Sygn. akt: KIO 51/19

WYROK
z dnia 4 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**
Członkowie: **Bartosz Stankiewicz**
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 i 28 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Urząd Morski w Gdyni
przy udziale wykonawców:
–BUDIMEX S.A. w Warszawie
–„Energopol – Szczecin" S.A. w Szczecinie
–Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. w Gdańsku
–PORR S.A. w Warszawie
–SALINI POLSKA Sp. z o. o. w Warszawie
–Warbud S.A. w Warszawie
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez użycie w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 8.6 tempo wykonawstwa, terminu opóźnienie zamiast zwłoka,
2. uwzględnia odwołanie w zakresie:

2.1. zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, opisanego w pkt lll.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1 SIWZ,

i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień dokumentacji postępowania poprzez obniżenie kwoty warunku, dotyczącego posiadania zdolności ekonomicznej lub finansowej, w postaci polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, do kwoty 50 000 000,00 zł,

2.2. częściowo zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w pkt III. 1.3) ppkt 2 lit. b ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V ust. 1 pkt 1.3.2 lit. b SIWZ,

i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień dokumentacji postępowania poprzez obniżenie warunku, dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, doświadczenia zawodowego dla kierownika budowy do 7 lat,

2.3. częściowo zarzutu ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, poprzez z jednej strony brak jednoznacznego stanowiska odnoszącego się do tego na kim spoczywa obowiązek oczyszczenia terenu budowy z obiektów ferromagnetycznych, jak również bez przewidzenia dodatkowego odrębnego rozliczenia za to oczyszczenie, jeżeli jednak okazałoby się, że taki obowiązek chociażby częściowo spoczywa na wykonawcy, z uwagi na brak należytego opisania przedmiotu zamówienia w tym zakresie,

i nakazuje zamawiającemu:

a) zmianę postanowień dokumentacji postępowania poprzez eliminację niespójności pomiędzy pkt 6.0 tiret pierwszy z załącznika nr 4 do SIWZ, a subklauzulą 4.1ppkt iv z załącznika nr 5 do SIWZ i jednoznaczne wskazanie na kim i w jakim zakresie spoczywa obowiązek oczyszczenia terenu budowy z obiektów ferromagnetycznych w ramach zaskarżonego odwołaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

b) udostępnienie wykonawcom wyników badań ferromagnetycznych, w zakresie w jakim dotyczą zaskarżonego odwołaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w terminie umożliwiający sporządzenie i złożenie oferty,

c) dostosowanie formularza ofertowego, poprzez dodanie odrębnych pozycji w zakresie w jakim usunięcie obiektów ferromagnetycznych jest w granicach zobowiązania wykonawcy,

2.4.częściowo zarzutu wskazania nierealnego terminu wykonania zamówienia, tj. 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz wskazania nierealnego terminu kluczowego, tj. 18 miesięcy na wykonanie wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego (rozdział IV pkt 1 i 2 SIWZ),

i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień dokumentacji postępowania poprzez zmianę terminu wykonania przedmiotu zamówienia (czas na ukończenie) na 40 miesięcy od daty zawarcia umowy,

3.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

4.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Urząd Morski w Gdyni i:

4.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie,

4.2.zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa w Warszawie kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

……...

Członkowie:

……

……

U z a s a d n i e n i e
do wyroku z dnia 4 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 51/19

Zamawiający Skarb Państwa – Urząd Morski w Gdyni, z siedzibą przy ul. Chrzanowskiego 10ß1 – 338 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.:„Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I", o numerze nadanym przez zamawiającego ZP-ASc-3800-2/19, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 002-001565, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p."

W dniu 3 stycznia 2019 r. zamawiający upublicznił na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania, od której treści, w dniu 14 stycznia 2019 r., odwołanie wniósł Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą przy ul. Kaliskiej 23 lok. U4, 02 – 316 Warszawa, zwany dalej jako „odwołujący".

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

I.art. 22 ust. 1b pkt 2 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, 22c ust. 1 pkt 3 PZP i art. 7 ust. 1 PZP(Zarzut nr 1) w zakresie sformułowania warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanego w pkt III.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdział V ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1 SIWZ w następujący sposób:Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: "*jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 70 mln (słownie: siedemdziesiąt milionów) PLN;"*poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie ustanowienia obowiązku wykazania się przez wykonawców niespotykanym na rynku ubezpieczeniem OC odnoszącym do ogólnej działalności wykonawcy w wysokości 70.000.000 PLN, a zatem w sposób naruszający zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu, jak również zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji naruszenie uczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione ograniczenie kręgu podmiotów zdolnych ubiegać się o zamówienie udzielane w ramach niniejszego Postępowania;

II.art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 22d ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP

i.(Zarzut nr 2) w zakresie sformułowania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia – Przedstawiciela Wykonawcy opisanego w pkt III.1.3) ppkt 2 lit. a ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 1 pkt 1.3.2 lit. a SIWZ, w następujący sposób:*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby spełniające następujące wymagania: „1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane oraz co najmniej* 5 *lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu), na budowach prowadzonych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne[7], w tym doświadczenie w pełnieniu powyższej funkcji, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia[6]) lub przez okres minimum 18 miesięcy - na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej[1]) o wartości robót nie mniejszej niż 100 min (słownie: sto milionów) PLN brutto; Informacje uzupełniające:*

7) Pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne" należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation od Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (Ne

Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers);"
a zatem w sposób naruszający zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu, jak również zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości w szczególności poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie:
- wymagania doświadczenia dla Przedstawiciela Wykonawcy (jeżeli idzie o 5 letnie doświadczenie) w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane na budowach prowadzonych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne wraz ze wskazaniem 1 roboty budowlanej z ograniczeniem się do branży hydrotechnicznej morskiej, pomimo tego, że za wystarczające należy uznać doświadczenie odnoszące się generalnie do branży budowlanej;
- ustanowienia obowiązku wykazania się przez osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy posiadaniem doświadczenia jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważnym stanowiskiem polegającym na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu), pomimo tego, że doświadczenie w pełnieniu funkcji Przedstawiciela Wykonawcy posiada również Kierownik Budowy, Inżynier Kontraktu, Zastępca Inżyniera Kontraktu, Z-ca Dyrektora Kontraktu;
- ustanowienia obowiązku wykazania się przez osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy posiadaniem doświadczenia jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważnym stanowiskiem polegającym na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu), na budowach prowadzonych w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub równoważne, pomimo tego, że doświadczenie w pełnieniu funkcji Przedstawiciela Wykonawcy w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy FIDIC lub inne szczegółowo wymienione przez Zamawiającego warunki kontraktowe wskazane jako równoważne, nie jest niezbędne do tego, aby w sposób pozytywny zweryfikować Przedstawiciela Wykonawcy pod kątem jego doświadczenia i zdolności do wykonania zamówienia, z uwagi na to, że istnieją poza tym co wymienił Zamawiający jeszcze inne warunki kontraktowe, które należy uznać za równoważne do FIDIC.

ii. (Zarzut nr 3) w zakresie sformułowania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia - Kierownika budowy opisanego w pkt III. 1.3) ppkt 2 lit. b ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 1 pkt 1.3.2 lit. b SIWZ, w następujący sposób: *Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby spełniające następujące wymagania: „1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej bez ograniczeń, i co najmniej 8 (osiem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym:*
- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej), przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia[6]) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości nie mniejszej niż 100 min (słownie: sto milionów) PLN brutto, i
*- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej[1]), przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia[6]) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie nabrzeża o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 min (słownie: sześćdziesiąt milionów) PLN brutto;"*poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie:
- wymagania doświadczenia zawodowego dla Kierownika Budowy (jeżeli idzie o 8 letnie doświadczenie) na stanowisku kierownika budowy (robót) wraz ze wskazaniem dwóch robót budowlanych ograniczonych do branży hydrotechnicznej, ale tylko morskiej, pomimo tego, że za wystarczające należy uznać doświadczenie odnoszące się generalnie do branży hydrotechnicznej;
- określenia doświadczenia Kierownika Budowy w zakresie roboty budowlanej wyłącznie jednego rodzaju robót budowlanych, tj. morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych, podczas gdy dopuszczenie także innych niż falochrony, budowli hydrotechnicznych, z uwagi na specyfikę i podobieństwo tych robót, umożliwia Zamawiającemu ocenę zdolności Kierownika Budowy do należytego wykonania zamówienia;
- ustanowienia obowiązku wykazania się przez osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy posiadaniem co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) pomimo tego, że doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy może być również wykazane przez pełnienie funkcji kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego;
- ustanowienia obowiązku wykazania się przez osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy posiadaniem co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót), podczas gdy za wystarczające należy uznać pięcioletnie doświadczenie zawodowe, które umożliwia Zamawiającemu ocenę zdolności Kierownika budowy do należytego wykonania zamówienia.

a zatem w sposób naruszający zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu, jak również zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

iii. (Zarzut nr 4) w zakresie sformułowania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia - Kierowników robót hydrotechnicznych (dwie osoby) opisanych w pkt III.1.3) ppkt 2 lit. c ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 1 pkt 1.3.2 lit. c SIWZ, w następujący sposób:*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby spełniające następujące wymagania: „2 (dwie) osoby, które będą pełnić funkcje Kierowników robót hydrotechnicznych. Każda z ww. osób powinna posiadać: wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej bez ograniczeń[9], i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na*

stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru w zakresie powyższych uprawnień, w tym na 2 (dwóch) robotach budowlanych, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych[1]), przez cały ich realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia[6]) lub na każdej przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych (półwyspowych), nabrzeży, pirsów, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 25 min (słownie: dwadzieścia pięć milionów) PLN brutto każda;" poprzez ograniczenie w sposób nieuprawniony uczciwej konkurencji, w następstwie:

– wymagania doświadczenia zawodowego dla Kierowników robót hydrotechnicznych (w ramach 6 letniego doświadczenia) na stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru wraz ze wskazaniem dwóch robót budowlanych ograniczających się do branży hydrotechnicznej, ale tylko morskiej, pomimo tego, że za wystarczające należy uznać doświadczenie odnoszące się generalnie do branży hydrotechnicznej,
– ustanowienia obowiązku wykazania się przez osoby, które będą pełniły funkcję Kierowników robót hydrotechnicznych posiadaniem co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót), podczas gdy już pięcioletnie doświadczenie zawodowe umożliwia Zamawiającemu ocenę zdolności Kierowników robót hydrotechnicznych do należytego wykonania zamówienia.

a zatem w sposób naruszający zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu, jak również zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

III. Zarzut naruszenia art. 150 ust. 3 - 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP (Zarzut nr 5) poprzez brak wprowadzenia przez Zamawiającego możliwości ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez potrącanie z należności za częściowe wykonanie robót budowlanych lub usług, co biorąc pod uwagę wartość całego Kontraktu (ponad pół miliarda złotych) znacznie ogranicza konkurencję w postępowaniu;

IV. Zarzut naruszenia art. 150 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP (Zarzut nr 6)poprzez ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 8%, co biorąc pod uwagę wartość całego Kontraktu (ponad pół miliarda złotych) jest obowiązkiem zbyt wygórowanym i tym samym znacznie ograniczającym konkurencję w postępowaniu.

V. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 5, art. 353[1] Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP

i. (Zarzut nr 7) poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez zamieszczenie w Teczce 1.1 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ -CZĘŚ WSCHODNIA w punkcie 3.3.5 oraz Teczce 1.2 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ - CZĘ ZACHODNIA w punkcie 3.3.5 wymogu minimalnej gęstość Kamienia łamanego, o gęstości równej lub większej od 2,6 Mg/m^3, pomimo tego, że norma PN-EN 13383-1:2003 odnosząca się do gęstości kamienia hydrotechnicznego wskazuje, że wystarczająca gęstość to nie mniej niż 2,3 Mg/m^3.

ii. (Zarzut nr 8) poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję poprzez z jednej strony brak jednoznacznego stanowiska odnoszącego się do tego na kim spoczywa obowiązek oczyszczenie Terenu Budowy z obiektów ferromagnetycznych, jak również bez przewidzenia dodatkowego odrębnego rozliczenia za to oczyszczenie, jeżeli jednak okazałoby się, że taki obowiązek chociażby częściowo spoczywa na wykonawcy, z uwagi na brak należytego opisania przedmiotu zamówienia w tym zakresie;

VI. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 i 2 PZP(Zarzut nr 9) poprzez niezałączenie do SIWZ ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę;

VII. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 387 § 1 KC, art. 353[1] w zw. z art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 PZP

i. (Zarzut nr 10) poprzez wskazanie nierealnego Terminu wykonania zamówienia tj. 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz wskazanie nierealnego Terminu Kluczowego tj. 18 miesięcy na wykonanie wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego (pkt IV 1 i 2 SIWZ);

ii. (Zarzut nr 11) poprzez wskazanie terminu realizacji podetapu polegającego na wykonaniu wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego w terminie do 18 miesięcy (pkt IV 2 SIWZ), jak również poprzez sformułowanie wymogu osiągnięcia zaawansowania rzeczowo-finansowego na poziomie: a) 5% wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej– w terminie 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, b) 20% wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej– w terminie 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (pkt IV 3 lit. a. i b. SIWZ)– z jednoczesnym brakiem wskazania klauzul, które automatycznie będą przedłużały te terminy, co sprawia, że termin ten oraz zaawansowanie rzeczowo-finansowe, mogą okazać się niemożliwe do zrealizowania;

iii. (Zarzut nr 12) poprzez sformułowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 1.13 Przestrzeganie prawa punktu (a) o treści jak poniżej: *„(a) Wykonawca uzyska na własny koszt wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty, wymagane dla wykonania Robót lub dostarczenia albo usunięcia Materiałów, Dóbr i Urządzeń, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed zawarciem Kontraktu. Wykonawca opracuje nadto wszelką wymaganą do tego celu dokumentację techniczną, wnioski, podania, a w razie potrzeby uzyska ograniczone pełnomocnictwa do działania w imieniu Zamawiającego i na jego rzecz wobec odnośnych władz."*, przerzucając tym samym na

wykonawców cały ciężar związany z uzyskiwaniem wszelkich dokumentów i decyzji włącznie z decyzją o pozwoleniu na budowę, czy też jego zmianą,

VIII. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 5, art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP (Zarzut 13) poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji:

a) wobec nieprzewidzenia w Formularzu cenowym pozycji zatytułowanej koszty ogólne, zmuszając tym sam wykonawców do umieszczania tych kosztów w innych pozycjach robót, co może sprawić, że wykonawca otrzyma ich zwrot tak naprawdę dopiero po wykonaniu robót, jak również może mieć to wpływ na osiągnięcie wymaganego przerobu rzeczowo-finansowego;

b) wobec przewidzenia w Załączniku do Szczególnych Warunków Kontraktu w poz. 12– 18 rażąco wygórowanych kar umownych;

c) wobec braku przewidzenia w subklauzuli 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu, klauzuli, która anulowałby naliczone kary umowne za niedotrzymanie Terminów Kluczowych w postaci wykonania podetapu opisanego w pkt IV. 1. SIWZ oraz zaawansowania rzeczowo-finansowego w opisanego w pkt IV. 3. lit. a i b SIWZ, w przypadku dotrzymania Czasu na Ukończenie;

d) poprzez brak dodania w subklauzuli 1.1.4.13 Protokół konieczności oraz subklauzuli 1.1.4.14 Protokół z negocjacji – klauzuli o treści „protokół ten stanowi podstawę do zawarcia aneksu do Kontraktu;

e) poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 4.1 pkt. (vi) str. 16 klauzuli o treści *„Z upływem powyższego terminu Wykonawca traci prawo do powoływania się wobec Zamawiającego na niekompletność, braki wadliwość lub inne błędy tej Dokumentacji, o ile mógł te braki, wady bądź inne błędy wykryć w ramach badania wymaganego od starannego, profesjonalnego wykonawcy";*

f) poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 4.1 pkt (vii) str. 16 klauzuli o treści *„Żadne braki czy błędy projektowe nie upoważniają Wykonawcy do spowolnienia Robót";*

g) poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 4.1 pkt (vii) str. 16 terminu na powiadomienie Zamawiającego o wykryciu błędu, pominięcia, wady bądź innej usterki Dokumentacji Projektowej wynoszącego 14 dni od któregokolwiek z tych zdarzeń.

h) poprzez wykreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 1.1.4.10 pojęcia *„Kwota Tymczasowa*", oraz Subklauzuli 13.5 Kwoty Tymczasowe;

i) poprzez brak w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 4.1. pkt (x) ppkt (i) (str. 18), klauzuli, *„że w takim przypadku za zgodą Zamawiającego można ustanowić Kwotę Tymczasową*";

j) poprzez użycie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 8.6 Tempo Wykonawstwa (str. 31) - terminu „*opóźnienie*" zamiast „*zwłoka*";

k) poprzez brak w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 8.4 Przedłużenie Czasu na Ukończenie akapit ostatni (str. 31) dodania postanowienia na końcu o treści: *„Nie dotyczy to znalezisk, które wystąpiły w miejscach innych aniżeli wskazane dokumentacji Postępowania dostarczonej przez Zamawiającego*";

l) poprzez brak w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 12.2 Metody Obmiaru (str. 37) postanowienia, które umożliwiałoby wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy w części, w której posiada on niezbędne badania dla Robót, pomimo tego, że w kartach obmiaru nie ma jeszcze wszystkich badań;

ł) poprzez wykreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu subklauzuli 14.5 Urządzenia i Materiały przeznaczone do Robót;

m) poprzez zamieszczenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 14.6 Wystawianie Przejściowych Świadectw Płatności (str. 41) postanowienia o treści: *„Na tych samych zasadach Inżynier może wstrzymać płatność dowolnej z kwot należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy do czasu przedstawienia porozumienia pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą lub prawomocnego orzeczenia sądowego. Inżynier może również wstrzymać płatność dowolnej z kwot, jeżeli Wykonawca nie przedstawi oświadczenia o braku zobowiązań względem podwykonawców, dowodów płatności lub oświadczeń podwykonawców."* Pomimo tego, że takie wstrzymanie może się odnosić tylko i wyłącznie do wysokości kwoty jaka jest należna podwykonawcy;

n) poprzez przyznanie sobie przez Zamawiającego w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subkluzuli 15.2 Odstąpienie przez Zamawiającego (str. 46) prawa do odstąpienia od Kontraktu bez wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu na dokonanie naprawy;

o) poprzez wykreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 16.2 Rozwiązanie Kontraktu przez Wykonawcę punktu (d) uprawniającego Wykonawcę do rozwiązania Kontraktu w sytuacji, gdy Zamawiający w sposób istotny nie dopełnia swoich zobowiązań związanych z Kontraktem;

p) poprzez wyłączenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 16.4 Zapłata po rozwiązaniu– możliwości dochodzenia przez wykonawcę, w sytuacji rozwiązania przez niego Kontraktu – utraconego zysku, szkód pośrednich, jak również kosztu zarządu wykonawcy, a szkoda, co do której wykonawca może zgłosić roszczenie ogranicza się tylko do szkody rzeczywistej;

r) poprzez narzucenie wykonawcom w Warunkach Szczególnych Kontraktu w subklauzuli 18.2 Ubezpieczenie Robót i Sprzętu Wykonawcy, objęcia ubezpieczeniem również ryzyk projektanta, pomimo tego, że to Zamawiający dostarcza Dokumentację projektową;

s) poprzez brak przewidzenia kary umownej zastrzeżonej dla wykonawcy od Zamawiającego, na wypadek odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

IX. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 PZP (Zarzut 14) poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert w postaci Skrócenia terminu realizacji, które to kryterium narusza zasady prowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, poprzez narzucenie wykonawcom obowiązku skrócenia terminu realizacji zamówienia, aż o 6 miesięcy, pomimo nierealności realizacji terminu podstawowego.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zmawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentacji postępowania w sposób wskazany w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący wskazał co następuje.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 2 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, 22c ust. 1 pkt 3 PZP i art. 7 ust. 1 PZP (zarzut nr 1).

Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w wysokości 70 000 000,00

PLN, w sposób ewidentny naruszył zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu. Najprawdopodobniej jest to efektem błędnego przekonania, że warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w postaci ubezpieczenia OC prowadzonej przez niego działalności, ma na celu ubezpieczenie przedmiotowego zamówienia. Tymczasem dopuszczony przez ustawodawcę wymóg posiadania ubezpieczenia OC ma na celu pokazanie tego, że wykonawca jest profesjonalistą w swojej dziedzinie, który to profesjonalizm przejawia się tym, że posiada on ubezpieczenie o charakterze ogólnym prowadzonej przez siebie działalności, a przez to staje się podmiotem wiarygodnym. Takie stanowisko jest prezentowane m.in. w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (w wyroku z 24 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1147/14). Obowiązkiem zamawiającego, w kontekście wymaganej sumy ubezpieczenia, jaką ma się wykazać wykonawca, powinno być przede wszystkim zrobienie rozeznania rynku, w zakresie tego, na jaką sumę ubezpieczenia zawierane się umowy ubezpieczenia firm budowlanych, jeżeli idzie o ubezpieczenie ogólne OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

Według informacji posiadanych przez odwołującego te sumy ubezpieczenia opiewają na kwotę od kilku do kilkudziesięciu milionów złotych. Żądanie zatem obowiązku wykazania się ubezpieczeniem OC na kwotę min. 70 000 000,00 PLN jest żądaniem wygórowanym. Tak postawiony wymóg został bowiem dokonany w oderwaniu od funkcjonujących na rynku ubezpieczeń właściwym dla firm budowlanych – instrumentów ubezpieczeniowych. Natomiast jeżeli zamawiający oczekuje ubezpieczenia dedykowanego pod to zamówienie, to służą temu inne instrumenty ubezpieczeniowe takie jak np. ubezpieczenia CAR.

Zdaniem odwołującego pozostawienie tego wymogu może wyeliminować z udziału w tym przetargu największe polskie firmy budowlane, lub też będzie zmuszało wykonawców do „sztucznego" doubezpieczenia się tylko na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 83/18.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 22d ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP (zarzut nr 2). Odwołujący porównał treść warunku wraz z żądaną modyfikacją i stwierdził co następuje.

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia – przedstawiciela wykonawcy, w sposób naruszający zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Za nieuzasadniony, zdaniem odwołującego, należy uznać merytoryczny opis wymaganego doświadczenia, bowiem zamawiający dopuszcza spełnienie przedmiotowego warunku przez osobę posiadającą doświadczenie zdobyte w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako przedstawiciel wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu manager projektu, dyrektor kontraktu, kierownik zespołu), na budowach prowadzonych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne.

Z powyższego dla odwołującego wynika, iż zamawiający przewiduje, że osoba pełniąca funkcję przedstawiciela wykonawcy będzie dysponowała doświadczeniem w zarządzaniu kontraktem/projektem, przy czym wyklucza osoby pełniące funkcję kierownika budowy, inżyniera kontraktu, zastępcy inżyniera kontraktu, które również posiadają doświadczenie w kierowaniu realizacją robót. Natomiast doświadczenie to, ze względu na wykonywanie przez te osoby czynności, jest nawet bardziej wartościowe od doświadczenia osób, które mają za zadanie jedynie kierować wykonaniem kontraktu (tj. pełnić rolę zarządzającego czyli manager projektu, dyrektor kontraktu, kierownik zespołu). Zatem aktualny stan w istotny sposób narusza uczciwą konkurencję, natomiast zamawiający winien dopuścić również osoby o ww. doświadczeniu.

Dodatkowo, zdaniem odwołującego, za naruszenie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu należy uznać wymóg aby osoba wskazana do pełnienia funkcji przedstawiciela wykonawcy posiadała doświadczenie w zarządzaniu kontraktem związanym z jedną robotą budowlaną, której przedmiotem było wykonanie wyłącznie morskiej budowli hydrotechnicznej.

W ocenie odwołującego, w pierwszej kolejności należy wskazać, że przedstawiciel wykonawcy to nie jest osoba, która wykonuje samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, tylko osoba której rola sprowadza się do pełnienia funkcji menadżera, od strony wykonawcy konkretnego przedsięwzięcia budowlanego. Jego doświadczenie powinno się zatem odnosić generalnie do zarządzania kontraktami budowlanymi, jako przedstawiciel wykonawcy lub na stanowisku równoważnym, dlatego też za zasadne należy uznać wymóg odnoszący się do doświadczenia w zakresie zarządzania kontraktem związanym z budową obiektu budowlanego, o określonej wartości, ale bez konkretyzowania tego doświadczenia do robót z określonej branży. Jeszcze raz zatem należy podkreślić, że funkcja przedstawiciela wykonawcy to przede wszystkim funkcja kontraktowa, sprowadzająca się do funkcji zarządzania i administrowania kontraktem budowlanym. Ocena doświadczenia powinna zatem odbywać się w kontekście tego czy wskazana osoba posiada doświadczenie w zarządzaniu kontraktem budowlanym o znacznej wartości, ale bez ograniczania tego doświadczenia do konkretnego rodzaju robót budowlanych. Jeżeli jednak takie wskazanie należałoby uznać za zasadne, to wskazanie to winno się odnosić generalnie do budowli hydrotechnicznych, bez ograniczania ich tylko do morskich budowli hydrotechnicznych. Zarządzanie kontraktem w przypadku budowli morskiej przebiega bowiem analogicznie do zarządzania kontraktem mającym za przedmiot inne rodzaje budowli. Tym samym pozostawienie przedmiotowego wymogu uznać należy jawi się jako zupełnie bezcelowe i stanowi o naruszeniu uczciwej konkurencji poprzez ustanowienie wymogu pozostającego bez wpływu na faktyczną ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, iż przedstawiciel wykonawcy to funkcja narzucona przez warunki kontraktowe FIDIC. Rolą przedstawiciela wykonawcy jest kierowanie wykonaniem kontraktu, co oznacza, że przypisać mu należy kompetencje zarządcze w odniesieniu do inwestycji jako całokształtu czynności o charakterze administracyjnym czy organizacyjnym. Wobec powyższego w ocenie odwołującego wymóg, aby osoba, która przedstawia doświadczenie zdobyte jako przedstawiciel wykonawcy lub manager projektu, dyrektor kontraktu, kierownik zespołu, realizowała referencyjne zamówienie w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub szczegółowo wymienione jako równoważne tj. warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers), nie jes zasadny. Zarówno bowiem doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji inwestycji w oparciu warunki kontraktowe Międzynarodowego przetargu konkurencyjnego – International Competitive Bidding (ICB) lub Krajowego Przetargu Nieograniczonego – National Competitive Bidding (NCB) lub inne podobne, umożliwi zamawiającemu ocenę doświadczenia wykonawców, ponieważ warunki te są w istocie oparte o warunki kontraktowe FIDIC.

W ocenie odwołującego brak możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, których przedstawiciel wykonawcy nie realizował kontraktu opartego o warunki kontraktowe FIDIC lub warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT lub kontrakty NEC lub wzory ICE, a realizował kontrakt o warunki kontraktowe Międzynarodowego przetargu konkurencyjnego – ICB lub Krajowego Przetargu Nieograniczonego– NCB lub inne odpowiadające warunkom

kontraktowym FIDIC, zbliżone i oparte na warunkach kontraktowych FIDIC, w istotny sposób ogranicza konkurencję. Wskazane przez odwołującego warunki kontraktowe są związane z procedurą udzielania zamówień Banku Światowego, a warunki te są niemal 1:1 powieleniem warunków kontraktowych FIDIC. Ponadto w Polsce wielokrotnie były realizowane kontrakty, których przedmiotem były roboty hydrotechniczne na rzecz NATO, na warunkach zbliżonych do warunków kontraktowych FIDIC, wobec czego wykonawcy posiadają w tym zakresie stosowne doświadczenie i dlatego nie zasadnym jest tworzenie zamkniętego katalogu akceptowalnych przez zamawiającego kontraktów, ponieważ wpływa to na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 22d ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP (zarzutu nr 3). Porównano żądania modyfikacji treści dokumentacji z obecnym jej brzmieniem, a następnie odwołujący stwierdził jak niżej.

Odwołujący kwestionuje wymóg, po pierwsze 8 letniego doświadczenia, po drugie wymóg doświadczenia odnoszący się tylko do branży hydrotechnicznej morskiej, a ponadto ograniczenie w zakresie doświadczenia zawodowego wyłącznie do stanowiska kierownika budowy.

Zdaniem odwołującego doświadczenie kierownika budowy powinno się odnosić co najwyżej do doświadczenia ale w branży ogólnie hydrotechnicznej, a nie tylko morskiej. Wiele bowiem morskich hydrotechnicznych obiektów, na obszarach wewnętrznych, jest wykonywana w tej samej technologii co obiekty hydrotechniczne, ale nie będących morskimi obiektami hydrotechnicznymi. Zgodnie z definicją budowli hydrotechnicznej znajdującą się w § 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2007 r., nr 86, poz. 579), przez budowlę hydrotechniczną należy rozumieć budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym m.in. porty, pomosty, nabrzeża, bulwary, falochrony.

Z kolei stosownie do definicji morskiej budowli hydrotechnicznej, znajdującej się w § 2 pkt 6) rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r., nr 101, poz. 645), ustawodawca wskazał, że przez morską budowlę hydrotechniczną rozumie się budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną na a) morzu terytorialnym, b) na morskich wodach wewnętrznych, c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego, d) w portach i przystaniach morskich, która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełnienia przeznaczonej funkcji stanowi całość techniczno – użytkową. Do takich budowli morskich, stosownie do § 2 pkt 8 i 13 przywołanego powyżej rozporządzenia, zalicza się np. odpowiednio falochron i nabrzeże, czyli takie same budowle jak budowle hydrotechniczne, ale nie będące budowlami morskimi. Rozróżnienie tych budowli ogranicza się w zasadzie tylko do obszaru. Co więcej w definicji morskiej budowli hydrotechnicznej jest mowa również o tym, że do takich budowli zalicza się budowle, które powstają na lądzie (*vide* § 2 pkt 6 lit. c rozporządzenia).

Skoro zatem zamawiający wskazuje na morskie budowle hydrotechniczne, do których mogą się również zaliczać budowle powstające na lądzie, to widać, że nie ma dla niego, aż takiego znaczenia to, żeby były to rzeczywiście morskie budowle hydrotechniczne. Tym samym morskie budowle hydrotechniczne nie różnią się w sposób istotny od budowli hydrotechnicznych, które nie są budowlami morskim, jeżeli idzie sposób ich realizacji (np. nabrzeże, falochron). Budowle te są wykonywane w zasadzie przy użyciu tego samego sprzętu, technologii. Dodatkowo należy również wskazać, że w art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.) jest mowa o specjalności w jakiej wydawane są uprawnienia budowlane, tj. specjalności inżynieryjnej – hydrotechnicznej. Ustawodawca nie czyni zatem rozróżnienia na specjalność inżynieryjną hydrotechniczną morską i pozostałą hydrotechniczną.

Ponadto w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) nie ma rozróżnienia na specjalność inżynieryjną hydrotechniczną morską i hydrotechniczną pozostałą. Zgodnie bowiem z § 13 ust. 10 tego rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi w zakresie morskich budowli hydrotechnicznych oraz budowli hydrotechnicznych tymczasowych i stałych, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, oraz przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie. Ustawodawca uznaje zatem, że osoba która posiada takie uprawnienia jest uprawniona do sprawowania tej funkcji zarówno przy budowie budowli hydrotechnicznych morskich jak pozostałych budowli hydrotechnicznych. Zasadny jest zatem wniosek o nieograniczanie zdobytego doświadczenia jedynie do hydrotechnicznych robót morskich.

Z uwagi na powyższe odwołujący uznaje za zasadne uzupełnienie warunku opisanego w pkt III.1.3) ppkt 2 lit. b tiret pierwsze ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V ust. 1 pkt 1.3.2 lit. b tiret pierwsze SIWZ o doświadczenie kierownika budowy zdobyte w przy robotach związanych z innymi budowlami hydrotechnicznymi.

W ocenie odwołującego zaznaczyć również należy, iż zamawiający dopuścił, w ramach doświadczenia kierownika budowy, jako jedną z wymaganych robót, robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, a zatem ograniczył rodzaje budowli morskich wyłącznie do falochronów – przy czym w opisie doświadczenia kierowników robót hydrotechnicznych zamawiający wskazał, iż doświadczenie kierowników robót hydrotechnicznych może obejmować nie tylko budowę lub przebudowę falochronów wyspowych (półwyspowych) lecz także nabrzeży i pirsów. W ocenie odwołującego taki stan w istotny sposób narusza uczciwą konkurencję.

Następnie odwołujący podniósł, iż uznaje również za nieproporcjonalny i tym samym naruszający przywołane przepisy PZP, wymóg odnoszący się do długości doświadczenia jakim ma się wykazać osoba desygnowana do pełnienia funkcji kierownika budowy. W ocenie odwołującego co najmniej 8 letni okres doświadczenia zawodowego kierownika budowy jest wskazany wyłącznie w celu ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza, iż w ocenie odwołującego wystarczającym do weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia jest 5 letni okres doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Jednocześnie odwołujący wnosi o rozszerzenie akceptowalnych funkcji w ramach posiadanego doświadczenia przez osobę desygnowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy. Zamawiający przewiduje bowiem, że osoba pełniąca funkcję kierownika budowy będzie dysponowała doświadczeniem zdobytym wyłącznie w trakcie pełnienia funkcji na stanowisko kierownika budowy, przy czym wyklucza osoby pełniące funkcję inspektora nadzoru inspektorskiego, który również posiada doświadczenie

niezbędne do zweryfikowania przez zamawiającego zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Z uwagi na powyższe według odwołującego zamawiający winien dopuścić do sprawowania funkcji kierownika budowy również osoby, które posiadają doświadczenie jako inspektor nadzoru inwestorskiego oraz doprecyzować, iż funkcję kierownika budowy może pełnić także osoba legitymująca się doświadczeniem zdobytym jako kierownik robót, ponieważ treść ogłoszenia i SIWZ w aktualnym stanie nie jest jednoznaczna poprzez ujęcie kierownika robót jako „kierownik budowy (robót)".

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a PZP, art. 22d ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP (zarzutu nr 4).

Odwołujący przywołał obecną treść SIWZ oraz żądane modyfikacje i stwierdził, że zamawiający, podobnie jak przy przedstawicielu wykonawcy oraz kierowniku budowy, ogranicza to doświadczenie tylko i wyłącznie do branży hydrotechnicznej morskiej. Następnie wskazano, że odwołujący w celu uzasadnienia tego zarzutu podtrzymuje – bez konieczności jej powielania – argumentację zaprezentowaną przy zarzutach dotyczących przedstawiciela wykonawcy oraz kierownika budowy w zakresie braku podstaw do ograniczenia doświadczenia odnoszącego się tylko do branży hydrotechnicznej morskiej.

Dalej odwołujący dodał, że uznaje za nieproporcjonalny i tym samym naruszający przywołane przepisy PZP wymóg odnoszący się do długości doświadczenia jakim mają się wykazać osoby desygnowane do pełnienia funkcji kierownika robót hydrotechnicznych. W ocenie odwołującego co najmniej 6 letni okres doświadczenia zawodowego kierowników robót hydrotechnicznych jest wskazany wyłącznie w celu ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, zwłaszcza, iż w ocenie odwołującego wystarczającym do weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia jest 5 letni okres doświadczenia zawodowego kierownika budowy. Ponadto za zasadne należy uznać rozszerzenie zakresu doświadczenia, którym mają się wykazać te osoby również o takie budowle jak śluzy i jazy, które są w zakresie prac do wykonania przy przedmiotowym zamówieniu. Dodatkowo konieczne, według odwołującego, jest doprecyzowanie, iż funkcję kierownika robót hydrotechnicznych może pełnić także osoba legitymująca się doświadczeniem zdobytym jako Kierownik robót, ponieważ treść ogłoszenia i SIWZ w aktualnym stanie nie jest jednoznaczna poprzez ujęcie kierownika robót jako „kierownik budowy (robót)".

Zarzut naruszenia art. 150 ust. 3 - 6 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP (zarzut nr 5)oraz zarzut naruszenia art. 150 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP (zarzut nr 6).

W ocenie odwołującego wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy (8% ceny całkowitej brutto), jak również nie skorzystanie przez zamawiającego z możliwości tworzenia zabezpieczenia poprzez potrącanie z należności za częściowo wykonane roboty budowlane lub usługi na zasadzie art. 150 ust. 3 – 6 PZP, należy uznać jako czynności i zaniechania zamawiającego, które biorąc pod uwagę wartość całego kontraktu (ponad pół miliarda złotych), ograniczają konkurencję. Zabezpieczanie należytego wykonania umowy powinno uwzględniać wartość realizowanego kontraktu (inaczej bowiem wygląda 8% zabezpieczenia przy kontrakcie wartym 50 mln PLN, a inaczej przy kontrakcie wartym 500 mln PLN). Stąd zasadnym jest zmniejszenie wysokości zabezpieczenia do wysokości 5%, co wpłynie niewątpliwie na atrakcyjność ceny, a kwota zabezpieczenia będzie i tak spora biorąc pod uwagę wartość całego przedsięwzięcia. Ponadto, przy tak dużej wartości kontraktu, przyznane zamawiającemu prawo (art. 150 ust. 3 PZP) zgodnie z którym zamawiający może wyrazić zgodę na tworzenie zabezpieczenia przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, gdy okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, a w takim przypadku w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia, a wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa, powinno być jednak – przy uwzględnieniu art. 7 ust. 1 PZP – traktowane jako jego obowiązek.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 5, art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP (zarzut nr 7).

Zamawiający w projektach tj. w teczka 1.1 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ CZĘŚĆ WSCHODNIA w punkcie 3.3.5, teczka 1.2 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ CZĘŚĆ ZACHODNIA w punkcie 3.3.5, powołując się na normę PN–EN 13383-1:2003, wskazał na wymóg kamienia, aby były to materiały o parametrze o gęstości równej lub większej od 2,6 Mg/m3. Taki wymóg nie jest jednak niczym uzasadniony, albowiem norma PN– EN 13383– 1:2003 wskazuje na następującą minimalną gęstość: nie mniej niż 2,3 Mg/m3 – Polska Norma P N– EN 13383– 1. Co istotne w innym dokumencie w postaci Specyfikacji Techniczna H1.5 KONSTRUKCJE NARZUTOWE punkt 2.2.1. zamawiający wskazał wymóg kamienia łamanego o parametrze gęstości równym lub większym od 2,5 Mg/ m3. Kamień hydrotechniczny o wskazanej przez zamawiającego takiej gęstości na poziomie od 2,6 Mg/m3 może być trudny do zdobycia na terenie Polski, stąd zasadne należy uznać wprowadzenie minimalnej gęstości kamienia hydrotechnicznego o gęstości minimalnej 2,5 Mg/m3, która to gęstość kamienia jest powszechnie stosowana przy tego typu robotach, a jednocześnie zgodna z obowiązującymi normami. Dowód: dwie strony z normy PN– EN 13383 – 1:2003 (dokument będzie przedłożony na rozprawie) dwie strony z projektu Teczka 1.1 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ – CZĘŚĆ WSCHODNIA, dwie strony z projektu Teczka 1.2 PORT OSŁONOWY NA ZATOCE GDAŃSKIEJ – CZĘŚĆ ZACHODNIA i dwie strony ze Specyfikacji Technicznej H 1.5 KONSTRUKCJE NARZUTOWE.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 PZP, art. 5, art. 3531 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP (zarzut nr 8).

Zamawiający w pkt 6.0. dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia (str. 16) załącznika nr 4 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia wskazał, że wykonane zostały badania ferromagnetyczne w obrębie inwestycji w celu określenia możliwości wystąpienia w osadach Zalewu Wiślanego i Mierzei Wiślanej zagrożeń w postaci pozostałości amunicji po działaniach wojennych, niewybuchów, niewypałów, pojazdów itp. jednocześnie zamawiający wskazał, że wydobycie zlokalizowanych w ramach badań obiektów ferromagnetycznych będzie przedmiotem odrębnego postępowania przetargowego. Z kolei w subklauzuli 4.1 ogólne zobowiązania wykonawcy ppkt IV (str. 15) warunków szczególnych kontraktu zamawiający wskazał, że: „Wykonawca przeprowadzi kontrolne badania saperskie terenu budowy i zapewni nadzór saperski w trakcie trwania robót jeśli okaże się to konieczne, jak również w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej usunie wszelkie niewybuchy lub niewypały wykazane w raportach z badań ferromagnetycznych i raporcie z rozpoznania saperskiego obszaru lądowego oraz odnalezione w toku Robót".

Jak zatem widać w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia oraz zakres obowiązków wykonawcy mamy wewnętrzną sprzeczność, tj. z jednej strony zamawiający wskazuje, że usunięcie obiektów ferromagnetycznych zostanie dokonane przez podmiot trzeci wyłoniony w odrębnym postępowaniu, w innym zaś miejscu wskazuje, że ten obowiązek jednak spoczywa na wykonawcy. Stąd niezbędne jest jasne i precyzyjne stanowisko zamawiającego w tym zakresie, tj. czy usunięcie tych obiektów ferromagnetycznych leży, czy też nie leży w zakresie obowiązków wykonawcy.

Gdyby jednak wolą zamawiającego było to, aby wykonawca usunął te obiekty ferromagnetyczne, to nie mogą się

ostać postanowienia kontraktu, które narzucają na wykonawcę obowiązek usunięcia tych obiektów w ramach zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Wykonawcy nie mają bowiem wiedzy na temat ilości, jak również rodzaju i wielkości obiektów ferromagnetycznych, są to z kolei niezbędne informacje do tego, aby należycie wycenić ofertę, a czynności związane z rozpoznaniem, zlokalizowaniem i usunięciem obiektu ferromagnetycznego stanowią dość istotny element cenotwórczy, którego wykonawca nie może skalkulować w ramach pewnego ryzyka kontraktowego i dodać do pozycji cenowych odnoszących się do innych robót. Zasadne zatem jest wprowadzenie odrębnego wynagrodzenia za wydobycie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych, liczone obmiarowo i płacone według faktycznej ilości wydobytych obiektów, po cenach jednostkowych zaoferowanych przez wykonawców w formularzu cenowym. Tylko bowiem w taki sposób wykonawcy mogą działać w równych warunkach, jeżeli idzie o przygotowanie oferty. Takie rozliczenie jest sprawiedliwe, bowiem wszyscy wykonawcy mają jednakowe szanse, albowiem nie muszą wliczać w cenę ryczałtową czegoś czego nie są w stanie przewidzieć.

Przy takim modelu, jaki przewidział zamawiający, każdy z wykonawców będzie przyjmował różne założenia, co sprawi, że oferty nie będą porównywalne. Natomiast przyjęcie zaproponowanego przez odwołującego modelu spowoduje, że sposób rozliczania będzie jednakowy dla wszystkich wykonawców. W modelu zaproponowanym w odwołaniu zamawiający będzie płacił za faktyczne wydobycie, które jeżeli okaże się mniejsze niż ilość punktów ferromagnetycznych wskazanych przez zamawiającego, to koszt dla niego będzie mniejszy. Ponadto wykonawcom jest łatwiej przygotować cenę jednostkową za wydobycie, niż wskazanie z góry ceny ryczałtowej za przygotowany przez zamawiającego opis w tym zakresie, która to cena w kontekście braku precyzyjnego wskazania ilość przedmiotów potencjalnie niebezpiecznych, musiałaby być przewidziana z dość sporym zapasem, a tym samym taka sytuacja doprowadzi do znacznego podrożenia oferty, nie mówiąc już o tym, że każdy z wykonawców będzie to ryzyko kalkulował zupełnie inaczej. Dodatkowo odwołujący proponuje wprowadzenie maksymalnego progu %-owego w stosunku do zatwierdzonej kwoty kontraktowej jeżeli idzie o cenę jednostkową. Wskazanie maksymalnego %-owego pułapu ceny jednostkowej sprawi, że zamawiający uniknie sytuacji, w której wykonawcy zaoferują „rażąco" wysokie ceny w tym zakresie. Osobne wynagrodzenie powinno się również odnosić do obiektów ferromagnetycznych, które okażą się nie być niebezpiecznymi. Ilość czynności oraz czas potrzebny na ich weryfikację jest taki sam jak przy obiektach niebezpiecznych. Na tym etapie nie do przewidzenia jest również skala tych obiektów. Weryfikacja tych obiektów oraz ich wydobycie również mają wpływ na dotrzymanie terminu realizacji zamówienia. Opisane przez odwołującego rozwiązanie jest dość często spotykanym rozwiązaniem przy tego typu kontraktach.

Istotnym jest również, że Izba w wyroku z 30 stycznia 2018 r. sygn.: KIO 83/18, w sposób kategoryczny wskazała, że tego typu praktyki na gruncie ustawy PZP są niedopuszczalne.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1 i 2 PZP (zarzut nr 9).

Zamawiający nie załączył do SIWZ ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, zaś brak tego dokumentu nie pozwala wykonawcom na podjęcie decyzji o udziale w tym postępowaniu, albowiem nie mają oni wiedzy czy w ogóle istnieje formalnoprawna zgoda na prowadzenie tej inwestycji oraz jakie dodatkowe obowiązki z tej decyzji wynikają. Ponadto brak takiej decyzji nie daje wykonawcom wiedzy na temat tego, czy przekazana przez zamawiającego dokumentacja projektowa nadaje się do tego aby na jej podstawie wykonywać roboty.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 387 § 1 KC, art. 353^1 w zw. z art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 PZP (zarzut nr 10).

Zamawiający w pkt IV 1. SIWZ wskazał, że przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia. Ponadto w pkt IV 2. SIWZ wskazał jako termin kluczowy tj. 18 miesięcy na wykonanie wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego. Terminy te są jednak – w ocenie odwołującego – terminami nierealnymi.

Roboty pierwszego etapu zamówienia można podzielić na główne części składające się z:
- robót związanych z budową portu osłonowego na Zatoce Gdańskiej,
- robót związanych z budową obiektów hydrotechnicznych kanału żeglugowego przez Mierzeję Wiślaną,
- robót ziemnych i czerpalnych na kanale żeglugowym,
- robót związanych z utworzeniem sztucznej wyspy – pola refulacyjnego.

Zgodnie z założeniami dokumentacji projektowej, jak również zgodnie z zasadami wiedzy inżynierskiej, część robót oddziałuje na inne i winny być prowadzone wg ściśle określonej kolejności przy czym część prac może być prowadzona w jednym czasie (równolegle bez oddziaływania na inne prace). Zakłada się, że prace związane z budową portu osłonowego na zatoce gdańskiej mogą być realizowane równolegle z pozostałymi robotami bez większego wpływu i oddziaływania na pozostałe roboty.

Pozostałe roboty w wykonawstwie są ze sobą powiązane. Należy wyróżnić kolejność wykonania prac:

1. Roboty przygotowawcze, ustawienie zaplecza budowy, wykonanie dróg technologicznych, tymczasowych nabrzeży do cumowania jednostek wykonawcy, wykonanie wycinki drzew w miejscu kanału żeglugowego;
2. Wykonanie mostu południowego w celu zapewnienia ciągłości ruchu drogą wojewódzką nr 501 (wymogi decyzji środowiskowej);
3. Przekierowanie ruchu na wykonany most i rozpoczęcie robót ziemnych w celu częściowego pozyskania materiału do napełniania geotub stanowiących obudowę sztucznej wyspy;
4. Wykonanie konstrukcji pozostałych obiektów hydrotechnicznych w tym komory śluzy, obudowy kanału (nabrzeży) oraz mostu północnego umożliwiając tym samy rozpoczęcie kolejnego etapu robót ziemnych oraz robót czerpalnych;
5. Budowa grobli (obudowa sztucznej wyspy) z materiału pozyskanego z robót ziemnych oraz czerpalnych z kanału żeglugowego przez mierzeję wiślaną;
6. Wyposażenia nabrzeży, montaż zamknięć śluz, budowa budynków lądowych – zagospodarowanie terenu.

W załączniku nr 1 do odwołania przedstawiono możliwy do realizacji przy prawidłowej organizacji przez wykonawcę robót harmonogram prac, uwzględniając kolejność wykonywania robót bez uwzględnienia czynników zewnętrznych mogących zakłócić realizację inwestycji, np. takich jak niekorzystne warunki atmosferyczne, wymagania zawarte w decyzji środowiskowej.

Należy wyraźnie wskazać, że założony przez zamawiającego czas na wykonanie inwestycji nie uwzględnia niekorzystnych warunków atmosferycznych oraz wymagań zawartych w decyzjach środowiskowych. Dodatkowo umowa przygotowana przez zamawiającego nie daje realnej możliwości przesunięcia terminu realizacji inwestycji z uwagi na czynnik zewnętrzne, bowiem z doświadczeń opiniującego dające się przewidzieć –niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prace sprzętów, tj np. zalodzenia akwenów, wiatr, falowanie nie są rozpatrywane przez zamawiających jako „wyjątkowo niepomyślne warunki klimatyczne".

Na podstawie informacji zawartych w dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę wykonania robót opisanych w dokumentacji przetargowej oraz na podstawie danych powszechnie dostępnych, można wyróżnić następujące podstawowe zakłócenia, które należy uwzględnić przy realizacji zadania:

Zakłócenie nr 1 – zalodzenie. Zakres oddziaływania: zalodzenie obszaru zalewu wiślanego oraz wykonanego przekopu przez mierzeję wiślaną wstrzyma ruch jednostek wodnych oraz uniemożliwi prowadzenie jakichkolwiek prac związanych z wykonaniem sztucznej wyspy (pola refulacyjnego] jak również nie będzie możliwym prowadzenie robót czerpalnych (pogłębienia) w budowanych kanale żeglugowym.

Okres występowania i czas trwania: zgodnie z danymi zawartymi w dokumentacji projektowej zalodzenie na akwenie zalewu wiślanego przeciętnie trwa 100 dni w półroczu zimowym w okresie od listopada do kwietnia. Przy realizacji zadania w 3 sezonach zimowych (36 miesięcy) przeciętnie zalodzenie może trwać 300 dni.

Zakłócenie nr 2 – wiatr powyżej 4 w skali Beuforta. Zakres oddziaływania: z uwagi na uwarunkowania środowiskowe do wykonania robót na wodach zalewu wiślanego wymagane są jednostki o zanurzeniu ok. 2.0 metry. Z analiz dostępności sprzętu oraz doświadczeń opiniującego wynika, że jednostki o zanurzeniu ok. 2 metrów są to jednostki do uprawiania żeglugi śródlądowej w szczególnych przypadkach dopuszczone do ruchu po morskich wodach wewnętrznych w morskiej strefie brzegowej. W większości są to jednostki płaskodenne, podatne na oddziaływanie fali. Przeciętna dzielność jednostek śródlądowych wynosi dla jednostek z własnym napędem (np. pchacze) 5 w skali Beuforta. Dla jednostek roboczych takich jak: pontony transportowe, pontony z koparkami, barki, tratwy robocze dzielność wynosi do 4 w skali Beuforta, z zastrzeżeniem, że średnia wysokości fali nie może przekroczyć 0,60 m. W praktyce oznacza to, że wiatr o sile powyżej 4 w skali Beuforta dyskwalifikuje możliwość pracy tymi jednostek na akwenie. Zakłócenie to ma zasadniczy wpływ na roboty czerpalne oraz roboty związane z budowa sztucznej wyspy (pola refulacyjnego) jak również portu osłonowego.

Okres oddziaływania i czas trwania: wiatry przekraczające siłę 4 w skali Beuforta występują na przełomie całego roku kalendarzowego. W tabeli nr 1 zestawiono dni w których siła wiatru przekroczyła 4 w skali Beuforta, tj dni w których praca dla jednostek sprzętowych nie będzie możliwa. Dane opracowano na podstawie materiałów zawartych w „Analizie klimatu falowego i wiatrowego w rejonie Lubiatowa od stycznia 2010 do lutego 2016" –opracowanie Instytutu Budownictwa Wodnego Polskiej Akademii Nauk. Przez ponad 1/3 dni w roku praca jednostkami pływającymi nie będzie możliwa co w 36 miesięcznym cyklu realizacji daje 367,55 dni.

Zakłócenie nr 3 – wiatr silny przekraczający 10 m/s. Zakres oddziaływania: wiatr silny przekraczający prędkość 10 m/s (powyżej 6 w skali Beuforta) jest to wiatr, który uniemożliwia wykonywanie prac na akwenach morskich w tym paraliżuje roboty związane z budową portu osłonowego. Dodatkowo z uwagi na bliskość linii brzegowej wiatr ten będzie oddziaływał na roboty prowadzone przy budowie obiektów hydrotechnicznych kanału żeglugowego (komora śluzy, mosty, obudowa nabrzeży). Wiatr ten ma szczególne znaczenie dla pracy dźwigów, głębiarek wykonujących ściany szczelinowe, jednostek pływających i innych urządzeń podatnych na oddziaływanie wiatru w rozumieniu przepisów BHP.

Okres oddziaływania i czas trwania: wiatry silne występuję w okresie całego roku kalendarzowego. W tabeli nr 2 zestawiono ilość dni z silnym wiatrem w poszczególnych miesiącach roku. W ciągu jednego roku kalendarzowego z uwagi na silne wiatry roboty muszą zostać wstrzymane średnio na co najmniej 57 dni. W cyklu realizacji obiektu jest to 171 dni.

Harmonogram prac z uwzględnieniem opisanych zakłóceń (1 – 3) przedstawiono w załączniku nr 2 do odwołania. Należy zauważyć, że część zakłóceń nakłada się na siebie stąd nie niewłaściwym jest przesunięcie czasu na ukończenie o sumaryczny czas zakłóceń. Do stworzenia harmonogramu prac z uwzględnieniem zakłóceń (warunków atmosferycznych) przyjęto że:

1. Dla robót związanych z budową portu osłonowego oraz w części lądowej zakłócenia nr 1 i 2 nie mają istotnego wpływu. Istotny wpływ ma natomiast zakłócenie nr 3, które trwa 57 dni w każdym roku kalendarzowym. Do czasu ukończenia robót w porcie osłonowymi jak i w części lądowej należy w każdym roku do realizacji doliczyć 57 dni, tj. 2 miesiące.
2. Dla robót związanych z budową sztucznej wyspy oraz wykonaniem robót czerpalnych – refulacyjnych zakłócenie nr 3 występuje zawsz gdy siła wiatru przekracza 4B [zakłócenia trwają w tym samym czasie], natomiast przyjęto, że w przeciętnie 100 dniowym okresie zalodzenia nie uwzględnia się już wystąpienia wiatru powyżej 4 B. Sumarycznie zakłócenie nr 1 i 2 trwa 145,4 dni w roku kalendarzowym.

Należy również zaznaczyć, że przedstawiony harmonogram nie uwzględnia wielu innych czynników zakłócających roboty zastrzeżonych w decyzji środowiskowej. Z uwagi na brak wiedzy nt. realnej daty zawarcia umowy z Wykonawcą trudno określić i udowodnić na etapie przygotowania oferty wpływ zakłóceń, które zostały wymienione poniżej. Dowód: załącznik nr 1 – harmonogram i załącznik nr 2 – harmonogram.

Dodatkowo, zdaniem odwołującego, należy zwrócić uwagę, że zamawiający liczy termin łącznie z okresami zimowymi, które w zależności od tego kiedy zostanie zawarta umowy, mogą objąć nawet 3 takie okresy. Średni okres zimy to 3 miesiące liczone od 15 grudnia do 15 marca. W przypadku wystąpienia bowiem zimowych warunków, chociażby oblodzenie, prace mogą być wstrzymane na wiele miesięcy. Dlatego zasadne jest liczenie terminu wykonania wskazanego w miesiącach z wyłączeniem okresu zimowego rozumianego jako okres od 15 grudnia do 15 marca. Czysto informacyjnie należy wskazać, że w taki sposób postępuje przy realizacji swoich kontraktów na budowę i remonty dróg Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. W realizowanych przez tę instytucję kontraktach ten okres nie jest wliczany do określonego w miesiącach czasu na wykonanie zamówienia. Ponadto należy wskazać, że zamawiający wśród kryteriów oceny ofert wskazał na kryterium odnoszące się do skrócenia tego terminu do 6 miesięcy (m.in. pkt IV 4 SIWZ). Wymuszenie zatem na wykonawcach (odwołujący celowo używa tego sformułowania z uwagi na to, że najprawdopodobniej każdy z wykonawców, którzy zdecydują się złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu dokona maksymalnego skrócenia, nie chcąc się pozbawić szansy na uzyskanie tego zamówienia), sprawia to, że niezależnie od wspomnianych powyżej okresów zimowych, które z całą pewnością wstrzymają prace wykonawcy przy realizacji zamówienia (na tym etapie trudno tylko oszacować na ile), mamy kolejne skrócenie o 6 miesięcy i tak nierealnego terminu 36 miesięcy na wykonanie tego zamówienia.

Kolejną ważną okolicznością, w ocenie odwołującego, jest to, że zamawiający do dnia wszczęcia przedmiotowego postępowania, nie oczyścił jeszcze terenu budowy z potencjalnych materiałów niebezpiecznych (niewybuchy i niewypały). Wspomina tylko o tym w załączniku nr 4 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia, że zostanie to zlecone odrębnemu wykonawcy wyłonionemu w odrębnym postępowaniu. Z informacji znajdujących się na stronie internetowej zamawiającego jest tylko informacja, że niedawno rozstrzygnięte zostało dopiero postępowanie na przeprowadzenie rozpoznania ferromagnetycznego, które to rozpoznanie polega tylko i wyłącznie na wskazaniu miejsc potencjalnie niebezpiecznych. Dopiero po przeprowadzeniu takiego rozpoznania, zostanie wyłoniony wykonawca, który

usunie wszystkie potencjalnie niebezpieczne miejsca z niewybuchów i niewypałów, co nie wiadomo kiedy w ogóle nastąpi. Z kolei bez tego oczyszczenia wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu nie może przystąpić do wykonania robót budowlanych, natomiast termin realizacji zamówienia cały czas biegnie przy takich postanowieniach SIWZ oraz umowy.

Następnymi istotnymi okolicznościami, które mogą wstrzymać wykonywanie prac, co przekłada się na termin wykonania zamówienia, są okoliczności wymienione wprost w decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzja z 5 grudnia 2018 r. WOOŚ.4211.1.2017.AZ.67 dalej „decyzja środowiskowa").

W decyzji środowiskowej w lit. B Warunki wynikające z konieczności ochrony cennych wartości przyrodniczych wskazano:

–w pkt 1 (str. 4), że na odcinkach toru wodnego w km 18+600 - 20+500 oraz w km 9+500 - 11+000, w okresie od 1 marca do 31 sierpnia prowadzenie robót czerpalnych, a w fazie funkcjonowania robót podczyszczeniowych, dopuszczalne jest wyłącznie w oddaleniu minimum 500 m od szuwarów i roślinności pływającej oraz zinwentaryzowanych tarlisk ryb. We wrześniu zaś dopuszcza się prace w miejscach, w których nadzór ornitologiczny nie stwierdził gniazdujących ptaków lub rodzin z nielotnymi pisklętami,

–w pkt 2 (str. 4), że w okresie od 1 marca do 31 sierpnia należy całkowicie zaniechać prac czerpalnych i podczyszczeniowych na rzece Elbląg, ze względu na okres tarłowy większości ryb oraz okres lęgowy ptaków,

–w pkt 3 (str. 4), że w okresie migracji zstępującej węgorza tj. od 1 września do 30 listopada, prowadzenie prac na rzece Elbląg dopuszczalne jest wyłącznie w ciągu jasnej części doby, tj. od wschodu do zachodu słońca,

–w pkt 5 (str. 4) że usunięcie szuwaru w rejonie Mierzei Wiślanej od strony Zalewu Wiślanego oraz w rejonie rzeki Elbląg należy wykonać w okresie od 1 września do 30 września, po zatwierdzeniu braku lęgów przez nadzór ornitologiczny,

–w pkt 35 (str. 8), że wycinka drzew kolidujących z realizacją inwestycji na Mierzei Wiślanej oraz wzdłuż rzeki Elbląg prowadzić w terminie od 1 października do 1 marca, tj. poza okresem lęgowym ptaków oraz poza okresem rozrodu, odchowu młodych i migracji nietoperzy z rodzajów Pipistrellus i Nyctalus, pod nadzorem przyrodniczym ornitologa i chiropterologa,

–w pkt 36 (str.8), że wszelkie prace polegające na splantowaniu terenu lub inne ingerujące w siedliska lęgowe ptaków prowadzić w terminie od 1 września do 1 marca, tj. poza okresem lęgowym i pod nadzorem ornitologa,

–w pkt 37 (str. 8), że przeniesienie szuwaru trzcinowego, w którym wskazano siedliska lęgowe łabędzia niemego, gęgawy lub perkoza dwuczubego z toru wodnego w inne miejsca na Zalewie lub rzece Elbląg przeprowadzić w okresie od 1 do 30 września, po zatwierdzeniu braku lęgów przez ornitologa, z odtworzeniem warunków do rozwoju roślinności zanurzonej, która na celu zachowanie w skali ostoi siedlisk gatunków, które korzystają z szuwaru.

W Decyzji środowiskowej w lit. C pkt III 5. (str. 11) wskazano, że usunięcie szuwaru należy wykonać w okresie 1 – 30 września i że roboty czerpalne w rejonie szuwaru trzcinowego należy prowadzić wyłącznie poza okresem lęgowym ptaków, tj. w okresie od 15 sierpnia do 1 marca.

Z kolei w lit. B Monitoring w fazie budowy przedsięwzięcia pkt 3 str. 16) wskazano, że prace czerpalne i podczyszczeniowe należy prowadzić z jednoczesnym ciągłym pomiarem zawartości tlenu w wodzie. Pomiary należy prowadzić w odległości ok. 25 m oraz 100 m od miejsca refulowania (sztucznej wyspy), w kierunku zawietrznym (czyli w aktualnym kierunku rozprzestrzeniania się zawiesiny) oraz min. 500 m od miejsca refulowania w kierunku nawietrznym (jako punkt referencyjny). Pomiary powinny obejmować stężenie tlenu rozpuszczonego (mg O_2/l) oraz nasycenie tlenem (%).

Minimalna wartość stężenia dla ryb karpiowatych wynosi 3 mg O_2/l, zaś dla łososiowatych to 6 mg O_2/l. Prace należy wstrzymywać, przy stężeniu 4 mg O_2/l (ok. 40% nasycenia tlenem przy temperaturze 15°C) i niższym, jeżeli minimalna zawartość tlenu w wodzie zostanie przekroczona również w punkcie referencyjnym (co oznaczałoby, że złe natlenienie spowodowane jest warunkami naturalnymi), należy również wstrzymać roboty czerpalne, ponieważ pogorszenie warunków przy niskim naturalnym poziomie natlenienia wody może prowadzić do śnięcia ryb. Roboty można wznowić po ustabilizowaniu się warunków tlenowych i osiągnięciu wartości większej niż 4 mg O_2/l.

Ponadto w subklauzuli 8.4 przedłużenie czasu na ukończenie warunków szczególnych kontraktu, zamawiający wskazał, że w przypadku wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie budowy wykonawcy nie przysługuje roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie oraz roszczenie o dodatkową zapłatę w zakresie, w jakim łączny okres wstrzymania prac na tej podstawie nie przekroczy 72 dni. Tym samym prace wykonawcy z uwagi na znaleziska mogą być wstrzymane przykładowo na 60 (dwa miesiące), ale takie wstrzymanie nie uprawnia wykonawca do jakiegokolwiek roszczenia o przedłużenie czasu na ukończenie, co oznacza, że w przypadku takich znalezisk 36 miesięczny termin wykonania może ulec kolejnemu skróceniu, czyniąc go tym samym nierealnym.

Nie można również tracić z pola widzenia tego, że zamawiający wprost w załączniku nr 4 do SIWZ na stronie 13 i 14 w pkt 3.0 organizacja prac budowlanych wskazał, że przez okres budowy wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia ciągłości ruchu drogami wojewódzkimi nr 501 i nr 502 oraz drogę powiatową nr 2328G bez tworzenia wahadeł i ograniczeń ruchu, jednocześnie wskazał, że w okresie wakacyjnym (1 lipca do 31 sierpnia) jest wyłączony z transportu kołowego drogami wojewódzkimi nr 501 i nr 502 oraz drogę powiatową nr 2328G materiałów budowlanych, ze względu na wzmożony ruch turystyczny na Mierzei Wiślanej dopuszcza się wówczas tylko transport drogą wodną. Ponadto zakazany jest transport drogą lądową w weekendy, a transport kołowy materiałów budowlanych drogą lądową, drogami wojewódzkimi nr 501 i nr 502 oraz drogą powiatową nr 2328G, jest całkowicie wyłączony również we wszystkie weekendy od 15 czerwca do 31 sierpnia w okresie długich weekendów majowych i Bożego Ciała (od dnia przed do dnia po weekendzie). Wreszcie prace szczególnie hałaśliwe na Mierzei Wiślanej oraz w rejonie istniejącej zabudowy mieszkaniowej prowadzić tylko w porze dziennej (6.00 – 22.00) oraz poza okresem dni świątecznych i niedziel.

Z dokumentów przekazanych przez zamawiającego wynika także to, że istnieje część obiektów, co do których na dzień dzisiejszy nie jest jasny stan jeżeli idzie o ich własność. Problemy natury prawnej odnoszące się do stosunków właścicielskich również mogą wpłynąć terminowość w realizacji robót.

Reasumując, według odwołującego, należy stwierdzić należy, że:

–założenia określone w przetargu, nie uwzględniają w ogóle niekorzystnych czynników atmosferycznych, których nie da się wyeliminować i uniknąć w trakcie realizacji inwestycji, a które to czynniki przy takich a nie innych warunkach kontraktowych, nie będą stanowiły podstawy do przesunięcia czasu na ukończenie;

–ukończenie zadania w terminie 30 miesięcy nie jest możliwe. Tylko bowiem przy założeniach teoretycznych

zakładających prawidłową organizację prac wykonawcy oraz przy całkowitym wyeliminowaniu zakłóceń wynikających z warunków atmosferycznych, czy też warunków środowiskowych, roboty zajmą 32 miesiące;

–wykonanie terminu kluczowego z uwagi na zakładaną w projekcie kolejność wykonywania robót oraz konieczność zagospodarowania urobku z robót pogłębiarskich kanału żeglugowego - w terminie 18 miesięcy nie jest realne. Zakończenie prac związanych z budową sztucznej wyspy z uwagi na konieczność wydobycia całego materiału z przekopu (620 tys. m^3) może się odbyć w ostatniej części realizacji zadania;

–mając na względzie przeciętnie występujące normalne (występujące w tym rejonie) warunki pogodowe uniemożliwiające prowadzenie robót, nie dające się zakwalifikować jako „wyjątkowo niesprzyjające", to termin realizacji kontraktu winien wynosić co najmniej 41 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 387 § 1 KC, art. 353^1 w zw. z art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 PZP (zarzut nr 11).

Zamawiający wprowadził terminy pośrednie, tj. jeden wyrażony w miesiącach (18 miesięcy) odnoszący się do realizacji wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego, a drugi odnoszący się do realizacji określonego przerobu procentowego (zaawansowania rzeczowo – finansowego), w określonych jednostkach czasu 6 i 12 miesięcy od daty rozpoczęcia. Co istotne za niedotrzymanie tych terminów w subklauzuli 8.7 warunków szczególnych kontraktu przewidział wysokie kary umowne. Wskazując jednak takie terminy pośrednie zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę takich okoliczności jak choćby okres zimowy, czy ograniczenia wynikające z decyzji środowiskowej (o tych ograniczeniach jest mowa przy zarzucie nr 10), stąd odwołujący nie będzie ich powielał). Nietrudno bowiem sobie wyobrazić sytuację w której podpisując umowę w grudniu danego roku z 18 miesięcy na wykonanie wyspy, z uwagi na trudne warunki zimowe uniemożliwiające prowadzenie jakichkolwiek prac na wodzie, wykonawcy może zostać zabrane ok. 6 miesięcy czasu na wykonanie. Do tego mogą dojść ograniczenia wynikające z decyzji środowiskowej, a zatem faktyczny czas na wykonanie tego podetapu będzie poniżej 12 miesięcy, co będzie go w zasadzie czyniło nierealnym. Analogicznie przedstawia się sytuacja z osiągnięciem zakresu rzeczowo – finansowego: 5% to może być kwota 20 – 30 mln złotych, 20% to z kolei kwota rzędu 90 – 120 mln złotych. Przerobienie takiej kwoty przy wejściu w okres zimowy, który może wstrzymać wszelkie prace na kilka miesięcy, czy też przestrzeganiu ograniczeń wynikających z Decyzji środowiskowej, taki przerób zwłaszcza w początkowej fazie realizacji budowy może być nieosiągalny. Do tego trzeba również wspomnieć o tym, że teren budowy ma być oczyszczony przez wyłonionego w odrębnym przetargu wykonawcę, przy czym nie wiadomo kiedy to nastąpi, a okoliczność ta może również uniemożliwić wykonawcy normalną realizację robót. W zakresie tego zarzutu należy również przywołać zaprezentowaną przy zarzucie nr 10 argumentację odnoszącą się do ograniczeń w transporcie drogowym w okresie wakacyjnym opisaną w załączniku nr 4 do SIWZ w pkt 3.0 str. 13 i 14, a także co istotne za niedotrzymanie terminu wykonania podetapu oraz rzeczonych przerobów rzeczowo – finansowych zamawiający przewidział wysokie kary umowne.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2, art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 387 § 1 KC, art. 353^1 w zw. z art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 PZP (zarzut nr 12).

Zamawiający w subklauzuli 1.13 przestrzeganie prawa warunków szczególnych kontraktu, poprze zmianę pkt (a) wypaczył całkowicie sens tej klauzuli, która to klauzula w zakresie m.in. uzyskiwania określonych zezwoleń, wprost wskazuje na obowiązek zamawiającego uzyskania określonych dokumentów i zezwoleń. Subklauzula ta nakłada też na zamawiającego obowiązek przedłożenia wykonawcy listy takich dokumentów i zezwoleń, których uzyskanie i posiadanie obciąża zamawiającego. Tymczasem zamawiający zmodyfikował tę subklauzulę w taki sposób, że wszystko to co nie zostało przekazane przez zamawiającego przed zawarciem kontraktu, obciąża wykonawcę. Czyli np. nowa/poprawiona dokumentacja projektowa, zmiana decyzji o pozwoleniu na budową itp. Wykonawca przy takiej treści warunków kontraktowych, nie jest w stanie wyszacować należycie ryzyka jakie wiąże się nałożonymi na niego obowiązkami. Nie ma on bowiem wiedzy, czy przy takich postanowieniach nie będzie musiał dodatkowo w ramach ceny kontraktowej zatrudniać chociażby projektantów do wykonania zamiennej dokumentacji projektowej itp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 5, art. 353^1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 PZP i art. 139 ust. 1 PZP (zarzut 13) uzasadniono w sposób następujący:

a)zamawiający w formularzu cenowym, który wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą, nie stworzył odrębnej pozycji koszty ogólne. Oznacza to, że koszty te, do których zalicza się np. koszty zarządu budową, koszty gwarancji, ubezpieczeń itp., a które to koszty stanowią dość istotny element cenotwórczy, wykonawcy muszą niejako ulokować w innych pozycjach przy różnych robotach budowlanych. Co oznacza, że zwrot tych kosztów może nastąpić dopiero po kilkunastu miesiącach po wykonaniu określonych robót. Nie można tracić z pola widzenia również tego, o czym było wcześniej, że z różnych niezależnych od wykonawcy okoliczności roboty te mogą być wstrzymane. Taki sposób konstruowania wzajemnych relacji stron stosunku zobowiązaniowego niestety zaburza równowagę stron na korzyść zamawiającego;

b)zamawiający przewidział w kontrakcie bardzo wysokie kary umowne. Kary te należy traktować jako rażąco wygórowane. Dla przykładu kara w wysokości 0,1% za dzień zwłoki to kwota, która może wynieść 500 000,00 PLN za dzień zwłoki. To samo tyczy się maksymalnej wysokości kar umownych na poziomie 30%. Te 30% to mogą być kary wysokości nawet 150 000 000,00 PLN. Kara umowna pełni określoną funkcję m.in. represyjną, prewencyjną czy też odszkodowawczą, ale nie może stanowić źródła nieuzasadnionego wzbogacenia się przez zamawiającego kosztem wykonawcy. Jest to szczególnie istotne z tego powodu, że zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, która podlega pod ustawę o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czego konsekwencją może być sytuacja, w której w przypadku kilkunastodniowej zwłoki w wykonaniu zamówienia, będzie on zobowiązany do zapłaty 10 milionowej kary umownej, w sytuacji, gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z tego tytułu, natomiast zamawiający nie będzie mógł odstąpić od tej kary albo ją zmniejszyć. Dlatego też zasadnym jest zmniejszenie wysokości kar umownych do poziomu wskazanego w żądaniu;

c)podobnie jak wyżej wysokie kary umowne odnoszą się również do dotrzymania przez wykonawcę terminów pośrednich, w tym terminów kluczowych. O ile same wprowadzenie kar umownych za niedotrzymanie terminów pośrednich jest spotykane w obrocie, o tyle za działanie, którego celem jest tylko i wyłącznie chęć wzbogacenia się przez zamawiającego kosztem wykonawcy należy uznać brak wprowadzenia mechanizmu, który anulowałby takie kary w przypadku gdy czas na ukończenie zostanie dotrzymany. Tutaj również nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca będzie np. w 10 – dniowej zwłoce z wykonaniem terminu kluczowego, za co zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 5 mln PLN, a następnie jako jednostka sektora finansów publicznych potrąci ją z wynagrodzenia wykonawcy, a następnie wykonawca wykona cały kontrakt w czasie na

ukończenie. Cel umowy zostanie zatem osiągnięty, a zamawiający w sposób nieuzasadniony wzbogaci się kosztem wykonawcy. W skrajnych wypadkach takie naliczenie kary umownej za kilku, czy kilkunastodniową zwłokę wykonawcy w dotrzymaniu terminu kluczowego, może nawet doprowadzić do upadłości wykonawcy. Stąd zasadnym jest wprowadzenie mechanizmu, który takie kary będzie anulował, jeżeli wykonawca dotrzyma czasu na ukończenie;

d)dodanie do definicji protokołu konieczności (subklauzula 1.1.4.13 warunków szczególnych kontraktu) oraz protokołu z negocjacji (subklauzula 1.1.4.14 warunków szczególnych kontraktu) klauzuli o treści „Protokół ten stanowi podstawę do zawarcia aneksu do Kontraktu" da wykonawcom większą pewność, że w przypadku zawarcia takiego protokołu, zostanie jednocześnie zawarty aneks do kontraktu. Bardzo często zdarza się bowiem, że pomimo zawartych protokołów konieczności, czy też protokołów z negocjacji, zamawiający nie chcą następnie zawierać aneksu. W konsekwencji sprawia to, że w przypadku wykonania dodatkowych robót zamawiający odmawiają zgody na wypłatę dodatkowego wynagrodzenia, a wykonawcy zmuszeniu zostają do dochodzenie tej zapłaty na drodze postępowania sądowego;

e)zamawiający wprowadził w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 4.1 pkt (vi) str. 16, klauzulę o treści „Z upływem powyższego terminu Wykonawca traci prawo do powoływania się wobec Zamawiającego na niekompletność, braki wadliwość lub inne błędy tej Dokumentacji, o ile mógł te braki, wady bądź inne błędy wykryć w ramach badania wymaganego od starannego, profesjonalnego wykonawcy". Odnosi się ona do zbadania przekazanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej w terminie 21 dni. Co istotne dokumentacja ta jest przygotowana przez zamawiającego i wykonawcy nie mogą ponosić za nią odpowiedzialności. Tym samym jako niezasadne jawi się ograniczanie przez zamawiającego terminem jakiegokolwiek kwestionowania tej dokumentacji;

f)zamawiający wprowadził w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 4.1 pkt (vi) str. 16, klauzulę o treści „Żadne braki czy błędy projektowe nie upoważniają Wykonawcy do spowolnienia Robót". Klauzula ta odnosi się to dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego, na którą to dokumentację wykonawca nie miał żadnego wpływu. Na tym etapie ciężko jest jednak oszacować to, czy dana wada dokumentacji projektowej będzie miała wpływ i jak wieli na wykonywanie robót. Dlatego też nie można odgórnie narzucić wykonawcy, że taka okoliczność nie uprawnia go do spowolnienia robót. Roboty to pewien ciąg technologiczny, i jakakolwiek wada w dokumentacji projektowej może ten ciąg przerwać. Do czasu zaś usunięcia tej wady czy braku w dokumentacji projektowej, może nie być w ogóle możliwości wykonywania jakichkolwiek robót;

g)zamawiający wprowadził w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 4.1 pkt (vii) str. 16, termin na powiadomienie zamawiającego o wykryciu błędu, pominięcia, wady bądź innej usterki dokumentacji projektowej wynoszący 14 dni od któregokolwiek z tych zdarzeń. Zdaniem odwołującego termin ten powinien zostać wydłużony do 28 dni, albowiem 14 dni może być niewystarczające do tego, aby należycie tę wadę ustalić, a w konsekwencji będzie się sprowadzało do „sztucznego" zawiadamiania niejako „na wszelki wypadek" przez wykonawców, w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości;

h)zamawiający wykreślił w warunkach szczególnych kontraktu w subklauzuli 1.1.4.10 pojęcie „Kwota Tymczasowa". Tymczasem jego przywrócenie wydaje się być zasadne. Zgodnie z definicją kwoty tymczasowej w warunkach ogólnych kontraktu: „Kwota Tymczasowa" oznacza kwotę, jeżeli jest określoną w Kontrakcie jako kwota tymczasowa, przeznaczona do opłacenia części Robót lub dostarczenia Urządzeń, Materiałów lub Usług na mocy klauzuli 13.5 [Kwoty Tymczasowe]." Z kolei zgodnie z subklauzulą 13.5 kwoty tymczasowe warunków ogólnych kontraktu akapit pierwszy: „Każda Kwota Tymczasowa całości lub części winna być użyta wyłącznie zgodnie z poleceniem Inżyniera, a Cena Kontraktowa będzie odpowiednio skorygowana. Łączna suma płatna Wykonawcy będzie obejmowała tylko takie kwoty dla robót, dostaw i usług, do których odnosi się Kwota Tymczasowa jakie Inżynier zatwierdzi." Pozostawienie tych klauzul w kontrakcie w brzmieniu żądanym przez odwołującego pozwoli wykonawcom na otrzymywanie przynajmniej częściowego wynagrodzenia w przypadku zakwestionowania przez inżyniera np. części materiałów dostarczonych przez wykonawcę czy też przedłożonych przez wykonawcę wyników badań. Przy braku kwot tymczasowych, wykonawca może oczekiwać wiele miesięcy na rozliczenie danych prac, które są traktowane jako pewna całość niemożliwa do częściowego rozliczenia. Oczywiście byłoby to zależne od zgody zamawiającego, niemniej jednak bez tych postanowień kontraktowych zamawiający takiej procedury nie będzie mógł zastosować, jako nieprzewidzianej w kontrakcie. Stąd zasadne jest przywrócenie postanowień warunków ogólnych kontraktu w żądanym przez odwołującego zakresie.

i)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu w subklauzuli 4.1. pkt (x) ppkt (i) (str. 18) zamieścił następujące postanowienie: „(x) Weryfikacja Dokumentów Wykonawcy - Jeżeli prawo lub względy praktyczne wymagają, aby niektóre Dokumenty Wykonawcy były poddane weryfikacji przez osoby uprawnione lub zatwierdzone przez odpowiednie władze, to przeprowadzenie weryfikacji bądź uzyskanie zatwierdzeń będzie przeprowadzone przez Wykonawcę na jego koszt przed przedłożeniem tej dokumentacji do zatwierdzenia przez Inżyniera. Przy tym: (i) dokonanie weryfikacji bądź uzyskanie zatwierdzenia nie przesądza o zatwierdzeniu przez Inżyniera, który odmówi swojego zatwierdzenia w każdym przypadku, kiedy stwierdzi, że Dokument Wykonawcy nie spełnia wymagań Kontraktu (…)". Przy takich warunkach kontraktowych może dojść do sytuacji, w której wykonawca będzie posiadał wszystkie wymagane zgody sprawdzenia itp., a mimo to dokumenty wykonawcy zostaną zakwestionowane przez Inżyniera. W ten sposób określona część robót nie zostanie odebrana, a wykonawca nie będzie mógł wystąpić z wnioskiem o wystawienie przejściowego świadectwa płatności. W takich sytuacjach, aby jednak zapewnić wykonawcy płynność finansową, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia, zamawiający powinien mieć jednak możliwość (prawo) do przyznania wykonawcy części wynagrodzenia jako kwoty tymczasowej. Stąd zasadnym jest uzupełnienie tej subklauzuli w żądanym zakresie;

j)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 8.6 tempo wykonawstwa, napisał: „W treści klauzuli dopisuje się na końcu: W razie opóźnienia Wykonawcy w stosunku do Programu o ponad 2 miesiące, nie przedłożenia bądź nieskutecznego wdrożenia przez Wykonawcę Programu Naprawczego, Zamawiający zachowując Roszczenia Zamawiającego i Kary za Opóźnienie, może ograniczyć zakres Robót Wykonawcy i zlecić wykonanie tego zakresu innemu wykonawcy na koszt i ryzyko Wykonawcy, o ile w ocenie Zamawiającego przyspieszy to wykonanie robót." Jak zatem widać zamawiający przewiduje tak daleko idące skutki jak opisane powyżej, nawet w sytuacji, gdy opóźnienie wykonawcy nie będzie opóźnieniem kwalifikowanym, czyli obciążającym wykonawcę, które może być wywołane nawet przez samego zamawiającego. Dlatego też, aby zachować równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, zasadnym jest zastąpienie terminu „opóźnienie",

terminem „zwłoka", czyli kwalifikowaną formą opóźnienia;

k)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 8.4 przedłużenie czasu na ukończenie (str. 31), w ostatnim akapicie zamieścił następujące postanowienie: „W przypadku wystąpienia znalezisk, w tym archeologicznych na terenie Budowy Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o Przedłużenie Czasu na Ukończenie oraz roszczenie o dodatkową zapłatę w zakresie w jakim łączny okres wstrzymania prac na tej podstawie nie przekroczy 72 dni. W przypadku wstrzymania prac na odcinku Robót, w związku z wystąpieniem znalezisk, Wykonawca będzie kontynuował prace na pozostałych odcinkach." Z treści przywołanego postanowienia wynika, że w przypadku wystąpienia znalezisk, jeżeli łączny okres wstrzymania prac nie przekroczy 72 dni to wykonawcy nie będzie przysługiwało zarówno roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie, jak również roszczenie o dodatkową zapłatę. Odwołujący wskazuje, że o ile taki przekaz daję wykonawcom określoną informację na temat kalkulowania ryzyk kontraktowych, o tyle może się odnosić tylko i wyłącznie do tych części (miejsc), co do których zamawiający wyraźnie w dokumentacji przetargowej wskazał, że w tych częściach (miejscach) takie znaleziska mogą wystąpić. Zamawiający bowiem w SIWZ nie wskazał, że znaleziska mogą wystąpić na całym terenie budowy, co nie oznacza, że w miejscach niewskazanych przez zamawiającego takie znaleziska nie wystąpią. Wykonawcy nie mogą zatem brać na siebie takiego nieprzewidzianego ryzyka kontraktowego. Dlatego też subklauzula ta winna zostać uzupełniona o wskazany przez odwołującego fragment;

l)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 12.2 metody obmiaru (str. 37), nie zamieścił postanowienia, które umożliwiałoby wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy w części, w której posiada on niezbędne badania dla robót w sytuacji, pomimo tego, że w kartach obmiaru nie ma jeszcze wszystkich badań. Często bowiem zdarza się, że na niektóre badania czeka się kilka miesięcy, a określone roboty nie mogą być odebrane z uwagi na brak wymaganych badań. Stąd zasadnym jest, aby nie wstrzymywać określonych i należnych wykonawcy płatności w całości, tylko wypłacić część wynagrodzenia za tę część robót, dla których takie badania zostały przekazane;

ł)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu wykreślił w całości subklauzuli urządzenia i materiały przeznaczone do robót, jest to z punktu widzenia realizacji kontraktu dość istotna jednak subklauzula, w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę, że w ramach terminów kluczowych wykonawca ma się wykazać określonym przerobem rzeczowo-finansowym. Ta subklauzula pozwala mu na wliczanie do tego przerobu rzeczowo-finansowego również kosztów poniesionych na niezbędny sprzęt, jak również kosztów zakupionych i dostarczonych, ale jeszcze nie wbudowanych materiałów przeznaczonych do wykonywania robót. W związku z tym zasadne jest przywrócenie tej subklauzuli, ewentualnie stworzenie wyraźnego postanowienia kontraktowego, które pozwoli wykonawcy na wliczanie do tego przerobu rzeczowo-finansowego kosztów związanych ze sprzętem oraz zakupionymi materiałami.

m)W warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 14.6 wystawianie przejściowych świadectw płatności (str. 41), postanowienie o treści: „Na tych samych zasadach Inżynier może wstrzymać płatność dowolnej z kwot należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy do czasu przedstawienia porozumienia pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą lub prawomocnego orzeczenia sądowego. Inżynier może również wstrzymać płatność dowolnej z kwot, jeżeli Wykonawca nie przedstawi oświadczenia o braku zobowiązań względem podwykonawców, dowodów płatności lub oświadczeń podwykonawców." Przy takiej treści powyższych postanowień kontraktowych, Inżynier może w zasadzie wstrzymać dowolną płatność nawet znacznie przekraczającą kwotę żądaną przez podwykonawcę. Dlatego zasadnym jest wprowadzenie wyraźnej klauzuli, które będzie ograniczała to wstrzymanie do maksymalnej kwoty z żądania podwykonawcy;

n)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subkluzuli 15.2 odstąpienie przez zamawiającego (str. 46), przyznał sobie prawo do odstąpienia od kontraktu bez wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu do należytego wykonywania kontraktu. Przy tak daleko idącym skutku prawnym jakim jest odstąpienie od umowy, czynność ta powinna być jednak poprzedzona uprzednim wezwaniem wykonawcy do należytego wykonywania Kontraktu i wyznaczeniu w tym ceku dodatkowego terminu.

o)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 16.2 rozwiązanie kontraktu przez wykonawcę, wykreślił punkt (d) – uprawniający wykonawcę do rozwiązania kontraktu w sytuacji, gdy zamawiający w sposób istotny nie dopełnia swoich zobowiązań związanych z kontraktem. Takie zachowanie niewątpliwie narusza zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego. Nie można bowiem tworzyć kontraktów w taki sposób, że jedna strona przyznaje sobie niemal nieograniczone uprawnienia, a na wykonawcę przerzuca się całe ryzyko kontraktowe i nakłada tylko i wyłącznie obowiązki. Stąd zasadnym jest przyznanie prawa do rozwiązania kontraktu również w sytuacji, gdy zamawiający nie dopełnia w istotny sposób swoich zobowiązań związanych z kontraktem;

p)zamawiający w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 16.4 zapłata po rozwiązaniu, wyłączył możliwość dochodzenia przez wykonawcę, w przypadku gdy wykonawca rozwiąże kontrakt z przyczyn leżących po stronie zamawiającego takich należnych mu kwot jak utracony zysk, szkody pośrednie czy też koszty zarządu wykonawcy. Takie zachowanie należy uznać oczywiście za nieuprawnione i zaburzające równowagę stron kontraktu, tylko i wyłącznie na korzyść zamawiającego. Wykonawca składając ofertę, a następnie podpisując umowę działa w celu osiągnięcia zysku, a w sytuacji, gdy zamawiający osiągniecie tego celu mu uniemożliwi, nie może zostać pozbawiony prawa do dochodzenia tego zysku. Podobnie rzecz się ma ze szkodami pośrednimi, np. związanymi z zobowiązaniami wykonawcy w stosunku do podmiotów trzecich, zaciągniętymi w celu realizacji kontraktu. Koszty zarządu wykonawcy to koszty wliczone w cenę oferty i prawo do dochodzenia tych kosztów nie może być wyłączone przez narzucenie takiej woli przez zamawiającego;

r)zamawiający w sposób nieuprawniony przy kontrakcie, w którym to on dostarcza wykonawcy dokumentację projektową, narzuca wykonawcy obowiązek ubezpieczenia wszelkich ryzyk projektanta. W sytuacji, gdy to nie wykonawca odpowiada za dostarczoną mu dokumentację projektową, to nie może on ponosić dodatkowych kosztów za ubezpieczenie ryzyka, za które nie ponosi odpowiedzialności;

s)przyznanie tylko i wyłącznie kar umownych dla zamawiającego, należy uznać za jawny przejaw naruszenia zasady swobody kontraktowej oraz równości stron stosunku zobowiązaniowego. Brak takiej kary w przypadku, gdyby doszło do odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn zależnych od zamawiającego, zmusza wykonawcę do obowiązku wykazania szkody, czego z kolei nie musi czynić zamawiający zastrzegając taką karę dla siebie. Stąd zasadnym jest, aby taka kara na poziomie 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej, została przewidziana dla wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 PZP (zarzut 14).

Zamawiający w pkt XIII SIWZ jako jedno z kryteriów oceny ofert przewidział Skrócenie terminu realizacji. Istotne jest jednak to, że aby uzyskać maksymalną ilość punktów w tym kryterium, należy skrócić termin realizacji zamówienia, aż o 6 miesięcy. Zamawiający tym samym zmusza wykonawców do zaoferowania w tym zakresie maksymalnego skrócenia (zaoferowanie bowiem krótszego skrócenia, może oznaczać, że wykonawca z droższą ceną, będzie korzystniejszy). Jak było już o tym wcześniej termin 36 miesięcy jest terminem nierealnym. A zatem skracanie tego okresu jeszcze o kolejne 6 miesięcy stanowi okoliczność, która może zniechęcić w ogóle wykonawców do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Stąd jeżeli zamawiający chciałby pozostawić to kryterium to maksymalne i nienaruszające zasad uczciwej konkurencji skrócenie terminu realizacji nie powinno być dłuższe niż 1 miesiąc, przy założeniu oczywiście, że wydłuży termin realizacji do 41 miesięcy, albo pozostawi 36 miesięcy, ale z wyłączeniem okresów zimowych od 15 grudnia do 15 marca.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu 13 lit. j), tj. odnoszącym się do użycia słowa „opóźnienie" zamiast „zwłoka" w klauzuli 8.6 warunków szczególnych kontraktu, natomiast w pozostałej części wniesiono o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby, jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 110/09, Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 25.05.2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców: BUDIMEX S.A. z siedzibą przy ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa, „Energopol–Szczecin" S.A. z siedzibą przy ul. Św. Floriana 9/13, 70 – 646 Szczecin, Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Opackiej 12, 80 – 338 Gdańsk, PORR S.A. z siedzibą przy ul. Hołubcowej 123, 02- 854 Warszawa, SALINI POLSKA Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Złotej 59/L07, 00 – 120 Warszawa i Warbud S.A. z siedzibą przy ul. Domaniewskiej 32, 02– 672 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego w przedmiocie niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie, PORR S.A. w Warszawie i SALINI POLSKA S z o. o. w Warszawie. Zamawiający podnosił, że kopie zgłoszonych przystąpień zostały mu przekazane pocztą elektroniczną, nie zaś za pośrednictwem platformy elektronicznej, która to zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 SIWZ jest jedyną formą komunikacji elektronicznej z zamawiającym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustaloną w oparciu o art. 10a i nast. p.z.p.

Skład rozpoznający sprawę wskazuje, że obowiązek przesłania zamawiającemu kopii przystąpienia do postępowania odwoławczego został uregulowany w art. 185 ust. 2 p.z.p., przy czym brak jest podstaw prawnych aby zamawiający – jak to ma miejsce w oparciu o art. 10a p.z.p. w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia – był uprawniony do ograniczenia formy w jakiej wykonawcy przekażą mu kopię zgłoszenia przystąpienia, w tym do wskazywanej platformy zamawiającego. Próba rozciągnięcia uprawnienia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na postępowanie odwoławcze, które toczy się przed Izbą, jest działaniem nieuprawnionym i co najmniej niezrozumiałym. Skoro ustawodawca pozostawił wykonawcom swobodę wyboru formy przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu, jakiekolwiek ograniczenia nakładane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są sprzeczne z ustawą i tym samym nieważne (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.).

Rekapitulując, Izba oddaliła wniosek zamawiającego w przedmiocie niedopuszczenia ww. wykonawców do postępowania odwoławczego z powodu naruszenia przez nich art. 185 ust. 2 p.z.p., jako bezpodstawny.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w formie elektronicznej przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie, zaś przystępujący poparli stanowisko odwołującego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 7 p.z.p. Zamawiający podnosił, iż odwołujący przekazał mu kopię odwołania poprzez pocztę elektroniczną, nie zaś za pośrednictwem platformy elektronicznej, która to zgodnie z rozdziałem VIII pkt 1 SIWZ jest jedyną formą komunikacji elektronicznej z zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustaloną w oparciu o art. 10a i nast. p.z.p.

Skład rozpoznający sprawę wskazuje, że zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 p.z.p. Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 p.z.p. Natomiast w oparciu o art. 180 ust. 5 p.z.p. odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Izby ww. normy nie ustanawiają szczególnej formy doręczenia kopii odwołania, a jedynie przewidują, ułatwiające doręczenie elektroniczne, domniemanie zapoznania się z treścią przesłanego odwołania, nie zawężając tej formy do szczególnego sposobu doręczenia. Natomiast forma, którą zamawiający wskazał w treści SIWZ w oparciu o art. 10a i nast. p.z.p., dotyczy formy doręczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – co nie stanowi

podstawy do uprawnienia zamawiającego kształtowania treścią SIWZ wymogów postępowania odwoławczego, które toczy się przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przyjęcie argumentacji zamawiającego w zakresie możliwości ograniczenia wykonawcom formy elektronicznego przekazania odwołania do formy wniesienia poprzez platformę zamawiającego jest sprzeczne z ustawą p.z.p. i stanowiłoby *de facto* zgodę na bezpodstawne ograniczenie wykonawcom prawa do sądu. Ponadto sam fakt otrzymania przez zamawiającego kopii odwołania nie był kwestionowany.

Konkludując, Izba stwierdziła, że nie wykazano aby odwołujący naruszył art. 189 ust. 2 pkt 7 p.z.p., zatem wniosek o odrzucenie odwołania jest niezasadny.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 179 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego. Jak podniósł odwołujący posiada on status organizacji wpisanej na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 p.z.p. i jest legitymowany formalnie do wniesienia odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przypadku odwołującego interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienie szkody lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy nie stanowią materialnoprawnej przesłanki odwołania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby została wypełniona hipoteza art. 179 ust. 2 p.z.p., zatem odwołującemu przysługuje możliwość wniesienia odwołania w rozpoznawanej sprawie.

Zarzut oznaczony nr 13 lit. j *w petitum* odwołania, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. – poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez użycie w warunkach szczególnych kontraktu, w subklauzuli 8.6 tempo wykonawstwa, terminu opóźnienie zamiast zwłoka – został przez zamawiającego uwzględniony, zatem orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym przedmiocie, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie następujących zarzutów wskazanych w *petitum* odwołania – nr 1 w całości, zaś w części zarzutów: nr 3, nr 8 oraz nr 10.

Konsekwencją uwzględnienia odwołania jest nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentacji postępowania poprzez:

- obniżenie kwoty warunku, dotyczącego posiadania zdolności ekonomicznej lub finansowej, w postaci polisy odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, do kwoty 50 000 000,00 zł,
- obniżenie warunku, dotyczącego posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, doświadczenia zawodowego dla kierownika budowy do 7 lat,
- eliminację niespójności pomiędzy pkt 6.0 tiret pierwszy z załącznika nr 4 do SIWZ, a subklauzulą 4.1ppkt iv z załącznika nr 5 do SIWZ i jednoznaczne wskazanie na kim i w jakim zakresie spoczywa obowiązek oczyszczenia terenu budowy z obiektów ferromagnetycznych w ramach zaskarżonego odwołaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- udostępnienie wykonawcom wyników badań ferromagnetycznych, w zakresie w jakim dotyczą zaskarżonego odwołaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w terminie umożliwiający sporządzenie i złożenie oferty,
- dostosowanie formularza ofertowego, poprzez dodanie odrębnych pozycji w zakresie w jakim usunięcie obiektów ferromagnetycznych jest w granicach zobowiązania wykonawcy,
- zmianę terminu wykonania przedmiotu zamówienia (czas na ukończenie) na 40 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Pozostałe zarzuty postawione wobec czynności zamawiającego Izba oceniła jako niezasadne i nie mogące zostać uwzględnione z przyczyn określonych w dyspozycji art. 192 ust. 2 p.z.p., w tym zakresie uwzględniając stanowisko zamawiającego. Zarzuty te okazały się zmierzać zasadniczo do poprawy sytuacji odwołującego, bądź do sformułowania brzmienia umowy względniejszego dla wykonawcy, bez odpowiedniego wykazania czynności zamawiającego, które naruszałyby przepisy ustawy w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Na wstępie rozważań skład rozpoznający odwołanie zaznacza, że zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p. wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Następnie uwypuklić należy, iż skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z której wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ponadto, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 71/09, przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie.

I.Zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, zaś w oparciu o art. 22 ust. 1a p.z.p. 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.

Ponadto, na kanwie art. 7 ust. 1 p.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Norma ta jest dyrektywą ogólną, zaś Izba, dokonując wykładni norm prawa

zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Warto przy tym zaznaczyć, że nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie nie tylko przepisu szczegółowego – tożsamy obowiązek postawienia prawidłowo sformułowanego zarzutu dotyczy również normy art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tejże dyrektywy ogólnej.

Mając na uwadze powyższe, skład orzekający wskazuje, że na zamawiającym, który określa zdolności podmiotowe wymagane w postępowaniu, które mają bezpośredni wpływ na możliwość ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego, ciąży obowiązek zapewnienia, aby określone przez niego warunki pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Dalej, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 07.04.2009 r., sygn. akt III Ca 88/09, należy stwierdzić, że „zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez dokonania ich kwalifikacji – sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności do należytego wykonania zamówienia. Natomiast precyzując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien opierać się na obiektywnych przesłankach, tak aby do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie, celem unormowania nie jest jakiekolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych. W związku z tym, określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający jest ściśle związany przedmiotem i wartością zamówienia. Innymi słowy, warunki powinny być formułowane w granicach, jakie wyznacza przedmiot świadczenia wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (…)".

Kolejno uwypuklić należy, iż „ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie określenia warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, co skutkuje wymaganiem takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania" (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 27.05.2010 r., sygn. akt X Ga 123/10). Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 08.05.2014 r. sygn. akt XII Ga 211/14, „obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji." Skład orzekający wyżej wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Jakkolwiek, co do zasady, każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału, tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – art. 7 ust. 1 p.z.p. – przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia, w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 1 – 4 *petitum* odwołania, Izba wskazuje jak niżej.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., 22c ust. 1 pkt 3 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 1).

W postępowaniu zainicjowanym rozpoznawanym odwołaniem zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 2 p.z.p., określił sporny warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, co do posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (art. 22c ust. 1 pkt 3 p.z.p.).

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem V – warunki udziału w postępowaniu – ppkt 1.2.1) SIWZ (sekcja III pkt 1.2.1) ogłoszenia o zamówieniu) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy – zgodnie z art. 22 ust. 1 p.z.p., nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej – „wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 70 mln (słownie: siedemdziesiąt milionów) PLN".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu ukształtowanie spornego warunku w sposób naruszający zasadę proporcjonalności oraz eliminujący z udziału w postępowaniu największe polskie firmy budowlane. Zamawiający natomiast podkreślał charakter, wielkość, stopień skomplikowania zamówienia oraz jego wartość na poziomie ponad 800 000 000,00 zł, co w jego ocenie uzasadnia pozostawienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej na spornym poziomie. Wskazywano też, że zamawiający dokonał nie tylko analizy potrzeb, ale i badania rynku, w zakresie wysokości polis podmiotów na właściwym rynku działających.

W ramach postępowania dowodowego zamawiający przedstawił następujące polisy ubezpieczeniowe:
- certyfikat ubezpieczenia OC Budimex S.A. w Warszawie na sumę gwarancyjną 100 000 000,00 zł,
- certyfikat ubezpieczenia OC PORR AG w Wiedniu (współubezpieczony PORR S.A. w Warszawie) na zakres ubezpieczenia 25 000 000,00 euro,
- certyfikat ubezpieczenia OC Jan De Nul N.V. na limit odpowiedzialności 25 000 000,00 euro.

Natomiast przystępujący „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie, co zostało poparte przez odwołującego, przedłożył dowody w postaci czterech polis ubezpieczeniowych:
- polisa nr 03.583.280 Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o. o. w Gdańsku na sumę gwarancyjną 50 000 000,00 zł,
- polisa nr 4360000128978 „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie na sumę gwarancyjną 50 000 000,00 zł,
- polisa UNIBEP S.A. w Bielsku Podlaskim na sumę gwarancyjną 50 000 000,00 zł
- polisa nr 454000002115G Skanska S.A. w Warszawie na sumę gwarancyjną 20 000 000,00 zł.

Zamawiający nie podnosił, że wykonawcy, których polisy przedstawił przystępujący, nie są w stanie należycie wykonać zamówienia. Izba również nie znalazła podstaw, aby to kwestionować. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, że cztery polisy pochodzą od wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego, więc zainteresowanych udziałem w przetargu, którzy są znaczącymi przedsiębiorcami na rynku. Zatem należy przyjąć, że wszystkie złożone polisy pochodzą od potencjalnych wykonawców, zdolnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, działających na właściwym dla zamówienia rynku. Przy czym w ocenie Izby, przedłożona przez zamawiającego polisa Budimex S.A. w Warszawie dotyczy największej firmy budowlanej na rynku, więc nie jest miarodajna, zaś polisa PORR S.A. w Warszawie ma charakter polisy master cover.

W oparciu o ww. materiał procesowy Izba stwierdziła, iż wykazano, że pozostawienie warunku udziału w postępowaniu, w postaci konieczności posiadania polisy na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 70 000 000,00 zł, powoduje naruszenie art. art. 22 ust. 1a p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., ponieważ zamawiający określił warunek posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób ograniczający możliwość złożenia oferty w postępowaniu

wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, co ustalono w oparciu o cztery polisy przedstawione przez przystępującego.

Natomiast zamawiający pozostał bierny wobec polis złożonych przez przystępującego i ani nie wykazał, ani nie wyjaśnił, dlaczego wykonawcy dysponujący ubezpieczeniem OC na kwotę mniejszą niż 70 000 000,00 zł nie posiadają odpowiedniego potencjału ekonomicznego do właściwego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Stanowisko zamawiającego, bazujące na podnoszeniu argumentacji co do wielkości, skali i charakteru zamówienia, bez chociażby podjęcia próby zakwestionowania, że wykonawcy: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. w Gdańsku, „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie,UNIBEP S.A. w Bielsku Podlaskim i Skanska S.A. w Warszawie, posiadający polisy o mniejszej wartości, nie są w stanie prawidłowo wykonać zamówienia, pozostawiło argumentację zamawiającego jako gołosłowne stanowisko strony, bez przełożenia na właściwy rynek.

Następnie Izba wskazuje, że spornej wysokości kwoty polisy OC nie może usprawiedliwiać podniesiona przez zamawiającego możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zsumowania zdolności w ramach konsorcjum, czy korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że żądana kwota ubezpieczenia istotnie ogranicza konkurencję, kiedy warunki udziału w postępowaniu – jak wskazano powyżej – muszą mieć na celu zapewnienie wyboru wykonawcy mającego odpowiedni potencjał i dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie mogą natomiast, w oderwaniu od tego celu, wymuszać zawiązywania konsorcjów. Sama możliwość skorzystania ze zdolności innego podmiotu, czy to w ramach konsorcjum, czy jako udostępnienie zasobu, nie powoduje, że warunek ten jest zgodny z p.z.p.

Ponadto Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego jakoby zamawiający wadliwie rozumiał, że przedmiotowy warunek związany jest z ubezpieczeniem przedmiotowego zamówienia publicznego, nie zaś z weryfikacją potencjału wykonawców, postało w sferze spekulacji odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego wykazano, że sporny warunek został ukształtowany w sposób uniemożliwiający ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym potencjał do jego prawidłowej realizacji, co w konsekwencji powoduje uwzględnienie zarzutu i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji postępowania w sposób zgodny z żądaniem odwołania, wskazany w sentencji wyroku.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 2).

W oparciu o art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p. zamawiający postawił sporny warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, sformułowany w rozdziale V – warunki udziału w postępowaniu – ppkt 1.3.2 lit. a SIWZ(sekcja III pkt 1.3.2.a) ogłoszenia o zamówieniu) o udzielenie zamówienia dotyczący przedstawiciela wykonawcy, zgodnie z którym „wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji niniejszego zamówienia publicznego niżej wymienione osoby, spełniające następujące wymagania:

a)1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownik Zespołu), na budowach prowadzonych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne, w tym doświadczenie w pełnieniu powyższej funkcji, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy – na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej) o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln (słownie: sto milionów) PLN brutto;"

Ponadto, zgodnie z informacjami uzupełniającymi – pkt 7 – pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne" należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu ukształtowanie spornego warunku w sposób naruszający art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. wskazywano na postawienie warunku w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji przedstawiciela wykonawcy, zgodnie z treścią warunku, ma posiadać doświadczenie zawodowe w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane, gdzie pełniła określoną funkcję – przedstawiciel wykonawcy (lub stanowisko równoważne polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu manager projektu, dyrektor kontraktu, kierownik zespołu). Jak wyjaśnił zamawiający, zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC, w oparciu o które prowadzona będzie realizacja przedmiotu zamówienia, przedstawiciel wykonawcy jest osobą działającą w imieniu wykonawcy, zarządzającą kontraktem, w oparciu o odpowiednie pełnomocnictwo uprawniające go m.in. do podpisywania wszelkich zmian do kontraktu oraz podejmowania zobowiązań w ramach kontraktu, do wysokości minimum 110% zatwierdzonej kwoty kontraktowej, kierowania personelem wykonawcy oraz podwykonawcami, więc odpowiada za wykonanie zobowiązań wykonawcy objętych kontraktem. Zatem doświadczenie tej osoby w sposób znaczący różni się od doświadczenia i odpowiedzialności w prowadzeniu kontraktu na roboty budowlane, zarówno jako kierownik budowy (którego obowiązki określa art. 22 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 poz. 1202 ze zm.), dalej zwanej jako „prawo budowlane"), jak też jako inżynier kontraktu, która to funkcja nie jest ustawowo uregulowana, lecz zgodnie z doktryną – np. B. J., Specyfika statusu inżyniera kontraktu jako *sui generis* uczestnika procesu budowlanego, Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis 2015, vol. 4 (2), str. 145 - 162 – zakres obowiązków inżyniera kontraktu jest zbliżony do zadań realizowanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 25 prawa budowlanego). Natomiast odwołujący nie wykazał, aby tak różne doświadczenie, od doświadczenia w pełnieniu funkcji przedstawiciela wykonawcy (lub równoważnej), można byłoby choćby w sposób luźny powiązać z warunkiem, którego celem jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy w zakresie posiadania osoby legitymującej się doświadczeniem zawodowym w prowadzeniu i zarządzaniu kontraktami realizowanymi wg warunków FIDIC.

Następnie, w ocenie Izby, zamawiający w sposób jednoznaczny rozróżnił doświadczenie dotyczące zarządzania kontraktem od doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji związanych bezpośrednio z procesem budowlanym – warunki w tym przedmiocie postawiono w SIWZ wppkt 1.3.2 lit. b – j. Zatem postulowane przez odwołującego połączenie tego doświadczenia jest nieuprawnione i stanowi polemikę odwołującego z treścią SIWZ, z pominięciem wymagań przedmiotu zamówienia.

W zakresie argumentacji, iż zamawiający w sposób nieuprawniony nie dopuścił do spełnienia warunku osób pełniących funkcje zastępcy inżyniera i zastępcy dyrektora kontraktu, Izba wskazuje, że niewykazanym pozostało, aby

brak rozszerzenia warunku o doświadczenie inżyniera naruszało przepisy prawa, więc dopuszczenie jego zastępcy jest bezpodstawne. Zaś w stosunku do zastępcy dyrektora kontraktu nie wykazano, aby doświadczenie w pełnieniu funkcji zastępcy było zgodne z celem warunku, ponadto odwołujący na rozprawie argumentował, że osoba taka wykonuje funkcje dyrektora i nabywa tożsame doświadczenie, zatem twierdzenia takie, kiedy zamawiający dopuścił możliwość wykazania się pełnieniem funkcji równoważnej, co najmniej budzą wątpliwość i nie mogą stanowić o naruszeniu prawa przez zamawiającego.

W stosunku do postulowanego rozszerzenia doświadczenia przedstawiciela wykonawcy o doświadczenie bez wskazywania konkretnej branży, czy odniesienie do „generalnie budowli hydrotechnicznych", Izba wskazuje co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską (część I), jest to obiekt zaklasyfikowany w przepisach prawa jako morska budowla hydrotechniczna – w rozumieniu § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie.

Jak wyjaśnił zamawiający, a co nie było kwestionowane przez odwołującego i przystępujących, morskie roboty hydrotechniczne stanowią wartość około 70% całej wartości zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot zamówienia. Specyfika robót prowadzonych na wodach morskich znacząco różni się do robót prowadzonych na wodach śródlądowych. Zdaniem zamawiającego w tym zakresie należy wskazać na:

1. konieczną znajomość organizacji ruchu na morskich drogach wodnych oraz sposób zarządzania tym ruchem tak, aby zorganizować i prowadzić prace w sposób nie utrudniający ruchu;
2. specyfikę prac na otwartym morzu, niejednokrotnie w warunkach sztormów, silnego falowania, zalodzenia i zmiennych stanów wody oraz prądów morskich, co wiąże się z koniecznością posiadania przez wykonawcę doświadczenia w organizacji i koordynacji prac zespołu sprzętowego (pogłębiarki, holowniki, szalandy, dźwigi pływające, urządzenia do pogrążania pali i ścianki szczelnej – kafar pływający, wibromłot, betoniarnia pływająca, bazy nurkowe, itd.) niezbędnego do wykonywania falochronów. Ponadto wykonawca podejmujący się wykonania robót budowlanych na morskich wodach powinien mieć odpowiednie doświadczenie, a więc przede wszystkim umiejętność zabezpieczenia nie tylko realizowanych budowli podczas sztormów i pochodów lodu, ale również w zakresie zabezpieczania sprzętu i materiałów;
3. ryzyko wystąpienia zjawisk charakterystycznych dla wód morskich, a nie występujących (lub występujących w znacznie mniejszej skali) na wodach śródlądowych, takich jak: wiatry sztormowe, silne prądy morskie, falowania, dryfy, o których to trudnościach pisze także odwołujący w treści odwołania.

W ocenie zamawiającego powyższe zjawiska skutkują tym, że prowadzenie robót na wodach morskich jest znacznie bardziej skomplikowane niż na wodach śródlądowych. Doświadczenie w tym zakresie, tak jako doświadczenie samego wykonawcy, jak i kadry, stanowi istotny, o ile nie najważniejszy, element zapewniający pomyślną realizację przedsięwzięcia.

Wyjaśnienia zamawiającego Izba uznała za logiczne i przekonujące, a przywołane przez zamawiającego okoliczności pozwalają stwierdzić, że ograniczenie doświadczenia personelu tylko do branży hydrotechnicznej może spowodować, że osoby te będą dopiero zdobywały je w trakcie prowadzenia prac, co może skutkować nienależytym wykonaniem zamówienia.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zakres i rodzaj przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia, obejmuje w przeważającej części morskie roboty hydrotechniczne, zatem postulowane przez odwołującego ograniczenie doświadczenia zarządzania kontraktem przez przedstawiciela wykonawcy bez konkretyzowania tego doświadczenia do robót z określonej branży, czy zawężenie do budowli hydrotechnicznych, spowodowałoby oderwanie warunku od przedmiotu zamówienia, co byłoby niezgodne z art. 22 ust. 1a p.z.p. W szczególności odwołujący nie wyjaśnił jak ograniczenie doświadczenia do jakiejkolwiek roboty budowlanej w ogóle pozwoliłoby ocenić zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, skoro nie jest z tym przedmiotem związane. Nie wykazano również, aby zarządzenie budowlą hydrotechniczną było porównywalne do zarządzania morską budowlą hydrotechniczną. Zamawiający zaprzeczył takim twierdzeniom i przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia, wskazujące, że różniące się od siebie warunki robót wymagają innych umiejętności w zarządzaniu i powodują nabycie innego doświadczenia w tym zakresie, zaś odwołujący zaniechał jakiejkolwiek inicjatywy dowodowej w tym przedmiocie, pozostawiając swoje stanowisko gołosłownym i nie podejmując nawet próby polemiki z szerokimi i rzeczowymi wyjaśnieniami zamawiającego.

W zakresie twierdzeń odwołującego, iż doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji inwestycji w oparciu o warunki kontraktowe Międzynarodowego przetargu konkurencyjnego – International Competitive Bidding (ICB), Krajowego Przetargu Nieograniczonego – National Competitive Bidding (NCB) lub inne podobne, umożliwi zamawiającemu ocenę doświadczenia wykonawców, a także, iż warunki kontraktowe związane z procedurą udzielania zamówień Banku Światowego, są niemal 1:1 powieleniem warunków kontraktowych FIDIC. Ponadto, że kontrakty, których przedmiotem były roboty hydrotechniczne na rzecz NATO, realizowane są na warunkach zbliżonych do warunków kontraktowych FIDIC, wobec czego wykonawcy posiadają w tym zakresie stosowne doświadczenie i niezasadnym jest tworzenie zamkniętego katalogu akceptowalnych przez zamawiającego kontraktów, Izba wskazuje jak niżej.

W ramach postępowania dowodowego przystępujący „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie, co zostało poparte przez odwołującego, przedłożył dwa dowody – w postaci wyciągu z warunków kontraktu Banku Światowego na budowę wałów przeciwpowodziowych oraz przebudowę kanału Czarny Kanał i Racza Struga, a także wyciągu z umowy na rozbudowę Nadbrzeża MP77 dla celów rozładowczych (amunicji) naprawa skutków zniszczeń w Bazie Morskiej w Świnoujściu.

W zakresie doświadczenia natowskiego zamawiający podnosił, że dowód ten nie jest miarodajny, bowiem Nadbrzeża MP77 posługiwały się formą regulaminu NATO, umowa była wykonywana w specyficznych warunkach dla tego indywidualnego kontraktu, zaś sama inwestycja była wykonana ponad 10 lat temu. Ponadto umowy Banku Światowego posiadają własny regulamin w zakresie rozliczeń, zupełnie odrębny od tego wymaganego w warunku, poza tym również w tym zakresie przedłożone warunki kontraktu nie są reprezentatywne dla umów Banku Światowego.

W ocenie Izby, po pierwsze przedłożone dowody nie zostały powołane na okoliczność faktów, a wyłącznie twierdzeń, dla których wykazania ich treść nie była przydatna. Zarówno wyciąg z umowy dla rozbudowy Nadbrzeża MP77, jak i wyciąg z umowy dla Banku Światowego, to głównie spisy treści. Odwołujący i przystępujący usiłowali, w oparciu o te dowody, skonstruować tezę, nie wskazując jednak na żądne powiązanie faktycznej treści złożonych dokumentów z warunkami FIDIC, a więc z tezą, na którą dowody miałyby zostać powołane. Po drugie, nie tylko nie powiązano dowodów z umowami FIDIC, ale nawet nie wykazano, aby przedłożone dowody były miarodajne dla weryfikacji warunków NATO i Banku Światowego. Izba stwierdziła, że dowody te są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia i nie da się na ich podstawie ustalić żadnych okoliczności istotnych dla przedmiotu sporu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby sformułowany warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej, w postaci określonego wymogu dotyczącego przedstawiciela wykonawcy (ppkt 1.3.2 lit. a SIWZ) był warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, czy wykraczającym poza cel weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej. Nie wykazano, aby warunek w sposób nieuprawniony ograniczył wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie złożenie oferty w postępowaniu, zaś stanowisko o naruszeniu art. 7 ust. 1 p.z.p. pozostało gołosłowne. Zatem wobec braku potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., zarzut został przez Izbę oddalony.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzutu nr 3).

Na podstawie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 p.z.p. zamawiający postawił sporny warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, sformułowany w rozdziale V – warunki udziału w postępowaniu – ppkt 1.3.2 lit. b SIWZ (sekcją III pkt 1.3.2.b) ogłoszenia o zamówieniu) o udzielenie zamówienia dotyczący przedstawiciela wykonawcy, zgodnie z którym „wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji niniejszego zamówienia publicznego niżej wymienione osoby, spełniające następujące wymagania:

b)1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej bez ograniczeń, i co najmniej 8 (osiem) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym:

- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej), przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, o wartości nie mniejszej niż 100 mln (słownie: sto milionów) PLN brutto, i
- na 1 (jednej) robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej), przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie nabrzeża o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 60 mln (słownie: sześćdziesiąt milionów) PLN brutto;"

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający wykluczył z warunku osoby pełniące funkcję inspektora nadzoru inspektorskiego, podczas gdy osoby te posiadają doświadczenie do zweryfikowania przez zamawiającego zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia. Tym niemniej nie wykazano, że doświadczenie, które zdobywa się pełniąc funkcję kierownika budowy (którego obowiązki określa art. 22 prawa budowlanego) jest chociażby porównywalne, czy związane z doświadczeniem osoby, która pełni funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego (art. 25 prawa budowlanego). Jak trafnie wskazał zamawiający osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego nie odpowiada za sposób organizacji procesu inwestycyjnego i nie kieruje robotami, co w przypadku realizacji robót o tak skomplikowanym charakterze i złożonych warunkach realizacyjnych byłoby nieadekwatne dla osoby pełniącej funkcję kierownika budowy. Zgodnie z ustawą Prawo budowlane funkcje te nie podlegają łączeniu, co jasno wskazuje, że już ustawodawca dostrzega ich odmienność. Natomiast twierdzenia odwołującego pozostały w sferze postulatów strony, odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste. Nie wykazano, ani nie wskazano jak można byłoby, chociażby w luźny sposób, powiązać doświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego z zaskarżonym warunkiem, a nadto co legło u podstaw twierdzeń odwołującego, że obecne sformułowanie warunku mogłoby naruszać art. 7 ust. 1 p.z.p., czy art. 22 ust. 1a p.z.p. w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p.

W zakresie postulowanego przez odwołującego rozszerzenia doświadczenia kierownika budowy do doświadczenia dla robót budowlanych z branży hydrotechnicznej, Izba wskazuje, że nie wykazano, aby obecnie sformułowany warunek naruszał przepisy prawa. Odwołujący wskazywał, że roboty hydrotechniczne i roboty hydrotechniczne morskie są wykonywane w tej samej technologii, jednak wobec zaniechania inicjatywy dowodowej w tym zakresie, twierdzenia te pozostały gołosłowne. Natomiast zamawiający wskazał istotne czynniki, które odróżniają specyfikę robót prowadzonych na wodach morskich, znacząco odmiennych od robót prowadzonych na wodach śródlądowych – opisane przez Izbę w ramach zarzutu nr 2 dotyczącego przedstawiciela wykonawcy i również w zakresie zarzutu nr 3 argumentacja ta pozostaje aktualna, co powoduje, że nie ma podstaw do przyjęcia stanowiska odwołującego i oderwania warunku od przedmiotu zamówienia.

W stosunku co do twierdzeń odwołującego, że ustawodawca nie czyni rozróżnienia na specjalność inżynieryjną techniczną morską i pozostałą hydrotechniczną, ponieważ uprawnienia budowlane posiadają specjalność inżynieryjną – hydrotechniczną, Izba wskazuje, że warunek dotyczy doświadczenia, a nie uprawnień, zatem twierdzenia te co najmniej budzą wątpliwość. Fakt, że ustawodawca nie wymaga odrębnej kategorii uprawnień budowlanych nie oznacza, że doświadczenie osób wykonujących roboty hydrotechniczne jest tożsame, czy chociażby porównywalne, z doświadczeniem osób wykonujących roboty hydrotechniczne morskie. Zamawiający żąda doświadczenia specjalnego – wprost odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, a to że inżynier może wykonywać dane prace, ponieważ posiada uprawnienia, nie oznacza, że doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu robót o zupełnie innym charakterze jest porównywalne, czy wręcz tożsame. Konkludując, odwołujący nie wykazał, aby warunek udziału w postępowaniu – ściśle związany z przedmiotem zamówienia, jakim są w przeważającej części (około 70%) roboty morskie hydrotechniczne – naruszał art. 22 ust. 1a p.z.p. To odwołujący postulował o oderwanie warunku udziału w postępowaniu od przedmiotu zamówienia, bez wykazania, ani nawet wskazania, że warunek ten ogranicza złożenie oferty wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł również, iż doświadczenie kierownika budowy zostało ograniczone do budowy lub przebudowy falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, przy czym dla kierowników robót hydrotechnicznych dodatkowo doświadczenie może obejmować też nadbrzeża i pirsy. Zdaniem odwołującego taki stan narusza uczciwą konkurencję. W ocenie składu orzekającego rozróżnienie doświadczenia dla osób, które będą pełniły inne funkcje i mają inny zakresy odpowiedzialności, w tym rozszerzenie wymogu dla kierownika robót w stosunku do kierownika budowy, który winien spełniać surowsze wymagania – adekwatne do robót którymi będzie kierował, nie świadczy o naruszeniu prawa, zaś odwołujący nie zdecydował się na wskazanie w jaki sposób uczciwa konkurencja została naruszona.

Co do wymogu posiadania 8 letniego doświadczenia w zakresie spornego warunku, które zostało zakwestionowane, Izba wskazuje, że wobec okoliczności, że zamawiający przyznał, że wymóg ten został określony

błędnie, wskazując, iż „zamawiający po analizie zarzutów odwołania uznał, że bez szkody dla wymogu legitymowania się wysokimi kwalifikacjami, może obniżyć wymóg doświadczenia z 8 lat do lat 7.", odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione. Mając na uwadze, że do zakończenia rozprawy nie dokonano modyfikacji treści dokumentacji postępowania, zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p., Izba nakazała obniżenie wymogu do 7 lat, wskazanych przez zamawiającego. Ponadto, biorąc pod uwagę wartość zamówienia, jego charakterystykę, stopień złożoności i warunki realizacji, skład orzekający stwierdził, że obniżenie warunku do 5 lat nie byłoby adekwatne do osiągnięcia jego celu, jak również do wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia z odpowiednim potencjałem kadrowym, natomiast odwołujący nie wykazał w tym zakresie okoliczności przeciwnej.

W konsekwencji powyższego, w ocenie składu orzekającego, odwołujący nie wykazał, aby sformułowany warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej w postaci określonego wymogu dotyczącego kierownika budowy (ppkt 1.3.2 lit. b SIWZ) był warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, czy wykraczającym poza cel weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej. Nie wykazano również aby warunek w sposób nieuprawniony ograniczył wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie złożenie oferty w postępowaniu, jak również nie wykazano naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. Zatem wobec braku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., zarzut został przez Izbę oddalony – z wyłączeniem uwzględnionej części zarzutu, w zakresie okoliczności zawyżenia wymogu lat doświadczenia, którą przyznał zamawiający, a co znalazło odzwierciedlenie w sentencji wyroku.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzutu nr 4).

Na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust. 1 p.z.p. zamawiający ustanowił sporny warunek udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, sformułowany w rozdziale V – warunki udziału w postępowaniu – ppkt 1.3.2 lit. c SIWZ (sekcją III pkt 1.3.2.c) ogłoszenia o zamówieniu) o udzielenie zamówienia dotyczący przedstawiciela wykonawcy, zgodnie z którym „wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że skieruje do realizacji niniejszego zamówienia publicznego niżej wymienione osoby, spełniające następujące wymagania:

c)2 (dwie) osoby, które będą pełnić funkcje Kierowników robót hydrotechnicznych. Każda z ww. osób powinna posiadać:

wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej bez ograniczeń, i co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) lub inspektora nadzoru w zakresie powyższych uprawnień, w tym na 2 (dwóch) robotach budowlanych, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych), przez cały ich realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub na każdej przez okres minimum 12 miesięcy, polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych (półwyspowych), nabrzeży, pirsów, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 25 mln (słownie: dwadzieścia pięć milionów) PLN brutto każda;"

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Przedmiotowemu warunkowi odwołujący zarzucił niezgodność z prawem, w postaci nieproporcjonalności, z powodu ustanowienia 6 letniego okresu doświadczenia dla kierowników robót hydrotechnicznych.

Izba wskazuje, że zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Warto również zaznaczyć, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie z 08.05.2014 r., sygn. akt XII Ga 211/14, że „Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji." Zatem w ocenie składu orzekającego konsekwencją uwzględnienia zasady ogólnej, wynikającej z art. 7 ust. 1 p.z.p., jest konieczność oceny zachowania przesłanek z tego przepisu w realiach danego konkretnego przypadku. Orzeczenie musi więc rozstrzygać problem *ad casum*. Ponadto, każdy warunek udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, podnosił, że doświadczenie samego wykonawcy, jak i jego kadry stanowi istotny, o ile nie najważniejszy element zapewniający pomyślną realizację przedsięwzięcia, stąd też warunki udziału w postępowaniu zostały postawione w sposób proporcjonalny i adekwatny. Zamawiający podkreślał, że o zamówieniu o tak specjalistycznym i znacznym zakresie, Izba wypowiadała się wielokrotnie m.in. w wyroku z 15.06.2016 r. sygn. akt KIO 902/16, gdzie wskazano, że „Specjalistyczny charakter zamówienia wymusza konieczność określenia wymagań odnośnie wiedzy i doświadczenia w danym przedmiocie na wysokim poziomie, który to poziom gwarantuje, że zamówienie zostanie wykonane należycie. Zaś, działanie zamawiającego w tym zakresie nie jest wyrazem dążenia do ograniczenia konkurencji, ale dbałości o interes własny i publiczny." Nadto zamawiający wielokrotnie podkreślał specyfikę i poziom skomplikowania inwestycji, co nie było okolicznością sporną. Zgodnie ze stanowiskami zaprezentowanymi w pismach procesowych i na rozprawie obie strony wskazywały na znaczące skomplikowanie i trudności, jakie niesie za sobą wykonanie zadania inwestycyjnego objętego odwołaniem. Odwołujący uwypuklał to przy zarzutach dotyczących terminu realizacji zamówienia, zaś zamawiający szeroko omawiał przy warunkach udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający jest uprawniony do ustanowienia wymogu 6 lat doświadczenia w spornym warunku, co umożliwi mu realizację zamówienia na odpowiednio wysokim poziomie jakości. Uzasadnione to jest również celem postępowania, a zatem wyborem wykonawcy gwarantującym należyte wykonanie zamówienia z doświadczoną kadrą, a przy tym adekwatne do przedmiotu i specyfiki zamówienia, natomiast odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Odwołujący również w zakresie omawianego warunku podnosił, że zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył doświadczenie tylko do branży hydrotechnicznej morskiej, przy czym w odwołaniu stwierdzono, że „odwołujący w celu uzasadnienia zarzutu podtrzymuje, bez konieczności powielania, argumentację zaprezentowaną przy zarzutach dotyczących przedstawiciela wykonawcy i kierownika budowy." Zatem w tym miejscu wypada odwołać się do argumentacji Izby z zarzutów nr 2 i 3 z *petitum* odwołania, co do robót hydrotechnicznych morskich, bowiem w ocenie składu orzekającego również w stosunku do wymogu dotyczącego kierowników robót hydrotechnicznych odwołujący nie wykazał zasadności podnoszonego zarzutu. W tym zakresie skład orzekający uwzględnił wyczerpujące wyjaśnienia zamawiającego i ścisłe związanie warunków z przedmiotem zamówienia, co zostało opisane przy zarzucie co do warunku dotyczącego przedstawiciela wykonawcy i kierownika budowy.

Ponadto odwołujący wskazał, że „za zasadne należy uznać rozszerzenie zakresu doświadczenia, którym mają

wykazać się te osoby o śluzy i jazy, które są w zakresie prac do wykonania przy przedmiotowym zamówieniu." Takie sformułowanie zarzutu uniemożliwiło Izbie jego uwzględnienie, bowiem nie wskazano w jaki sposób zamawiający naruszył prawo, formułując warunek, w którym nie wymaga się doświadczenia obejmującego śluzy i jazy.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, aby sporny warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej w postaci określonego wymogu dotyczącego kierowników robót hydrotechnicznych (ppkt 1.3.2 lit. c SIWZ) był warunkiem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, czy wykraczającym poza cel weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej. Zdaniem Izby nie wykazano również, żeby warunek w sposób nieuprawniony ograniczył wykonawcom zdolnym wykonać zamówienie złożenie oferty w postępowaniu, zaś stanowisko o naruszeniu art. 7 ust. 1 p.z.p. pozostało gołosłowne.

Wobec braku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a p.z.p., art. 22d ust. 1 p.z.p. i art. 7 ust. 1 p.z.p., zarzut został przez Izbę oddalony.

II.Zarzuty dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy:

Zarzut naruszenia art. 150 ust. 3 – 6 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 5) oraz zarzut naruszenia art. 150 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 6).

Skład orzekający wskazuje, że w oparciu o art. 147 ust. 1 p.z.p. zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 150 ust. 2 p.z.p. zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Art. 150 ust. 3 p.z.p. stanowi, że jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, zaś 150 ust. 4 p.z.p., że w przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia. Następnie, zgodnie z art. 150 ust. 5 p.z.p., zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury, a na kanwie art. 150 ust. 6 p.z.p. w przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Izba ustaliła, że wysokość wymaganego w postępowaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustalono na poziomie 8% ceny całkowitej brutto (rozdział XVI pkt 1 SIWZ), ponadto zamawiający nie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 150 ust. 3 p.z.p. i w zakresie zabezpieczenia umowy nie dopuścił możliwości dokonywania potrąceń z należności za częściowo wykonane roboty budowlane. Zatem wysokość zabezpieczenia mieści się w ustawowym progu, natomiast skorzystanie z art. 150 ust. 3 – 6 p.z.p. ustawodawca pozostawił swobodnej decyzji zamawiającego. Przy czym stanowisko odwołującego jakoby treść SIWZ ograniczała konkurencję pozostało niewykazane, wobec czego wydaje się, iż zarzuty te miały bardziej charakter postulatów, aniżeli faktycznych zastrzeżeń w stosunku co do czynności zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, zarzuty nr 5 i 6 z *petitum* odwołania należało oddalić, gdyż nie wykazano, aby działanie zamawiającego naruszało którąkolwiek ze wskazanych norm p.z.p. w tym zakresie.

III.Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia:

Zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaś w oparciu o art. 29 ust. 2 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Norma zrekonstruowana na podstawie tych przepisów prowadzi do wniosku, że zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, który można obiektywnie uznać za precyzyjny, jasny i klarowny, pozwalający potencjalnemu kręgowi wykonawców na rzeczywistą i miarodajną ocenę swoich możliwości podołania wymaganiom stawianym przez zamawiającego. Izba wskazuje, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, że art. 29 ust. 1 p.z.p. służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 p.z.p.

Następnie, skład orzekający zaznacza, że art. 29 ust. 2 p.z.p posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego. Zatem wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia.

Powyższe nie oznacza jednak całkowitego braku obowiązku wykazania okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim uprawdopodobnione.

Warto również zaznaczyć, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą przedmiotu zamówienia. Jest on zatem uprawniony do opisania przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, tym niemniej potrzeby te muszą być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji, wynikającego z okonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając swoje wymagania, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia, w zakresie zarzutów podniesionych w pkt 7 – 9 *petitum* odwołania, Izba wskazuje jak niżej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 7).

Izba ustaliła, że zamawiający wymaga materiału kamiennego do konstrukcji narzutowych hydrotechnicznych, który powinien spełniać wymogi normy PN – EN 13383 – 1:2003 „Kamień do robót hydrotechnicznych. Część 1: Wymagania" oraz norm związanych o gęstości równej lub większej niż 2,6 Mg/m^3 (projekt wykonawczy – tom I Mierzeja Wiślana, Teczka 1.1 Port Osłonowy na Zatoce Gdańskiej – Część Wschodnia pkt 3.3.5 tiret 3 i projekt wykonawczy – tom I Mierzeja Wiślana, Teczka 1.2 Port Osłonowy na Zatoce Gdańskiej – Część Zachodnia pkt 3.3.5 tiret 3).

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w

ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

W ocenie odwołującego wymóg ten nie jest niczym uzasadniony, ponieważ norma PN – EN 13383 – 1 wskazuje na minimalną gęstość – nie mniej niż 2,3 Mg/m^3, zaś kamień o gęstości 2,6 Mg/m^3 może być trudny do zdobycia na terenie Polski. Ponadto w specyfikacji technicznej H – 1.5 w pkt 2.2.1 zamawiający wskazał na wymóg kamienia 2,5 Mg/m^3.

Tak jak Izba wskazała w ramach uwag natury ogólnej co do art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. opis przedmiotu zamówienia stanowi uzasadnione potrzeby zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego zamawiający przedstawił przekonujące wyjaśnienia, uzasadniając wymagania dotyczące gęstości kamienia względami technicznymi i specyfiką przedmiotu zamówienia. Jak wskazał zamawiający przyjęta gęstość kamienia wynika z rozwiązań projektowych, natomiast przyjęcie niższej gęstości kamienia spowoduje znaczne pogorszenie jakości i trwałości budowli. Pozostawienie gęstości kamienia na poziomie 2,6 Mg/m^3 jest istotne, ponieważ wymóg ten decyduje o mrozoodporności obiektu, zaś faktem notoryjnym jest, że budowa w środowisku zalewu zamarza, i to cykliczne, zatem istotne jest zapewnienie odpowiedniej stateczności i trwałości konstrukcji wykonanych z kamienia, z uwagi na poddawanie ich zróżnicowanym oddziaływaniom. Zaznaczano również, że wymóg wyższy niż minimalny normowy nie może być traktowany jako naruszenie uczciwej konkurencji, gdyż istotą inwestycji jest wykonanie budowli zgodnie z projektem, z zastosowaniem materiałów o parametrach nie gorszych niż przyjęte w projekcie, kiedy potrzebą jest uzyskanie co najmniej 100 letniej trwałości obiektu, na co ma bezpośredni wpływ gęstość kamienia. Twierdzenia te nie zostały przez odwołującego podważone. Natomiast stanowisko o szczególnych warunkach atmosferycznych, w jakich znajduje się inwestycja, nie było pomiędzy stronami sporne (odwołujący szeroko uwypuklał to przy zarzutach dotyczących terminu realizacji zamówienia).

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, podniesiona przez odwołującego argumentacja odnosząca się do norm regulujących gęstość kamienia hydrotechnicznego nie może być uznana za świadczącą o zasadności zarzutu. Należy zauważyć, że przedłożony przez odwołującego wyciąg z normy PN – EN 13383 – 1 Kamień do robót hydrotechnicznych. Część 1: Wymagania, określa minimalną gęstość (nie mniej niż 2,30 Mg/m^3), a wymaganie zamawiającego na poziomie 2,60 Mg/m^3 mieści się w granicach normy. Zaś wobec zaniechania inicjatywy dowodowej, w stosunku do twierdzeń odwołującego o trudnościach w uzyskaniu na terenie Polski kamienia o wymaganej przez zamawiającego gęstości, argumentacja ta pozostała gołosłowna i nie mogła świadczyć o naruszeniu prawa przez zamawiającego.

W zakresie podnoszonych przez odwołującego nieścisłości w wymaganiu (w specyfikacji technicznej H – 1.5 w pkt 2.2.1 zamawiający wskazał na wymóg kamienia 2,5 Mg/m^3) zamawiający wyjaśnił, że jest to omyłka pisarska, która zostanie przez zamawiającego poprawiona, zaś Izba nie znalazła podstaw, aby nie dać wiary temu wytłumaczeniu, skoro w innych miejscach dokumentacji kilkukrotnie wskazano wymóg 2,6 Mg/m^3.

Mając na uwadze powyższe Izba nie znalazła podstaw, aby stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., natomiast w zakresie naruszenia art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby świadczyć o naruszeniu tych norm, co do wymaganej gęstości kamienia, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i art. 139 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 8).

Izba ustaliła, iż zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, będącym opisem przedmiotu zamówienia, w pkt 6.0– dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu zamówienia – „Zamawiający informuje, że wykonane zostały badania ferromagnetyczne w obrębie inwestycji w celu określenia możliwości wystąpienia w osadach Zalewu Wiślanego i Mierzei Wiślanej zagrożeń w postaci pozostałości amunicji po działaniach wojennych, niewybuchów, niewypałów, pojazdów, itp. Wydobycie zlokalizowanych w ramach badań obiektów ferromagnetycznych będzie przedmiotem odrębnego postępowania przetargowego".

Natomiast zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, subklauzulą 4.1. ogólne zobowiązania wykonawcy ppkt iv warunków szczególnych kontraktu: „Wykonawca przeprowadzi kontrolne badania saperskie terenu budowy i zapewni nadzór saperski w trakcie trwania robót jeśli okaże się to konieczne, jak również w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej usunie wszelkie niewybuchy lub niewypały wykazane w raportach z badań ferromagnetycznych i raporcie z rozpoznania saperskiego obszaru lądowego oraz odnalezione w toku Robót."

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Po pierwsze Izba wskazuje, że umknęło odwołującemu, iż forma rozliczenia wynagrodzenia w postępowaniu, którego treść dokumentacji została zaskarżona, jest wynagrodzeniem kosztorysowym, zatem wszystkie twierdzenia dotyczące rozliczenia ryczałtowego pozostały niepotwierdzone w dokumentacji postępowania i nie mogą stanowić skutecznej argumentacji w zakresie naruszenia prawa przez zamawiającego.

Po wtóre Izba zaznacza, że zamawiający zdecydował się na wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez udostępnienia wykonawcom raportów z badań ferromagnetycznych. Treść SIWZ w tym zakresie obejmuje jedynie informację, że takie badania zostały wykonane. Natomiast – zgodnie ww. subklauzulą 4.1 – to na wykonawcy spoczywa usunięcie niewybuchów czy niewypałów z raportów z badań ferromagnetycznych. Zatem już sam brak jakichkolwiek informacji co do ilości, rodzaju i wielkości obiektów ferromagnetycznych, przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku usunięcia tych obiektów i zawarcia tej okoliczności w kwocie kontraktowej powoduje, że zostało potwierdzone naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. Ma bowiem rację odwołujący, iż wprowadzona do wzoru umowy klauzula ma wpływ na sposób przygotowania oferty, w szczególności na skalkulowanie ceny, a w obecnym stanie jest to niemożliwe, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W istocie dokumentacja przetargowa przygotowana przez zamawiającego nie może być oceniona jako jednoznaczna i wyczerpująca, a przy tym uwzględniająca wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, skoro wykonawca ma obowiązek wliczenia w cenę usunięcia obiektów ferromagnetycznych wskazanych w raportach z badań, których nie ma. Izba przy tym bada, w oparciu o art. 191 ust. 2 p.z.p., treść dokumentacji w kształcie udostępnionym wykonawcom, zatem sama deklaracja zamawiającego, że badania zostaną udostępnione, nie może w sposób skuteczny konwalidować naruszenia prawa w tym zakresie. Dopóki zamawiający nie udostępni wykonawcom raportów z badań ferromagnetycznych, przy obowiązku usunięcia przez nich niewypałów tam wskazanych (co winno być wkalkulowane w cenę oferty), to stan naruszenia przepisów p.z.p. będzie trwał.

Co więcej, w toku postępowania odwoławczego potwierdziło się, że treść dokumentacji w tym zakresie jest niejednoznaczna i sprzeczna ze sobą, ponieważ – jak słusznie podnosił odwołujący – z jednej strony zamawiający

wskazał, że w obrębie inwestycji wykonano badania ferromagnetyczne, a wydobycie obiektów ferromagnetycznych tam wskazanych nie jest przedmiotem rozpoznawanego odwołaniem postępowania przetargowego (pkt 6.0 opisu przedmiotu zamówienia), a z drugiej strony w oparciu o ww. subklauzulę 4.1 zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązki w niej wskazane. Zamawiający przy tym doprecyzował w odpowiedzi na odwołanie, że wydobycie obiektów ferromagnetycznych w ramach innych postępowań dotyczy zakresu morskiego (wodnego), a co do zakresu lądowego treść subklauzuli 4.1 jest decydująca. To powoduje, że bez wyjaśnień zamawiającego treść pkt 6.0 z załącznika nr 4 do SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, jest niejednoznaczna i niedokładna, a także nie wiadomo co należy wliczyć w cenę oferty. Zamawiający przy tym, znając stanowisko odwołującego już od momentu wniesienia odwołania, w tym wskazywane w SIWZ braki, nie zdecydował się na wyjaśnienie czy uszczegółowienie treści dokumentacji w tym zakresie. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że doprecyzuje treść SIWZ, jednakże do czasu zakończenia rozprawy, pozostało to w sferze deklaracji strony.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w stosunku do zarzutu 8 z *petitum* odwołania i w tym zakresie odwołanie zostało uwzględnione. Zaś co do zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 5 k.c. i art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. i art. 139 ust. 1 p.z.p. odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby świadczyć o naruszeniu tych norm i w tej części zarzut został przez Izbę oddalony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. (zarzut nr 9).

Odwołujący wskazał, że zmawiający nie dołączył do SIWZ ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, zaś brak tego dokumentu nie pozwala wykonawcom na podjęcie decyzji o udziale w postępowaniu, ponieważ nie mają oni wiedzy czy w ogóle istnieje formalnoprawna zgoda na prowadzenie inwestycji oraz jakie dodatkowe obowiązki z tej decyzji wynikają.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, że odwołujący pominął, iż pozwolenie na budowę jest dokumentem bez którego nie można przystąpić do realizacji robót (art. 28 ust. 1 prawa budowlanego), a nie zaś złożyć oferty w postępowaniu. Jak wskazał zamawiający, praktyką jest, że pozwolenie takie jest udostępniane na etapie robót, czemu odwołujący nie zaprzeczył.

Zamawiający w dokumentacji postępowania, w opisie przedmiotu zamówienia, w rozdziale III SIWZ pkt 3 wskazał, że „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i wymagania w odniesieniu do sposobu wykonania, rozliczenia i odbioru Robót zawarte są w załącznikach do niniejszej SIWZ: Dokumentacji Projektowej (Projekt Budowlany i Projekty Wykonawcze), Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, Warunkach Kontraktu (wzór umowy), Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) i Przedmiarach robót."

Odwołujący nie wykazał natomiast, aby obecna treść dokumentacji postępowania powodowała, że bez pozwolenia na budowę, zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, czy bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarzut ten stanowi bardziej polemikę z zamawiającym, niż wykazanie naruszenia prawa.

Izba wskazuje również, że twierdzenie odwołującego co do braku wiedzy na temat tego czy dokumentacja projektowa w ogóle nadaje się aby na jej podstawie wykonywać roboty budzi wątpliwości. Należy zaznaczyć, że chociażby ze względu na art. 5 ust. 1 prawa budowlanego, który zobowiązuje projektanta do projektowania w sposób określony w przepisach (w tym w przepisach techniczno – budowlanych) oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, czy też wobec odpowiedzialności projektanta za dokumentację (w tym na płaszczyźnie zawodowej i karnej), argumentacja odwołującego nie mogła odnieść zamierzonego skutku. Zaś gołosłowne stanowisko strony jakoby dopiero pozwolenie na budowę potwierdzało, że dokumentacja projektowa nadaje się do wykonania na jej podstawie robót, budzi wątpliwości i nie może być podstawą do uwzględnienia zarzutu. Odwołujący również nie uprawdopodobnił naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że nie wykazano, aby zarzut nr 9 posiadał uzasadnione podstawy, twierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p nie potwierdziły się i zarzut ten, jako bezpodstawny, został przez Izbę oddalony.

IV.Zarzuty dotyczące terminu realizacji zamówienia:

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 387 § 1 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i 139 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 10 i 11).

Izba ustaliła, iż zgodnie z IV rozdziałem SIWZ:

1.„Przedmiot zamówienia należy wykonać w terminie do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia (Czas na Ukończenie), z zastrzeżeniem pkt 2 poniżej.
2.Zakończenie realizacji podetapu przedmiotu zamówienia, polegającego na wykonaniu wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego (Termin Kluczowy), należy wykonać w terminie do 18 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia.
3.Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia następującego zaawansowania rzeczowo – finansowego:
   a.5% wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej – w terminie 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
   b.20% wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej – w terminie 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.
4.Skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia (Czasu na Ukończenie), o którym mowa w pkt 1, stanowi jedno z kryteriów oceny oferty, zgodnie z rozdziałem XIII pkt 2 ppkt 2 SIWZ. Wykonawca może zaoferować skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia maksymalnie o 6 miesięcy."

Skład orzekający wskazuje, że w zakresie tych zarzutów zachowują aktualność uwagi Izby co do wykładni art. 29 ust. 2 p.z.p, jak również art. 7 ust. 1 p.z.p., wskazane we wcześniejszej części uzasadnienia. Natomiast co do art. 353^1 k.c. norma ta została szeroko omówiona przy rozpoznaniu zarzutu nr 13, zawarte tam twierdzenia Izby również w stosunku co do tych zarzutów pozostają aktualne.

Dalej Izba wskazuje, że zgodnie z art. 387 § 1 k.c. umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. W zakresie interpretacji tej normy skład orzekający podziela trafną argumentację zwartą w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 27.09.2016 r., sygn. akt VI ACa 817/15, gdzie wskazano, że „w przepisie art. 387 § 1 k.c. chodzi o takie zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania, a więc, nie tylko przez dłużnika, ale i osoby trzecie. Nadto, niemożliwość ta musi być pierwotna (istniejąca w chwili zawarcia umowy) oraz nieprzemijająca (świadczenie nie jest możliwe do spełnienia w przewidywalnej przyszłości). Kwestią kluczową jest to, że pojęcie niemożliwości świadczenia łączy się z samym zachowaniem dłużnika (świadczeniem), którego dotyczy umowa lub z przedmiotem świadczenia (jego cechą). Nie dotyczy natomiast innych elementów kształtujących treść stosunku zobowiązaniowego, jak sposób, miejsce, czy też termin spełnienia świadczenia. Należy zatem uznać, że zastrzeżenie w umowie terminu obiektywnie niemożliwego do dochowania nie oznacza, że strony zawarły umowę o świadczenie niemożliwe". Następnie Izba wskazuje, że w wyroku Sądu Najwyższego z 22.04.2010 r., o sygn. akt V CSK 379/09, stwierdzono, że „czym innym jest

jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 k.c. odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (*verbe legis*: „umowa o świadczenie niemożliwe")". Skład orzekający argumentację tą popiera i przyjmuje za własną.

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

W zakresie terminu realizacji podetapu przedmiotu zamówienia, polegającego na wykonaniu wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego (termin kluczowy), który wynosi 18 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia, Izba stwierdziła jak niżej.

Odwołujący podnosił, że zamawiający kształtując treść SIWZ nie wziął pod uwagę takich okoliczności jak warunki atmosferyczne, okresy zimowe czy ograniczenia wynikające z decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzja z 5 grudnia 2018 r., nr WOOŚ.4211.1.2017.AZ.67), takie twierdzenia zostały jednak niepotwierdzone.

Izba przypomina, że umowa, która zostanie zawarta przez strony jest umową opartą o warunki kontraktowe FIDIC i odwołujący nie tyle faktycznie kwestionował, iż termin realizacji zamówienia ustalony przez zamawiającego jest niemożliwy do spełnienia, co prowadził polemikę z zamawiającym, mającą na celu ukształtowanie dokumentacji postępowania w sposób wskazany przez odwołującego, bez faktycznego wykazania, że obecna SIWZ przepisy prawa narusza. Odwołujący, dysponując opisem przedmiotu zamówienia, zatem tymi samymi warunkami, którymi dysponował zamawiający kształtując termin realizacji zamówienia, podnosił, że termin ten jest nierealny. Jednakże nie wykazano żadnej okoliczności, która nie zostałaby uwzględniona przez zamawiającego, przy określaniu terminu kluczowego, a która winna powodować, że termin ten jako nierzeczywisty należy zmienić.

Izba wskazuje również, że podnoszone przez odwołującego okoliczności co do specyficznych warunków atmosferycznych przedmiotu zamówienia są tożsame z tymi, które wskazywał zamawiający przy argumentowaniu zachowania obecnie określonych wymogów co do morskich budowli hydrotechnicznych dla kluczowego personelu. Zatem oparcie zarzutu wymierzonego w czynność zamawiającego jedynie na tym, że odwołujący – mając te same dokumenty i ten sam stan wiedzy – dokonałby określenia terminu dłuższego niż obecny, nie jest wystarczające do wywiedzenia skutecznego odwołania.

Odwołujący również *a priori* założył, że „umowa przygotowana przez Zamawiającego nie daje realnej możliwości przesunięcia terminu realizacji inwestycji z uwagi na czynnik zewnętrzne, bowiem z doświadczeń opiniującego dające się przewidzieć – niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prace sprzętów, tj. np. zalodzenia akwenów, wiatr, falowanie nie są rozpatrywane przez zamawiających jako „wyjątkowo niepomyślne warunki klimatyczne." (*vide* str. 49 odwołania). Odwołujący zatem sam przyznał, że w dokumentacji zamówienia przewidziano możliwość zmiany terminu z powodu warunków klimatycznych, a więc argumentacja, że zamawiający tej okoliczności nie uwzględnił, nie może odnieść żadnego skutku. Natomiast doświadczenia odwołującego z realizacji innych zamówień nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia prawa w rozpoznawanym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie argumentacji odwołującego dotyczącej decyzji RDOŚ w Olsztynie, Izba stwierdziła, że nie wykazano aby obecny termin realizacji zamówienia nie uwzględniał rzeczonej decyzji. Należy również zaznaczyć, że znacząca część argumentów w ogóle nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na pracę wykonawcy w tym postępowaniu, które stanowi część I inwestycji – decyzja bowiem dotyczy całości inwestycji zamawiającego, w tym przyszłych postępowań. Obecnego postępowania dotyczy wyłącznie lit. b pkt 36 decyzji (pkt 90 na str. 56 odwołania), co jednak nie potwierdza stanowiska o nierealności terminu realizacji zamówienia. Nie wykazano również, aby termin nie uwzględniał organizacji prac budowlanych, czy ewentualnej konieczności oczyszczenia terenu z obiektów ferromagnetycznych. Zgodnie z dokumentacją projektową na budowę wyspy przewidziano 15 miesięcy od daty rozpoczęcia jej formowania. Zamawiający założył, iż prace przygotowawcze, związane z wykonaniem zaplecza i organizacją budowy, wykonawca wykona w ciągu 3 miesięcy od daty podpisania kontraktu i dlatego założył, iż w ciągu 18 miesięcy od daty rozpoczęcia wyspa powinna być ukończona, natomiast odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p. i nie wykazał, aby ten termin naruszał art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 387 § 1 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i 139 ust. 1 p.z.p. Argumentacja odwołującego jest w tym zakresie merytorycznie pusta, ograniczająca się do polemiki z treścią dokumentacji postępowania.

Następnie skład orzekający wskazuje, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów dotyczących osiągnięcia zaawansowania rzeczowo – finansowego, argumentacja odwołującego ograniczyła się do przeliczenia wartości procentowych na złoty polski i poddaniu w wątpliwość, że przy okresie zimowym, czy co do okoliczności wskazanych w decyzji środowiskowej, to „może być nieosiągalne", zatem już samo sformułowanie zarzutu, bez wskazania naruszenia prawa, uniemożliwiło Izbie jego uwzględnienie. Tak samo stanowisko odwołującego, że formowanie wysypy należy przenieść do drugiego etapu budowy, bez chociażby próby wskazania naruszenia przepisów prawa w tym zakresie, nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione.

Wobec faktu, że argumentacja odwołującego w zakresie terminu realizacji podetapu przedmiotu zamówienia, polegającego na wykonaniu wyspy z odbiorem i przekazaniem do użytkowania gotowego pola refulacyjnego (termin kluczowy), była wspólna dla zarzutu dotyczącego wykonania przedmiot zamówienia w terminie do 36 miesięcy od daty zawarcia umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia (czas na ukończenie), to w tym miejscu wypada odwołać się do wskazań Izby co do terminu kluczowego, opisanego powyżej. W konsekwencji, w ocenie składu orzekającego, odwołujący nie uprawdopodobnił naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 2 p.z.p. i nie wykazał, aby termin w postaci czasu na ukończenie naruszał art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 387 § 1 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p. i 139 ust. 1 p.z.p. wymagał przedłużenia go do 41 miesięcy od dnia zawarcia umowy, o co wnosił odwołujący. Nie wykazano również zasadności żądań postawionych w odwołaniu w sposób ewentualny.

Natomiast wobec okoliczności, że w odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że przedłuży termin do 40 miesięcy, zaś na moment wyrokowania nie dokonano modyfikacji treści dokumentacji postępowania, to mając na uwadze art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła zarzut w tym zakresie. Sam fakt zadeklarowania przez zamawiającego wydłużenia terminu o 4 miesiące, poza znaczeniem w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów (przyznania okoliczności procesowo istotnych dla stwierdzenia zasadności zarzutów), nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wypływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. Zatem zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego nie stanowi uwzględnienia zarzutu i nie powoduje umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie, a zostało ocenione przez Izbę na kanwie art. 190 ust. 5 p.z.p., co skutkowało koniecznością uwzględnienia zarzutu w zakresie wydłużenia terminu w postaci czasu na ukończenie do

40 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Ponadto skład orzekający wskazuje, że dowody przedłożone przez odwołującego, w postaci dwóch harmonogramów, nie były przydatne dla wykazania okoliczności faktycznych na które zostały powołane. Harmonogramy stanowią przedstawienie założeń odwołującego w formie zestawienia danych, natomiast nie potwierdza to, że założenia odwołującego są prawidłowe – jest to zestawienie twierdzeń odwołującego, a nie dowód na zaistnienie faktów, które strona wskazywała.

V.Pozostałe zarzuty:

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 387 § 1 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 p.z.p. (zarzut nr 12).

Izba ustaliła, że zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, szczególne warunki kontraktu, subklauzulą 1.13 przestrzeganie prawa lit. a zamawiający wskazał: „W trakcie realizacji Kontraktu Wykonawca będzie przestrzegał obowiązujących praw.

a)Wykonawca uzyska na własny koszt wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty, wymagane dla wykonania Robót lub dostarczenia albo usunięcia Materiałów, Dóbr i Urządzeń, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego przed zawarciem Kontraktu. Wykonawca opracuje nadto wszelką wymaganą do tego celu dokumentację techniczną, wnioski, podania, a w razie potrzeby uzyska ograniczone pełnomocnictwa do działania w imieniu Zamawiającego i na jego rzecz wobec odnośnych władz."

Krajowa Izba Odwoławcza zweryfikowała postawione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów prawa, w ramach okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu.

Na wstępie rozważań zależy zaznaczyć, że rozpoznawany zarzut został sformułowany przez odwołującego z użyciem wyrażeń „np., m.in., itp.". Takie postawienie zarzutu nie spowoduje jednak, że Izba rozpozna środek zaskarżenia w ramach okoliczności, które nie zostały w odwołaniu podniesione.

Jedynymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi przez odwołującego jest to, że ww. klauzula prowadzi do obciążenia wykonawcy obowiązkiem pozyskania nowej/poprawionej dokumentacji projektowej i zmianami decyzji pozwolenia na budowę. Zatem skład orzekający zweryfikował, czy w ramach omawianej subklauzuli to na wykonawcy spoczywa obowiązek w zakresie uzyskania nowej, bądź poprawionej dokumentacji projektowej, a także czy wykonawca zobowiązany będzie dokonywać zmian pozwolenia na budowę. Zamawiający zaprzeczył takim twierdzeniom, Izba również nie znalazła podstaw, aby obowiązki te zostały w ramach postępowania przerzucone na wykonawcę, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Natomiast co do zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 387 § 1 k.c. i art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. i art. 139 ust. 1 p.z.p. odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby świadczyć o naruszeniu tychże norm, więc pozostało ono ani nie wskazane, ani nie niewykazane. Zatem zarzut – nr 12 z *petitum* odwołania – jako nie posiadający uzasadnionych podstaw został przez Izbę oddalony.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. (zarzut 13).

W oparciu o art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Na podstawie art. 353^1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na wstępie rozważań wskazać należy, że warunki stosunku zobowiązaniowego, przewidzianego dla udzielenia zamówienia publicznego, nie charakteryzują się równością stron tego stosunku i pełną realizacją zasady swobody umów. W odniesieniu do art. 353^1 k.c. skład orzekający wskazuje, że wyrażona w nim zasada swobody kontraktowania doznaje na gruncie umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczeń, powodujących rzeczywiste uprzywilejowanie zamawiającego, wyrażające się m.in. możliwością ułożenia stosunku obligacyjnego ze szczególnym uwzględnieniem własnych potrzeb. Stąd, powoływanie się wyłącznie na art. 353^1 k.c., poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający wyjaśnia, że odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14.04.2008 r., o sygn. akt X Ga 67/08, wskazać należy, iż to „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty i winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wykonawcę cenę." Powyższe zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Izby i Sądów powszechnych m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 11.09.2008 r., sygn. akt I ACa 544/08, w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14.07.2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, w wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z 29.04.2016 r., sygn. akt VII GC 66/15, w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16.07.2014 r. sygn. akt XXIII Ga 924/14. Stanowiska te skład orzekający podziela i przyjmuje za własne.

Ponadto, zgodnie z argumentacją zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 14.07.2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, w którym wskazano, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów– a tak jest w niniejszej sprawie – Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353^1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy".

Z powyższego wynika, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca, mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy, może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy. Ponadto, wykonawca dysponuje instrumentami umożliwiającymi mu oddziaływanie na postanowienia projektu umowy, chociażby w postaci możliwości składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy wniesienia odwołania wobec jej postanowień. Należy jednak pamiętać, że wykonawca poddający w wątpliwość postanowienia przyszłej umowy, nie może pod pretekstem rzekomych naruszeń przepisów, zmierzać do ich ukształtowania w sposób dla siebie bardziej korzystny, czyli niejako negocjować w postępowaniu odwoławczym kształt przyszłego zobowiązania. Rolą odwołującego jest wykazanie takiego naruszenia przepisów, które uniemożliwia, bądź utrudnia dostęp do zamówienia. Zaznaczyć również należy, że powołanie się na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie wydaje się w każdym przypadku uzasadnione. Trzeba mieć na względzie, że postanowienia wzoru umowy są identyczne dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O ile nie zostanie wykazane, że sposób ich ukształtowania niezasadnie preferuje tych spośród wykonawców, którzy – przykładowo – są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe od innych, zarzut naruszenia omawianych norm nie zasługuje na uwzględnienie.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem Izba stwierdziła, że do uwzględnienia podniesionego przez odwołującego naruszenia art. 353^1 k.c. konieczne jest wykazanie, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współżycia społecznego. W rozpoznawanym odwołaniu odwołujący nie wskazał żadnych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które naruszałyby sporne postanowienia wzoru umowy, nie wykazano również na czym polega sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoistych cech. Naruszenia zasad współżycia społecznego nie podniesiono. Brak jest również argumentacji co do naruszenia art. 5 k.c.

Odwołujący podniósł, w ramach rozpoznawanego zarzutu nr 13 lit. a, że brak w formularzu cenowym pozycji koszty ogólne „zmusza" wykonawców do umieszczania tych kosztów w innych pozycjach robót i może sprawić, że wykonawca otrzyma ich zwrot po wykonaniu robót, jak również może mieć wpływ na osiągnięcie wymaganego przerobu rzeczowo – finansowego.

W ocenie Izby takie sformułowanie zarzutu, bez wykazania, ani nawet bez wskazania, jak zamawiający naruszył prawo powoduje, że zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Sam postulat zmiany treści dokumentacji postępowania, będący wyłącznie polemiką z zamawiającym, bez podjęcia chociażby próby wykazania naruszenia przepisów p.z.p. czy kodeksu cywilnego, na które powołano się przy wskazaniu podstawy prawnej zarzutu, powoduje pozostawanie twierdzeń odwołującego w sferze gołosłownych postulatów strony, a nie naruszenia prawa przez zamawiającego.

Dalej Izba wskazuje, że twierdzenia odwołującego – dotyczące żądania modyfikacji załącznika nr 5 do SIWZ warunków kontraktu (omówione zgodnie z przyjętą przez odwołującego kolejnością *w petitum* odwołania), co do zrzutu nr 13:

- w lit. d – dodania do definicji protokołu konieczności (subklauzula 1.1.4.13 warunków szczególnych kontraktu) oraz protokołu z negocjacji (subklauzula 1.1.4.14 warunków szczególnych kontraktu) klauzuli o treści „protokół ten stanowi podstawę do zawarcia aneksu do kontraktu";
- lit. e – usunięcia określonego terminu co do prawa powoływania się na braki, w subklauzuli 4.1 ppkt iv;
- lit. f i g – usunięcia subklauzuli 4.1 ppkt iiv, która stanowi, że żadne braki czy błędy projektowe nie upoważniają wykonawcy do spowolnienia robót oraz wydłużenie terminu 14 do 28 dni, co do błędów dokumentacji projektowej;
- lit. h – przywrócenia wykreślonego pojęcia „kwota tymczasowa" (subklauzula 1.1.4.10 i 13.5 warunków szczególnych kontraktu);
- lit. i – zmiany subklauzuli 4.1 pkt x ppkt i, poprzez wskazanie, „że w takim przypadku za zgodą zamawiającego można ustanowić kwotę tymczasową";
- lit. k – dodania do subklauzuli 8.4, że „nie dotyczy to znalezisk, które wystąpiły w miejscach innych aniżeli wskazane dokumentacji postępowania, dostarczonej przez zamawiającego";
- lit. l – dodania postanowienia, które pozwoli wypłacić wynagrodzenie w części, w której wykonawca posiada niezbędne badania dla robót, pomimo, że w kartach obmiaru nie ma wszystkich badań;
- lit. ł – przywrócenia subklauzuli 14.5 urządzenia i materiały przeznaczone do robót;
- lit. m – w subklauzuli 14.6, ograniczenia wstrzymania płatności do „maksymalnej kwoty w wysokości żądanego przez podwykonawcę żądania";
- lit. n – dodania obowiązku uprzedniego pisemnego wezwania do należytego wykonywania kontraktu z wyznaczeniem dodatkowego termin, przed możliwością odstąpienia od umowy, subklauzula 15.2;
- lit. o – przywrócenia wykreślonej lit. d w subklauzuli 16.2, która uprawnia wykonawcę do rozwiązania kontraktu, w sytuacji, gdy zamawiający w sposób istotny nie dopełnia swoich zobowiązań związanych z kontraktem;
- lit. p – zmiany subklauzuli 16.4, tak aby wynikała z niej możliwość dochodzenia przez wykonawcę, w sytuacji rozwiązania przez niego kontraktu, utraconego zysku, szkód pośrednich, kosztu zarządu, w brzmieniu „lit. c zapłacić wykonawcy kwotę równą utracie zysku lub innej stracie albo szkodzie jakiej wykonawca doznał w wyniku tego rozwiązania";
- lit. r – wykreślenia obowiązku ubezpieczenia ryzyk projektanta, subklauzula 18.2 lit. d;
- lit. s – dodania kary na wypadek odstąpienia od umowy przez wykonawcę, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10% kwoty;

nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione, ponieważ nie jest uzasadnionym powoływanie się na art. 353^1 k.c. w celu doprowadzenia do nadania przyszłym postanowieniom umownym brzmienia względniejszego dla wykonawcy. Nie jest bowiem tak, że postanowienia umowy przez sam fakt, że z różnych względów nie są korzystne w ocenie wykonawców, są sprzeczne z naturą stosunku lub zasadami współżycia społecznego, czy też naruszają równowagę stron. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

W ramach rozpoznawanego zarzutu nr 13 w lit. b i c podnoszono, że zamawiający przewidział (poz. 12 – 18 załącznika do szczególnych warunków kontraktu, w załączniku nr 5 do SIWZ) rażąco wygórowane kary umowne.

Argumentacja odwołującego ograniczyła się do przeliczenia wartości procentowych na polski złoty. Wskazywano również, że kara nie może stanowić źródła nieuzasadnionego wzbogacenia się kosztem wykonawcy, szczególnie gdy zamawiający nie poniesie żadnej szkody, co w ocenie odwołującego uzasadnia modyfikację kar w sposób wskazany w żądaniu. Postulowano też o wprowadzenie mechanizmu anulowania kary za zwłokę za przekroczenie terminu kluczowego, kiedy zostanie zachowany termin w postaci czasu na ukończenie.

Izba wskazuje, że ogólną przesłanką odpowiedzialności odszkodowawczej *ex contractu* jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Syntetyczna formuła, którą posługuje się art. 471 k.c. obejmuje wszystkie przypadki, gdy zachodzi rozbieżność między prawidłowym spełnieniem świadczenia – określonym w treści zobowiązania oraz art. 354 i nast. k.c., a stanem rzeczywistym.

Należy zaznaczyć, że podstawową funkcją kary umownej jest jej funkcja kompensacyjna, która przejawia się tym, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Świadczenie kary umownej prowadzi zatem do naprawienia w całości lub części szkody powstałej po stronie wierzyciela. Kary umowne są również narzędziem o funkcji mobilizującej i dyscyplinującej stronę umowy do należytego wykonywania umowy. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań – tak Sąd Najwyższy w wyroku z 08.08.2008 r., V CSK 85/08, gdzie wskazano „Z orzecznictwa należy wskazać uchwałę podjętą w składzie siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03, OSNC 2004/5/69, wskazującą na znaczną autonomię umownej sankcji nienależytego wykonania zobowiązania świadczeń niepieniężnych, skoro kara umowna może mieć na celu samo skłonienie dłużnika do spełnienia swego zobowiązania pod groźbą sankcji w razie niewykonania zobowiązania, jak i występować jako klauzula zawierająca oszacowanie szkody, jaką wyrządziłby dłużnik w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (odszkodowanie zryczałtowane).” Ponadto, za wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.02.2013 r. sygn. akt I ACa 99/13, należy wskazać, iż „zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela”. Dodatkowo, jak trafnie zaznaczył Sąd Apelacyjny w Łodzi, w wyroku z 07.02.2013 r., sygn. akt I ACa 1107/12, „podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia. Dlatego postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, pamiętając, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej”, co podzielił również Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z 12.02.2018 r., sygn. akt V GC 10/16. Skład orzekający powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

W ocenie Izby zamawiający ma prawo korzystać z wyżej wskazanych funkcji kar umownych, aby zapewnić sobie możliwie szeroki wachlarz gwarancji, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany przez zamawiającego, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami. Izba nie znalazła także żadnych podstaw, by uznać za zasadne naruszenie przez zamawiającego art. 353^1 k.c., bowiem odwołujący nie wykazał, by postanowienia załącznika do szczególnych warunków kontraktu (załącznik nr 5 do SIWZ) w punktach 12 – 18 sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, wynikającego z umowy, jak również by sprzeciwiały się właściwości (naturze) instytucji kar umownych.

Nie wykazano także, by przedmiotowe postanowienia sprzeciwiały się ustawie czy zasadom współżycia społecznego, zaś w zakresie rzekomego naruszenia art. 5 k.c. odwołujący nie wskazał co legło u podstaw, że zarzut ten zmawiającemu postawił.

Izba wskazuje, że wszystkie kary są liczone za zwłokę, nie za opóźnienie (oprócz kary za usuwanie wad, pkt 14 załącznika do szczególnych warunków kontraktu, załącznik nr 5 do SIWZ). Zamawiający przewidział też w pkt 12 maksymalną wysokość kar umownych – 30% zatwierdzonej kwoty kontraktowej. Samo działanie zamawiającego, polegające na dążeniu do zwiększenia odpowiedzialności wykonawców za należyte wykonanie zamówienia jest działaniem uprawnionym, nie uchybiającym zasadzie swobody umów. Zamawiający w sposób precyzyjny określił w przyszłym zobowiązaniu kontraktowym zasady nakładania kar umownych, określając zarówno ich wysokość, jak i zobowiązania, których niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie prowadziło do obciążenia wykonawcy.

Jak już wcześniej zaznaczono kara umowna może stanowić nie tylko surogat odszkodowania, ale jej celem może być również zmotywowanie wykonawcy do prawidłowego wykonania zobowiązania. Powyższe wywrze skutek tylko w sytuacji, gdy przewidziana kara będzie dolegliwa dla wykonawcy. O karze rażąco wygórowanej można mówić, zdaniem Izby, w sytuacji, gdy wysokość kar przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi podstawę dla zamawiającego do wzbogacenia się. W ocenie Izby, kary zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu nie mają cech rażąco wygórowanych. Natomiast jedyną argumentacją, jaką przedstawił odwołujący na poparcie swoich twierdzeń, było wskazanie przypuszczalnych kwot, jakie będzie musiał zapłacić wykonawca, w sytuacji, gdy kary zostaną na niego nałożone. Nie wykazano przy tym nierówności stron. Zaś wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty powinien, uwzględniając ciężar nałożonych zobowiązań i wynikające stąd ryzyko, zabezpieczyć swoje interesy odpowiednio kalkulując cenę, w szczególności, kiedy zamawiający jasno określił maksymalną wysokość kar, na poziomie 30% wartości kontraktu.

Ponadto, w ocenie Izby, nie wykazano uzasadnionych podstaw, aby kary zostały „miarkowane” na tym etapie, gdyż są jak podnosił odwołujący rażąco wygórowane. Za trafnym poglądem Sądu Okręgowego w Sieradzu (wyrok z 30.05.2016 r., sygn. akt IC 115/13) wskazać należy „niewątpliwie pojęcie "rażącego wygórowania" stanowi niedookreślony zwrot wypowiedzi normatywnej, ale krąg okoliczności do sądowej interpretacji określony został przez ustawodawcę restryktywnie – gdy chodzi o karę, która będzie wygórowana i to rażąco. Należy wyjść od stwierdzenia, że użycie w art. 484 § 2 k.c. pojęć ocennych wskazując, że nie jest właściwe kierowanie się wielkościami bezwzględnymi – tu samą wysokością kary i dokonywanie oceny, która nie uwzględniałaby okoliczności konkretnego przypadku (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 października 2011r., IV CSK 659/10, LEX nr 1102547). Jak podkreśla się w doktrynie na podstawę oceny rażącego wygórowania kary nie może służyć także stosunek kary umownej do świadczenia głównego. Kryterium to jest niewłaściwe ze względu ze względu na funkcje kary, która zastępuje odszkodowanie, a nie świadczenie główne. Ponadto pomija ono funkcję represyjną i uzależnia ocenę wysokości kary umownej od jednej tylko okoliczności – wartości

świadczenia głównego.” Ponadto w wyroku z 11.10.2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie, sygn. akt I ACa 1673/15, stwierdził, iż „przy ocenie, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana nie wyklucza się uwzględnienia relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Za zasadnicze jednak kryterium tej oceny uznaje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela.”

Izba stanowisko to podziela i wskazuje, że sfomułowanie zarzutu w oparciu o wyłącznie hipotetyczne przeliczenie wartości procentowych na polski złoty i gołosłowne stwierdzenie, że zamawiający w sposób nieuzasadniony się wzbogaci kosztem wykonawcy, uniemożliwiła Izbie uwzględnienie tak postawionego zarzutu. Nadto nie wykazano, aby było uzasadnionym wprowadzenie mechanizmu anulowania kary za niedotrzymanie terminów pośrednich, przy zachowaniu terminu kluczowego. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał naruszenia prawa w tym zakresie, zaś zamawiający wyjaśnił, że brak zachowania terminu pośredniego zagraża całej inwestycji budowy toru wodnego przez Zalew Wiślany i toru wodnego przez rzekę Elbląg, a termin ten jest newralgiczny.

Skład orzekający wskazuje również, że zaakceptowanie warunków kontraktowych na obecnym etapie, czy nawet podpisanie umowy z zamawiającym, nie odbiera wykonawcy możliwości dochodzenia ewentualnych roszczeń na gruncie postępowania cywilnego, jeżeli w ocenie wykonawcy będzie dochodziło rzeczywiście do naruszenia przepisów kodeksu cywilnego w konkretnych okolicznościach faktycznych. Możliwość sądowego dochodzenia roszczeń, jeżeli w ocenie strony umowy takie powstaną, może przy tym zostać uznana za czynnik niwelujący ryzyka, na które ogólnie powoływał się odwołujący. W sporze wynikającym z realizacji umowy wykonawca może przedstawiać argumenty dotyczące m.in. sposobu wykładni oświadczeń woli, zgodnego zamiaru stron i celu umowy (art. 65 k.c.), żądania zmniejszenia kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), czego nie sposób uczynić zanim powstaną w ogóle okoliczności faktyczne przez pryzmat których można byłoby ją analizować.

Powyższe okoliczności możliwe będą do oceny w zależności od stanu faktycznego, który dopiero zaistnieje w przyszłości. W chwili obecnej natomiast nie ma żadnych podstaw, aby wysokość przewidzianych kar umownych uznać za postanowienia naruszające wskazane przez odwołującego przepisy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, aby obecne ukształtowanie praw i obowiązków w ramach stosunku umownego naruszało w jakikolwiek sposób zasadę swobody umów – kiedy konieczne jest wykazanie, iż rzekoma nieproporcjonalność narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień, czy przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego, obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju.

Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, w tym art. 5 k.c. i art. 353^1 k.c., bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów, lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych. Wszystkie twierdzenia podnoszone przez odwołującego okazały się zatem bezzasadne, zmierzające do narzucenia zamawiającemu za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej subiektywnie bardziej korzystnych z perspektywy potencjalnego wykonawcy warunków, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w prerogatywach Izby, jak i przepisach p.z.p., w szczególności na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. Rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawców, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła zarzut nr 13 lit. a – i oraz lit. k – s, jako nie posiadający uzasadnionych podstaw. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 5 k.c., art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 p.z.p. (zarzut 14).

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ – opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wagi każdego z kryteriów i sposobu oceny ofert – za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta zawierająca najkorzystniejszy bilans punktów w kryteriach: 1) cena ofertowa – C, o wartości 60%, 2) skrócenie terminu realizacji – TS, o wartości 20%, 3) okres gwarancji jakości – G, o wartości 20%.

Odwołujący podnosił, iż dla uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryterium skrócenie terminu realizacji, należy skrócić ten termin o 6 miesięcy, co zmusza wykonawców do zaoferowania w tym zakresie maksymalnego skrócenia (zaoferowanie bowiem mniej korzystnego skrócenia, może oznaczać, że wykonawca z droższą ceną, będzie finalnie korzystniejszy). Zaznaczono też, że termin realizacji zamówienia 36 miesięcy jest nierealny, a zatem skracanie tego okresu jeszcze o kolejne 6 miesięcy, stanowi okoliczność, która może zniechęcić wykonawców do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Aby wyłożyć sens tego przepisu, należy odwołać się do podstawowych cech, jakie muszą spełniać kryteria – muszą być one związane z przedmiotem zamówienia (art. 91 ust. 2c p.z.p.), jednoznaczne i zrozumiałe (art. 91 ust. 2d p.z.p.), muszą mieć charakter przedmiotowy, nie zaś podmiotowy (art. 91 ust. 3 p.z.p.) – por. opinia UZP „Kryteria oceny ofert a warunki udziału w postępowaniu w kontekście wymagania przez zamawiającego od wykonawców określonego doświadczenia" oraz zapewniać zgodność oceny z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Z powyższych cech wyprowadzić należy bodaj najważniejszą, logicznie z nich wypływającą – obiektywizm. Kryteria bowiem muszą służyć ocenie dokonywanej wedle ustalonego, zakomunikowanego uczestnikom postępowania wzorca i zapewniać obiektywny miernik analizowanej cechy oferowanego przedmiotu i w ocenie Izby kryterium skrócenia terminu realizacji zamówienia te cechy spełnia, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Rozpoznawany zarzut oparty został na założeniu, że ze względu na wagę kryterium jest wysoce prawdopodobne wskazanie przez wszystkich wykonawców terminu, który spowoduje przyznanie ich ofertom maksymalnej liczby punktów w tym kryterium. Sformułowane przypuszczenie nie mogło jednak stanowić podstawy uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Trzeba mieć bowiem na względzie, że z tych samych powodów (waga kryterium) możliwa jest także sytuacja, w której wykonawca zrezygnuje z możliwych do zdobycia punktów w tym kryterium, wyrównując tą stratę odpowiednim

obniżeniem ceny. Natomiast nie wykazano, aby kryterium skrócenia terminu naruszało art. 7 ust. 1 p.z.p. czy art. 29 ust. 2 p.z.p. Przypuszczenia odwołującego, bez chociażby ich uprawdopodobnienia nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że potwierdził się w części zarzut wyznaczenia przez zamawiającego nieprawidłowego terminu realizacji zamówienia, co spowodowało nakazanie zamawiającemu jego wydłużenie z 36 do 40 miesięcy.

W konsekwencji powyższego zarzut wskazany w pkt 14 *petitum* odwołania został przez skład orzekający oddalony.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, dowody przedłożone przez przystępującego „Energopol–Szczecin" S.A. w Szczecinie, co zostało poparte przez odwołującego, w postaci zaproszenia do składania ofert z 11.12.2018 r., zmiany treści SIWZ z 16.03.2018 r. Urzędu Morskiego w Szczecinie i wyciągu z SIWZ sprawy ZP350/II/01/13 Urzędu Morskieg w Słupsku są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia i ustalenia na ich podstawie faktów, które są istotne dla postanowień dokumentacji postępowania rozpoznawanego odwołaniem.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy sformułował treść dokumentacji postępowania, co mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez uniemożliwienie złożenia ofert wykonawcom zdolnym do realizacji zamówienia.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

……...

Członkowie:

……

……