

L. dz. *M*/2017

Łapy, dn. 30.01.2017

Wykonawcy którzy pobrali SIWZ.

Dotyczy postępowania o nr 6/S/2016 na: **Pełnienie Funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach nadzoru budowlanego dla projektu pn: „Poprawa gospodarki wodno – ściekowej w aglomeracji Łapy, poprzez modernizację oczyszczalni ścieków w Łapach i SUW w Płonce-Strumiance wraz z budową rurociągów oraz budową kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Łupianka Stara i Płonka-Kozły”**, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, priorytet II: Gospodarka wodno – ściekowa w aglomeracjach.

W związku z pytaniami jakie wpłynęły do Zamawiającego działając zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zmianami), Zamawiający wyjaśnia treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pytanie nr 1

W związku z udzielonymi przez Państwa odpowiedziami i brakiem wyrażenia zgody na zakwalifikowanie usług realizowanych na podstawie postanowień Kodeksu Cywilnego jako umów zawartych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub innych standardowych warunków kontraktowych, informujemy, że w naszej ocenie działanie Zamawiającego należy uznać za działanie naruszające ustawę Prawo zamówień publicznych przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz sposobu ich oceny w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wykraczający poza cel zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wykraczający poza cel ustawy, którym jest zweryfikowanie potencjału zainteresowanych wykonawców odnośnie możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia winien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, które eliminują w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty.

Zgodnie z licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej umowy realizowane na warunkach równoważnych do FIDIC (również na podstawie Kodeksu Cywilnego) potwierdzają, że usługi zostały wykonane w zakresie niezbędnym do wykazania się spełnieniem wiedzy i doświadczenia i uznania takiego doświadczenia jako równoważne do warunków Kontraktowych FIDIC lub innych standardowych warunków kontraktowych (np. wyrok KIO z dnia 17.09.2012 r. sygn: 1861/12).

W naszej ocenie nie ma znaczenia posiadanie doświadczenia zdobytego tylko na podstawie FIDIC lub innych standardowych warunków kontraktowych, dokładnie takie samo doświadczenie wykonawcy mogli nabyć realizując usługę na podstawie Kodeksu Cywilnego i wewnętrznych standardów Inwestorów.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na Państwa pismo nr TK/17/2017 z dnia 26 stycznia 2017 r. dotyczące postępowania na wybór wykonawcy na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu w ramach nadzoru budowlanego dla projektu pn.: „Poprawa gospodarki wodno – ściekowej w aglomeracji Łapy, poprzez modernizację oczyszczalni ścieków w Łapach i SUW w Płonce-Strumiance wraz z budową rurociągów oraz budową kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Łupianka Stara i Płonka-Kozły”, współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, priorytet II: Gospodarka wodno – ściekowa w aglomeracjach”, w którym odnosicie się Państwo do braku zgody na uznanie za równoważne usług realizowanych w oparciu o Kodeks cywilny z usługami realizowanymi w oparciu o warunki kontaktowe FIDIC wyjaśniam, iż:

- I. Nie podzielam Państwa poglądu, iż wymaganie postawione przez Zamawiającego, dotyczące obowiązku wykazania się, jako doświadczeniem, uprzednio świadczonymi usługami dotyczącymi realizacji inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC (lub im równoważne) nie może być oceniane jako naruszające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na jego nieproporcjonalność lub brak związku z przedmiotem zamówienia. I jeden i drugi zarzut jest nieuprawniony.
- II. Po pierwsze – Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż przewidywane roboty budowlane zamierza prowadzić zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC. Po drugie – zakres obowiązków Inżyniera kontraktu wymaga umiejętności, a więc doświadczenia, w tworzeniu szczegółowych warunków kontraktowych FIDIC, z uwzględnieniem obowiązujących w Polsce przepisów prawa, w tym – między innymi – przepisami Kodeksu cywilnego. Trudno więc twierdzić, iż wymóg jest nie związany z przedmiotem zamówienia. Tak samo – nie sposób uznać, iż tak ukształtowany warunek udziału jest nieproporcjonalny. Pojęcie „proporcjonalności” oznacza tyle, iż nie można wymagać więcej niż jest to konieczne (niezbędne) dla osiągnięcia zamierzonego celu. W kontekście przywołanych okoliczności, brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, iż w przewidywanych warunkach realizacji robót, wymóg aby wykonawca posiadał doświadczenie w nadzorze robót realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC – mając na uwadze zakres obowiązków i uprawnień Inżyniera, jest nadmierny.
- III. O ile realizacja świadczenia na podstawie Kodeksu cywilnego odbywa się na każdorazowo, indywidualnie ukształtowanych zasadach – jedną z podstaw jest przecież **zasada swobody umów**, o tyle Warunki Kontraktowe FIDIC stanowią



pewien standardowy wzór umowy cywilno - prawnej pomiędzy Zamawiającym (Inwestorem) a Wykonawcą, ujętej w formie kolejnych klauzul lub subklauzul, szczegółowo regulujący uprawnienia i obowiązki stron. Warunki kontraktowych FIDIC, w sposób pełny i kompletny pozwalają na zachowanie równowagę praw i obowiązków stron w umowie, opisują cały proces realizacji i okres zgłaszania wad, kształtują procedury zapewniające spełnienie podstawowych warunków realizacji (zabezpieczenie, ubezpieczenia, ciągłość prowadzenia robót i finansowania, podział ryzyka), wskazują precyzyjne procedury obejmujące najważniejsze zdarzenia na kontakcie - rozpoczęcie robót - wprowadzanie zmian - sprawdzanie, obmiarowanie, wycena robót itp.

- IV. Z pewnym zaskoczeniem przyjmuję treść pisma, a zwłaszcza szczegółową argumentację zakończoną odwołaniem się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1861/12, której byliście Państwo uczestnikiem. Istota sporu w przedmiotowej sprawie była interpretacji sformułowania „*warunki kontraktowe równoważne do FIDIC*”, a nie kwestia badania czy też uznania, że świadczenia realizowane na podstawie powszechnie obowiązującego prawa, jak np. Kodeks cywilny, można uznać za równoważne warunkom kontraktowym FIDIC. Warto tu zacytować również ten fragment uzasadnienia wyroku, w którym stwierdzacie Państwo, że : „(...) *zakres czynności wykonywanych przez Inżyniera Kontraktu w ramach tych umów* [wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału] *był równoważny do czynności wykonywanych w ramach usług inżyniera wg. FIDIC.*”

Izba podejmując rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie wskazała na dwa istotne aspekty:

- wykonawcy przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia winni wykazać, iż wykonali usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia;
- tym, jaki jest niezbędny zakres do wykazania spełnienia tego warunku decyduje zamawiający;
- Izba zaakceptowała warunek sformułowany przez Zamawiającego, uznając, że spełnieniem wymagań jest wykazanie się określonymi usługami wykonanymi na podstawie FIDIC, jak również w oparciu o warunki równoważne do FIDIC.

W żadnym jednak fragmencie powyższego wyroku Izba nie stwierdziła, co sugerujecie Państwo w jednym z akapitów kończących pismo, iż za spełnienie wymagania wykazania się realizacją określonych usług na warunkach kontraktowych FIDIC lub na warunkach kontaktowych równoważnych FIDIC można uznać świadczenia realizowane na zasadach określonych w sposób ogólny - przepisami Kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko z dnia 26 stycznia 2017 r.

PROKURENT

Ryszard Chim