobistych, nieodwoalną, nie wygasającą z chwilą śmierci, bez ograniczeń ani terytorialnych ani czasowych, i mogącą być przedmiotem przeniesienia na dowolny inny podmiot, skuteczną od chwili wydania Zamawiającemu Utworów, zgodę Zamawiającemu na dokonanie (zarówno przez niego, jak i przez inne podmioty działające za zgodą Zamawiającego) zmian i modyfikacji w Utworach oraz w ich pojedynczych elementach, jak również w zrealizowanej na podstawie dokumentacji stanowiącej Utwór inwestycji oraz wszystkich pozostałych zrealizowanych obiektów objętych Utworami.”

Powyższe zobowiązanie wykonawcy nie jest możliwe do zrealizowania i jako stanowiące naruszenie przepisu prawa bezwzględnie obowiązującego, tj. art. 16 ustawy Prawo autorskie, gwarantującego ochronę praw autorskich osobistych twórcy, a tym samym ochronę więzi autora z utworem. Odwołalność bowiem zgody na modyfikację w utworze gwarantuje ochronę tych praw twórcy, podobnie jak możliwość decydowania przez twórcę o tym, komu zgoda zostanie udzielona. Jest to szczególnie istotne w powiązaniu z treścią Klauzuli 1.10 ust. 4 Warunków Szczególnych, z której wynika, że do utworu mogą być wprowadzone przez Zamawiającego lub jakikolwiek inny podmiot zmiany tak daleko idące, że autor może nie chcieć już przyznawać się do autorstwa zmodyfikowanego utworu.

Dlatego też uzasadnionym jest wniosek Odwołującego o wykreślenie Klauzuli 1.10 ust. 3 Warunków Szczególnych słów „nieodwoływalną” oraz „mogącą być przedmiotem przeniesienia na dowolny inny podmiot.”



b) Zamawiający w Klauzuli 1.10 ust. 4 Warunków Szczególnych wskazuje, iż: „W przypadku, gdyby wprowadzone przez Zamawiającego, tudzież przez inny podmiot – w oparciu o ww. w pkt.3 zgodę – modyfikacje, były tak daleko idące, że współtwórcy Utworów byłiby zdania, że Utwory nie mogą być poczytywane już jako ich dzieła, będą oni uprawnieni, każdy z osobna lub wszyscy razem solidarnie, do żądania od Zamawiającego – na przyszłość – nie ujawniania ich jako twórców Utworów. Wszelkie dalsze roszczenia związane z ww. stanem rzeczy są wyłączone, co należy poczytywać (w razie wątpliwości) jako zrzeczenie się tych roszczeń na przyszłość.”

W dalszej kolejności Zamawiający w Klauzuli 1.10 ust. 5 Warunków Szczególnych wskazuje, iż: „Wykonawca oświadcza, zapewnia i gwarantuje, że wszystkie osoby będące twórcami lub współtwórcami Utworów lub ich poszczególnych części, zobowiążą się do niewykonywania ich autorskich praw osobistych w postaci wskazanego m.in. w przepisie art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 roku, nr 90, poz. 631 z późn. zm.) prawa do integralności Utworów (czyli nienaruszalności jego treści i formy oraz jego rzetelnego wykorzystania), ani też (ii) wskazanego m.in. w przepisie art. 16 pkt 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 roku, nr 90, poz. 631 z późn. zm.) prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z Utworów.”

Ponadto Klauzula 1.10 ust. 6 Warunków Szczególnych brzmi: „Wykonawca oświadcza, zapewnia i gwarantuje, że wszystkie osoby będącymi twórcami lub współtwórcami Utworów lub ich poszczególnych części, zobowiążą się do niedochodzenia od Zamawiającego żadnych roszczeń z tytułu ww. zgód, bądź też zagrożenia lub naruszenia ich autorskich praw osobistych w postaci (i) wskazanego m.in. w przepisie art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 roku, nr 90, poz. 631 z późn. zm.) prawa do integralności Utworów (czyli nienaruszalności jego treści i formy oraz jego rzetelnego wykorzystania), ani też (ii) wskazanego m.in. w przepisie art. 16 pkt 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 roku, nr 90, poz. 631 z późn. zm.) prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z Utworów.”

Powyższe postanowienia naruszają podlegającą ochronie więź autora z utworem, w szczególności prawo do autorstwa utworu, nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania, nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (art. 16 ustawy Prawo autorskie). Postanowienia te oznaczają absolutną zgodę autora na wszelkie zmiany utworu, nawet takie, do których nie chce się przyznawać, a co więcej, odbiera autorowi wszelkie możliwe a związane z tymi zmianami roszczenia.

Ponadto możliwość żądania przez twórcę nieujawniania jego autorstwa nie chroni autora faktycznie przed przypisywaniem mu autorstwa zmodyfikowanego wbrew jego woli dzieła ponieważ jego nazwisko będzie znane jako nazwisko autora od momentu powstania utworu.

Utrzymanie wym. klauzul w ramach przyszłej umowy zmuszałoby wykonawcę do przyjęcia na siebie obowiązku działania wobec twórców w sposób niezgodny z prawem lub przyjęcia znaczącego ryzyka odmowy ze strony twórców zobowiązania się przez nich do zachowań określonych w Klauzuli 1.10 ust. 4, 5 i 6 Warunków Szczególnych. Oznaczałoby również przejęcie przez wykonawcę wobec Zamawiającego odpowiedzialności za realizację roszczeń autora, w przypadku gdyby ich dochodził względem Zamawiającego (Klauzula 1.10 ust. 6 Warunków Szczególnych) – tymczasem wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za naruszenia przez Zamawiającego autorskich praw osobistych autora utworu.

Wobec powyższego uzasadnionym jest wniosek o wykreślenie w całości treści Klauzuli 1.10 ust. 4, 5 i 6 Warunków Szczególnych.

c) W Warunkach Szczególnych Kontraktu Zamawiający nie zawarł zapewnienia, że posiada zgodę autorów utworów dołączonych do dokumentacji przetargowej w niniejszym Postępowaniu do korzystania, w

szczególności przez wykonawcę, z opracowań tych utworów (prawa zależne – art. 2 ust. 1 ustawy Prawo autorskie). Brak takiej informacji zawartej w umowie oznacza nieuzasadnione ryzyko po stronie wykonawcy, iż zgoda autorów utworów pierwotnych dołączonych do dokumentacji przetargowej nie została udzielona lub została udzielona w zbyt wąskim zakresie. Brak lub nieadekwatność tej zgody w stosunku do zakresu przyszłej umowy może oznaczać ryzyko dla wybranego wykonawcy dokonywania naruszenia praw autorów utworów pierwotnych w trakcie wykorzystywania opracowań stworzonych na bazie tych utworów pierwotnych.

W związku z tym Odwołujący postuluje nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do warunków Kontraktowych klauzuli, iż: „Zamawiający posiada prawo do wykonywania praw zależnych i udzielania zgód na wykonywanie tych praw podmiotom trzecim. Zamawiający udziela Wykonawcy zgody na wykonywanie praw zależnych do utworów stanowiących Dokumenty Zamawiającego.”

V. Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w PFU.

Uwzględniając przyjętą formułę wykonania przedmiotu zamówienia w modelu „projektuj i buduj” opisem przedmiotu zamówienia jest Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej „PFU”) stanowiący Załącznik nr 4 do SIWZ.

Poniżej Odwołujący przedstawia swoje zastrzeżenia dotyczące sposobu w jaki Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Odwołującego w sposób naruszający zasady o których mowa w art. 29 ust 1 oraz ust 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad. Str. 9 PFU - 1.4.1. Zakres prac projektowych - Faza 2

„W ramach ceny umowy należy opracować wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Zaproponowane rozwiązania projektowe będą podlegały weryfikacji przez Inżyniera oraz Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia weryfikacji rozwiązań projektowych podmiotom zewnętrznym. Wykonawca będzie zobowiązany wprowadzić w projekcie uwagi wskazane przez Inżyniera, Zamawiającego lub podmiot weryfikujący, o ile nie będzie to sprzeczne z zapisami w PFU.

Szczegółowe wytyczne oraz standardy dotyczące rozwiązań technicznych zostaną przekazane na etapie opracowywania projektu budowlanego.

W ocenie Odwołującego szczegółowe wytyczne i standardy dotyczące rozwiązań technicznych robót budowlanych powinny być przez zamawiającego podane już w PFU, bowiem ma to wpływ na ustalenie ceny oferty, w szczególności w części dotyczącej wykonania robót budowlanych.

Ad Str. 15 PFU - 1.4.2. Zakres robót budowlanych

„Wykonawca w przypadku konieczności zapewnienia zastępczej komunikacji zbiorowej (również PKP) w okresie trwania robót będzie zobowiązany do jej zorganizowania w ścisłej współpracy z ZIKiT, PKP oraz pokrycia kosztów z tym związanych.”

W ocenie Odwołującego w PFU brak jest informacji pozwalających na oszacowanie kosztów związanych z koniecznością zapewnienia komunikacji zastępczej. Stanowi to naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp, zgodnie z



którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad Str. 16 PFU

*„Wykonawca w związku z realizacją robót budowlanych oraz ewentualnych niekorzystnych następstw powstałych podczas ich prowadzenia (szkody budowlane) zobowiązany jest do posiadania polisy ubezpieczeniowej z ustanowieniem cesji na Inwestora. Dodatkowo Wykonawca po zakończeniu inwestycji – przed złożeniem ostatecznej FV, **zobowiązany jest do odczyszczenia elewacji (mycie elewacji) posesji bezpośrednio sąsiadujących z zakresem prowadzonych robót** zaś w przypadku komisijnego stwierdzenia powstałych szkód (pęknięcia etc.) zobowiązany będzie do ich naprawy (odtworzenia, remontu). W związku z powyższym Wykonawca zleci specjalistycznej firmie (Wykonawca musi posiadać stosowne kwalifikacje zawodowe w tym zakresie) wykonanie inwentaryzacji nieruchomości (wraz ze sporządzeniem stosowych protokołów inwentaryzacyjnych z dokumentacją fotograficzną) przed przystąpieniem do robót budowlanych.”*

Powyższe oznacza, że wszystkie budynki znajdujące się na trasie inwestycji będą musiały mieć umyte elewacje po zakończeniu inwestycji, niezależnie od tego jaki był stan ich czystości przed rozpoczęciem realizacji inwestycji. W PFU nie został opisany stan istniejący, mimo że zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Ad Str. 16-17 PFU

*„Zaproponowane rozwiązania **projektowe będą podlegały weryfikacji przez Inżyniera oraz Program Funkcjonalno-Użytkowy** „Budowa Trasy Łagiewnickiej w Krakowie od skrzyżowania z ul. Grota – Roweckiego do skrzyżowania z ul. Beskidzką i z ul. Halszki wraz z budową odcinka linii tramwajowej” Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie możliwość zlecenia weryfikacji rozwiązań projektowych podmiotom zewnętrznym. **Wykonawca będzie zobowiązany wprowadzić w projekcie uwagi wskazane przez podmiot weryfikujący, zaakceptowane wcześniej przez Zamawiającego.**”*

W ocenie Odwołującego Wykonawca musi mieć możliwość zajęcia stanowiska wobec polecenia zmiany i w jego ocenie za niedopuszczalny uznać należy bezwzględny obowiązek wprowadzania przedmiotowych „uważeń”.

Ad Str. 17 PFU

*„Na podstawie ww. wniosków należy uzyskać od właścicieli lub zarządców infrastruktury, warunki techniczne na przebudowę, zabezpieczenie, zaprojektowanie i wykonanie ww. infrastruktury. W związku z powyższym, na etapie wykonania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, należy wystąpić o wydanie warunków technicznych na budowę, przebudowę, zabezpieczenie i likwidację sieci do wszystkich właścicieli/administratorów sieci, a następnie o uzgodnienie ostatecznych rozwiązań projektowych w tym zakresie. **Zmiany w zakresie przebudowy sieci nie będą powodowały zwiększenia zaakceptowanej ceny umownej oraz przedłużenia czasu na realizacji.**”*

Jak wynika z powyższego, nie wiadomo jakie wymagania techniczne będą przedstawiali gestorzy sieci. Trudno zatem określić czy te wymagania będą się mieścić w ryzyku możliwym do przewidzenia przez wykonawcę, a tylko w takim przypadku wykonawca faktycznie nie będzie mógł mieć roszczeń o zwiększenie



wynagrodzenia lub przedłużenie czasu realizacji, stąd konieczne jest w tym zakresie odpowiednie zmodyfikowanie SIWZ.

VI Zarzut dotyczący kosztów eksploatacji oraz serwisu koniecznych do zachowania Gwarancji udzielonych przez producentów maszyn lub urządzeń.

W zakresie świadczeń gwarancyjnych Wykonawcy określonych w Załączniku nr 2 do SIWZ Istotne postanowienia umowy - Załącznik nr 3 Karta gwarancyjna s. 82 pkt 3.2. Zamawiający wskazuje, że: " w Okresie Gwarancji Wykonawcę obciążają wszelkie koszty eksploatacji oraz koszty serwisu konieczne do zachowania Gwarancji udzielonych przez producentów maszyn lub urządzeń."

W ocenie Wykonawcy koszty takie są nieidentyfikowalne na etapie składania oferty w postępowaniu i jako takie nie mogą zostać uwzględnione w cenie oferty, powyższe oznacza że wycena wskazanego elementu zamówienia jest praktycznie niemożliwa.

Oznacza to zatem, że obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji, będzie usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia takiego niezidentyfikowanego zakresu obowiązków wykonawcy. Rozwiązaniem prawidłowym będzie zatem przejście przez Zamawiającego kosztów eksploatacji oraz serwisu, skoro to od niego samego koszty takie (jako eksploatującego) w znaczącej mierze zależą i są generowane.

Jak wskazuje aktualne orzecznictwo KIO, tak przykładowo:

Wyrok sygn. KIO 897/15 z dnia 18.05.2015r.

LEX nr 1746880

Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

Podobnie:

Wyrok sygn. KIO 522/13 z dnia 22.03.2013r.

LEX nr 1308920

Przedmiot zamówienia powinien być opisany jak najszerszej, w sposób najbardziej szczegółowy, a wykonawca powinien mieć świadomość wszystkich zadań i ich zakresu, jakie będzie zobowiązany wykonać na etapie realizacji umowy, oraz wziąć pod uwagę i wycenić je na etapie przygotowania oferty.

Mając powyższe na względzie wnosimy jak na wstępie.

Z poważaniem,


ASTALDI S.p.A.
mgr inż. Marco Ciros



Załączniki:

1. Potwierdzony za zgodność z oryginałem Wpis firmy Astaldi S.p.A. do Rejestru Przedsiębiorstw (KRS);
2. KRS Astaldi S.p.A. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.



Astaldi Società per Azioni
Sede Legale: 00156 Roma - Via G. V. Bona, 65
Tel. +39 06 417661 - Fax +39 06 4176 6720

Uffici di Milano:
20135 Milano - Via Adige, 19
Tel. +39 02 300751 - Fax +39 02 30075252

Reg. Impr. Roma e C. F. 00398970582
P. IVA 00880281001 - REA RM 152353
Cap. Soc. 196.849 800,00 euro int. vers.

www.astaldi.com

