

Kraków, dnia 04.09.2009

GDDKiA -O/KR-R-2mp/284/46/2009

**Jacobs Polska Sp. z o.o.**  
**Al. Niepodległości 58**  
**02-626 Warszawa**

*Dotyczy: zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową autostrady A-4 odcinek Węzeł Szarów – Węzeł Krzyż od km 455+900 do km 512+800*

Działając zgodnie z art. 183 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, informuję, że na podstawie art. 183 ust. 1 tejże ustawy, Państwa protest wniesiony w dniu 27 sierpnia 2009 roku, dotyczący czynności przygotowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zarządzanie i nadzór inwestorski nad budową autostrady A-4 odcinek Węzeł Szarów – Węzeł Krzyż od km 455+900 do km 512+800”, został oddalony.

#### **Uzasadnienie**

Zamawiający nie zgadza się w całości z zarzutami przedstawionymi w proteście i uznaje je za bezzasadne.

Minimalne warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich spełniania zostały określone zgodnie z art. 7 ust. 1. oraz art. 22 ustawy Pzp, jednoznacznie i obiektywnie, jednakowo dla wszystkich Wykonawców, w sposób nie naruszający zasad równego traktowania Wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu kierował się znajomością stanowiska doktryny i orzecnictwa z zakresu zamówień publicznych, w szczególności Wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2007r. (Sygn. akt: XIX Ga 581/06), gdzie stwierdzono, iż „Zamawiający jest zobowiązany zachować szczególną dbałość o wybór kontrahenta w drodze zamówienia publicznego, a wymagania mu stawiane powinny określać poziom, który gwarantuje prawidłowe wykonanie zawartej w następstwie umowy. Realizacja tego obowiązku następuje między innymi w drodze przedstawienia wykazu, o jakim mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mają być składane (Dz. U.

Nr 87, poz. 605), które wprost wskazuje, że dotychczas wykonane usługi mają odpowiadać usługom objętym zamówieniem zarówno co do rodzaju, jak i wartości. Nie oznacza to jednak, iż w każdym przypadku określenie wartości dotychczas wykonanych usług nie narusza zasad uczciwej konkurencji. W przypadku ustalenia jej przez zamawiającego na zaporowym poziomie naruszono by regułę wprowadzoną w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, a także w art. 7 ustawy, szczególnie w sytuacji, gdy wymóg ten spełniałby tylko jeden wykonawca.”

Postępowanie, którego dotyczy protest toczy się w celu wyłonienia Wykonawcy usługi – zarządzania i nadzoru inwestorskiego nad budową odcinka autostrady A-4 Węzeł Szarów – Węzeł Krzyż o długości ok. 57km. Bezspornym jest, iż realizacja tego zamówienia, wymaga od Wykonawcy posiadania szczególnych właściwości, przede wszystkim wysokiego poziomu doświadczenia, zarówno w zakresie technicznym jak i organizacyjnym oraz wysoko wykwalifikowanej kadry.

Jednakże, nie można pominąć faktu, iż tak duże zamówienia, zrealizowane w ciągu ostatnich trzech lat, zarówno w skali kraju jak i w skali Unii Europejskiej nie są częste. Tym samym spełnienie żądania Protestującego poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu tożsamy z przedmiotem zamówienia niepotrzebnie ograniczyłoby dostęp wykwalifikowanym Wykonawcom zdolnym wykonać tę usługę.

W przedmiotowym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Zamawiający określił w sposób następujący: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (jako wykonawca lub podwykonawca), co najmniej jedną usługę polegającą na nadzorowaniu kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę drogi/ulicy klasy A, S lub GP, o wartości robót netto nie mniejszej niż 100 mln PLN. Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokołu odbioru robót”.

Zamawiający celowo dopuścił doświadczenie obejmujące nadzór nad budową lub przebudową drogi/ulicy klasy S lub GP. Jest to świadome obniżenie poziomu warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia i zostało dokonane w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu większego kręgu wykonawców. Nie mniej jednak tak określony warunek odpowiada charakterowi i złożoności przedmiotowej usługi.

Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest nadzór nad budową drogi o klasie A – najwyższej z klas określonych rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie.

Bezspornym jest, iż istnieją różnice pomiędzy poszczególnymi klasami dróg, jednak realizacja dróg o klasach A, S i GP mieści się kategorii porównywalnych.

Wymagania w przypadku autostrad są większe, ale ich realizacja odbywa się w oparciu o te same normy techniczne i przy zastosowaniu tych samych technologii wykonania, co realizacja dróg klasy GP i S. Tym samym stopień trudności w przypadku usługi nadzoru nad budową autostrady jak i sposób wykonywania usługi nie odbiega znacząco od pełnienia nadzoru nad realizacją drogi klasy S czy GP. Co ciekawe, postawienie podobnego warunku w przetargu na budowę przedmiotowej autostrady spowodowało protest z żądaniem dopuszczenia doświadczenia również na drogach klasy G.

Podobnie, uwzględniając fakt, iż wartość szacunkowa robót będących przedmiotem nadzoru jest bardzo wysoka, warunek posiadania niezbędnego doświadczenia odnoszący się do wartości nadzorowanych kontraktów został ustalony na poziomie znacznie niższym. Intencją Zamawiającego było umożliwienie ubiegania się o zamówienie również tym Wykonawcom, którzy wprawdzie nie realizowali jeszcze usługi nadzorowania nad robotami budowlanymi o porównywalnej wartości, niemniej wykonywali usługi związane z nadzorem kontraktów obejmujących budowę albo przebudowę dróg o wysokiej klasie i o wysokiej wartości, których należyte wykonanie w sposób przekonujący wykazałoby spełnienie ogólnej normy art. 22 ust. 1 pkt 2, czyli posiadanie przez danego Wykonawcę wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Należy zwrócić uwagę, że budowa drogi jest procesem powtarzalnym, tym samym zrealizowanie dłuższego lub krótszego odcinka drogi wymaganej klasy różnić się będzie ilościowo a nie jakościowo lub technologicznie. Tym samym doświadczenie w wykonaniu nadzoru nad inwestycją porównywalną pod względem technicznym o wartości 100 milionów PLN jest wystarczające dla zapewnienia sprawnego nadzoru nad przedmiotową inwestycją. Warto podkreślić, że Zamawiający analogiczny warunek postawił w roku 2006 w postępowaniu na pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pokrewnym zadaniem: Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka – Węzeł Szarów.

Również warunki odnoszące się do potencjału kadrowego zostały ustalone na minimalnym poziomie gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, przy uwzględnieniu zakresu obowiązków poszczególnych osób. Zamawiający przy ich ustalaniu brał pod uwagę, że przedmiotowe zamówienie będzie realizowane na trzech oddzielnych Kontraktach, które będą nadzorowane przez trzy samodzielne zespoły.

Zgodnie z zapisami SIWZ, Zamawiający wymaga podania w ofercie jedynie kluczowych ekspertów, którzy będą odgrywać zasadniczą rolę w realizacji kontraktów. Niezasadnym byłoby żądanie wskazania w ofercie z nazwiska kilkudziesięciu osób do pełnienia wszystkich funkcji technicznych, tym bardziej, że niejednokrotnie nie będą one uczestniczyć w całym procesie realizacji. Dodatkowo, z doświadczenia Zamawiającego wynika, że żądanie dużej liczby osób na etapie składania ofert kończy się zmianą większości z nich tuż po podpisaniu umowy. Jest to związane z faktem, iż od złożenia

ofert do podpisania umowy upływa zwykle kilka miesięcy i wykwalifikowani pracownicy są angażowani na innych kontraktach.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający wymogi odnośnie kwalifikacji innych ekspertów zawarł w Opisie przedmiotu zamówienia i osoby te przed przystąpieniem do pracy będą akceptowane przez Koordynatora Kontraktu lub właściwego Kierownika Projektu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania żądania odpowiednich uprawnień od osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, Zamawiający nie uznał tych dokumentów za niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający zapisał w SIWZ, że realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane, które określa rodzaj i zakres uprawnień wymaganych od Inspektorów nadzoru. W Opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający szczegółowo określił ekspertów, jakich będzie wymagał dla realizacji zamówienia, oraz niezbędne kwalifikacje jakimi winni się wykazać. Mając powyższe na względzie, na etapie składania ofert wystarczające jest oświadczenie Wykonawcy, w którym potwierdza, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Reasumując, postawione warunki odnoszące się zarówno do potencjału kadrowego oraz jak i doświadczenia Wykonawcy, są związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do jego zakresu oraz dają pewność, że podmioty dopuszczone do udziału w postępowaniu zagwarantują prawidłowe wykonanie umowy. Istotnym jest, że w żaden sposób nie naruszają one interesu prawnego Protestującego w uzyskaniu zamówienia. Jedynym interesem Protestującego jest ograniczenie konkurencji tak, aby zwiększyć swoje szanse na uzyskanie tego zamówienia, co nie jest dopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Celem Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winno być przygotowanie zgodnej z SIWZ i korzystnej oferty a nie dążenie do eliminacji konkurentów, przez żądanie zawyżenia warunków udziału w postępowaniu.

Przytoczone w proteście liczne cytaty z wyroków KIO są często wyrwane z kontekstu, a zarzuty dotyczą głównie warunków udziału w postępowaniu zawyżonych w stosunku do przedmiotu zamówienia lub postawionych w sposób zbyt ogólnikowy.

Protestujący zarzuca również naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> i art. 354 Kodeksu Cywilnego poprzez nieprecyzyjne zapisy SIWZ, w szczególności zapisy pkt 9.1.1. Instrukcji dla Wykonawców oraz art. 16 Warunków Ogólnych Umowy (WOU).

Kształtując zapisy WOU Zamawiający nie naruszył przepisów Kodeksu Cywilnego. Zgodnie z jego zapisami swoboda zawierania umów jest ograniczona tak, aby treść i cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia

społecznego. W ocenie Zamawiającego zapis art. 16 WOU w żadnym stopniu nie sprzeciwia się właściwości stosunku oraz nie narusza żadnego przepisu ustawowego ani nie przeczy żadnej z zasad współżycia społecznego. Planowana umowa, której dotyczy niniejszy przetarg, ma zapewnić sprawne zarządzanie i skuteczny nadzór inwestorski nad budową autostrady A-4. Inwestycja ta ma duże znaczenie gospodarcze i społeczne dla regionu i całego kraju. W związku z tym w założeniach kontraktu na roboty budowlane przyjęto, że w pewnych okolicznościach - w razie konieczności, roboty budowlane mogą być prowadzone przez całą dobę. Trudno więc oczekiwać, aby Wykonawca zapewnił skuteczny i staranny nadzór, jeśli nie dysponuje specjalistami mogącymi pełnić swoje obowiązki w czasie robót budowlanych, zwłaszcza jeżeli roboty te będą prowadzone przez więcej niż 8 godzin dziennie.

Natura planowanego kontraktu budowlanego powoduje, że może stać się konieczna praca zespołów nadzoru inwestorskiego przez całą dobę. Taki wysiłek może być rzecz jasna podjęty tylko wtedy, kiedy będzie to niezbędne ze względu na kwestie technologiczne oraz na terminowość zakończenia budowy.

Podobnie w ocenie Zamawiającego bezprzedmiotowy jest zarzut naruszenia art. 354 k.c. Przepis ten narzuca bowiem sposób wykonania zobowiązania przez Dłużnika i Wierzyciela. Hipoteza przepisu odnosi się do sytuacji, kiedy między stronami doszło już do zawarcia zobowiązania, a dyspozycja wyznacza dyrektywy postępowania dłużnika i wierzyciela w toku jego wykonania. Zważywszy na to nie sposób zgodzić się z zarzutem, że tak skonstruowany przepis zawarty w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia powoduje naruszenie zasad współżycia społecznego, podczas gdy stosunek regulowany przez WOU nie został jeszcze zawarty.

Na marginesie należy zauważyć, że w proteście Wykonawca, powołując się na klauzulę generalną „zasad współżycia społecznego” nie był w stanie wskazać, jaką czy jakie w szczególności zasady zostały przez Zamawiającego naruszone. W związku z tym postawione na tej podstawie zarzuty nie mogą zasługiwać na uwzględnienie (por. Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1998r. – sygn. II CKN 928/97 – (...) *sąd nie może powołać się ogólnie na - z natury rzeczy - nieokreślone zasady współżycia, lecz powinien konkretnie wskazać, jaka z przyjętych w społeczeństwie zasad współżycia społecznego, w aspekcie okoliczności faktycznych sprawy, doznałaby naruszenia (...) oraz z dnia 20 grudnia 2006r. – sygn. IV CSK 263/06 - Odwoływanie się do zasad współżycia społecznego, które niewątpliwie wchodzą w zakres pojęcia "porządku prawnego", a naruszenie którego oznacza działanie bezprawne, aby mogło odnieść skutek powinno wskazywać jakie to zasady współżycia społecznego - w okolicznościach sprawy - zostały naruszone.*).

Określenia zawarte w pkt 9.1.1. IDW dotyczą (zgodnie z tytułem całego pkt. 9) „Opisu sposobu obliczenia ceny oferty”. W takim zakresie należy je rozpatrywać. Przyjęta we wspomnianym punkcie definicja pojęcia „dniówka” służy ujednoliceniu założeń do wyceny. Jest to zakładana przez Zamawiającego pracochłonność zadań nałożonych na poszczególnych specjalistów zatrudnianych przez Wykonawcę. Gdyby Zamawiający na potrzeby przygotowania ofert nie przyjął jednolitej definicji tego pojęcia, wówczas skutkowałoby to dowolnością przyjmowanych przez Wykonawców założeń i w związku z tym nieporównywalnością złożonych ofert.

Zastosowana definicja dniówki („jedna doba, w ciągu której poszczególne pracownicy Wykonawcy wykonują prace niezbędne do realizacji zamówienia z należytą starannością bez względu na liczbę godzin przepracowanych w tym czasie”) ma również ułatwić rozliczanie umowy z Wykonawcą, które będzie dokonywane zgodnie z Warunkami Ogólnymi Umowy (w szczególności z art. 22 „Płatności oraz odsetki od płatności zaległych”) oraz z Opisem przedmiotu zamówienia (w szczególności pkt 3.1. „Personel”).

Od pojęcia „dniówki” przyjętego w IDW na potrzeby sporządzenia wyceny w oparciu o Formularz Cenowy należy rozróżnić regulację dotyczącą czasu pracy personelu Wykonawcy w trakcie realizacji umowy na zarządzanie i nadzór kontraktami na roboty budowlane. Regulowany jest on nie tylko przez art. 16 WOU, ale również przez szczegółowe informacje zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia (Tom III SIWZ) oraz w załącznikach do niego (m.in. w załącznikach do ofert – ustanawiających normalne dni i godziny pracy Wykonawcy robót budowlanych w Warunkach Ogólnych oraz w Warunkach Szczególnych Kontraktów na wykonanie robót budowlanych). Nie można więc kwestionować treści art. 16 WOU bez odniesienia się do innych elementów SIWZ.

W szczególności załącznik do ofert na wykonanie robót budowlanych (załącznik nr 7 do Tomu III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia) ustala normalne dni i godziny pracy Wykonawcy robót budowlanych: „od poniedziałku do soboty, w godzinach 6.00-22.00”.


Natomiast pracę poza normalnymi godzinami reguluje klauzula 6.5 Warunków Ogólnych na wykonanie robót budowlanych: „Żadna praca nie będzie prowadzona na Placu Budowy w dniach lokalnie uznanych za dni wolne od pracy, ani poza normalnymi godzinami pracy podanymi w Załączniku do Oferty, chyba że: (a) inaczej jest podane w Kontrakcie, (b) Inżynier daje zgodę, lub (c) praca jest nieunikniona lub konieczna dla ochrony życia lub własności lub dla bezpieczeństwa Robót, w którym to przypadku Wykonawca natychmiast poinformuje Inżyniera.”

Mając wiedzę opartą na treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie sposób zgodzić się więc z wątpliwościami Protestującego dotyczącymi faktycznego czasu pracy specjalistów. Zwłaszcza, że w świetle pkt 3.1. Opisu przedmiotu zamówienia „przewidywany harmonogram pracy osób” ma zostać stworzony dopiero 1 miesiąc po

podpisaniu umowy na zarządzanie i nadzór nad kontraktami budowlanymi i będzie on musiał uwzględniać przede wszystkim ustalenia harmonogramów rzeczowo-finansowych robót budowlanych, bez których nie sposób z góry ustalić wymaganej w trakcie realizacji budowy obsady zespołów nadzoru. Należy bowiem pamiętać, że umowa na zarządzanie i nadzór nad kontraktami budowlanymi ma charakter wtórny w stosunku do samego kontraktu na roboty budowlane. Biorąc to pod uwagę, każdy zapis ustalający z góry rozkład pracy zespołów nadzoru, nie przewidujący możliwości jego modyfikacji w zależności od potrzeb napotykanym na placu budowy, byłby rozwiązaniem nieracjonalnym i wprowadzającym ryzyko nienależytego pełnienia obowiązków związanych z zarządzaniem i nadzorem inwestorskim nad prowadzonymi robotami.

Zapis ostatniego zdania art. 16 umożliwiający Koordynatorowi kontraktów podjęcie decyzji dotyczących liczby dni i czasu pracy personelu Wykonawcy na poszczególnych etapach realizacji usługi ma wyłącznie na celu zapewnienie w pełni racjonalnego i adekwatnego do tempa i charakteru prowadzonych robót budowlanych zaangażowania personelu nadzoru. Ponadto Zamawiający, który będzie jednocześnie stroną Kontraktu na roboty budowlane, nie będzie miał możliwości arbitralnego i niezgodnego z wymaganiami budowy regulowania czasu pracy, choćby ze względu na wykazane powyżej regulacje dotyczące czasu pracy Wykonawcy robót budowlanych.

Uwzględniając przedstawione powyżej okoliczności oddalenie protestu w całości jest zasadne.

Z-ca Dyrektora Oddziału  
  
mgr inż. Tomasz Palasiński

**Pouczenie:**

Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 184 ust. 2. ustawy Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w terminie 10 dni od dnia doręczenia niniejszego rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

**Do wiadomości:**

Konsorcjum TPF Planegre S.A. Rua Laura Alves, 12, 8 1050 -138 Lizbona Portugalia  
E & L Architects Sp. z o.o. ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa

Zakłady Budownictwa Mostowego  
Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.  
ul. Ulianowska 13, 03-338 Warszawa

*MP-Mosty Sp. z o.o.*  
*ul. Stoczniewców 3, 30-709 Kraków*

*MBI-Małopolskie Biuro Inwestycyjne Sp. z o.o.*  
*ul. Francesco Nullo 8/5, 31-543 Kraków*