Sygn. akt: KIO 2117/22

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Patax A. S., Warszawa,
w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Administracji Skarbowej w Lublinie,
przy udziale wykonawcy Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Patax A. S., Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2117/22

UZASADNIENIE

W dniu 12 sierpnia 2022 r. do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. S. ul. Komputerowa 7A lok. 60, 02-676 Warszawa prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Patax A. S. ul. Komputerowa 7A lok. 60, 02-676 Warszawa (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Izbie Administracji Skarbowej w Lublinie (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 PZP art. 16 pkt 1 PZP i art. 353^1 ustawy z dnia 23.04.1964 r. Kodeks

(„KC") w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp — poprzez ustalenie terminu realizacji przedmiotu

zamówienia wyznaczonego na dzień 27.12.2022 r. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań I okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji określonego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, w tym terminów czynności administracyjnych, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia i niemożliwych do pominięcia, skutkując określeniem terminu zbyt krótkiego, naruszając zasady uczciwej konkurencji i zasady swobody umów, faktycznie uniemożliwiając realizację wymaganego zakresu przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie;

2) art. 99 ust. 4 PZP i art. 16 pkt 1 Pzp — poprzez dokonanie opisu przedmiotu

zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć istotny wpływ na przygotowanie oferty, na skutek nieuwzględnienia w SWZ możliwości przeprowadzenia przez wykonawców wizji lokalnej w miejscu wykonania zamówienia, podczas gdy przedmiot zamówienia obejmuje m.in. wykonanie prac demontażowych istniejącego urządzenia RTG, a tym samym wymaga znajomości obecnych warunków technicznych występujących w miejscu wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez uprzywilejowanie wykonawcy, który wykonywał historyczne zamówienie obejmujące dostawę i montaż obecnego urządzenia RTG, którego zastąpienie nowym jest przedmiotem aktualnego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ poprzez zmianę terminu realizacji zamówienia w taki sposób, aby wykonawca był zobowiązany wykonać umowę w terminie nie krótszym niż do 30.06.2023 r.,

nakazanie Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert do 1.09.2022 r., nakazanie

Zamawiającemu uzupełnienie zapisów SWZ o przyznanie wykonawcom możliwości odbycia wizji lokalnej w miejscu realizacji zamówienia wyznaczenie terminu na wykonanie te] czynności przypadającego przed terminem składania ofert, unieważnienie wszelkich czynności zamawiającego wynikłych z otwarcia ofert złożonych w postępowaniu i dokonania ich oceny, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, a przed wydaniem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych.

obecnie przez Zamawiającego

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 3.08.2022 r. Zamawiający ogłosił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych o wartości szacunkowej zamówienia przekraczającej kwoty określone w obwieszczeniu wydanym na podstawie art. 3 ust. 2 Pzp pn. „Modernizacja istniejącego stacjonarnego urządzenia RTG Nuctech FR6010 do prześwietlania wagonów kolejowych zlokalizowanego na kolejowym przejściu granicznym w Hrubieszowie wraz z rozbudową infrastruktury towarzyszącej", numer postępowania 0601-112.260.14.2022 („Postępowanie"). Przedmiotem zamówienia jest, w szczególności zakup i dostawa nowego urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych, jego instalacja, przebudowa i budowa infrastruktury towarzyszącej, uzyskanie w imieniu na rzecz Zamawiającego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie urządzenia RTG.

Zgodnie z Rozdziałem I Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU"), objętego Załącznikiem nr 6 do SWZ, zakres prac wchodzących w przedmiot zamówienia zawiera m.in.:

• opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie wszystkich branż wraz z wymaganym pozwoleniami uzgodnieniami,

• uzgodnienie dokumentacji projektowej z Zamawiającym,

• uzyskanie na podstawie uzgodnionej dokumentacji projektowej decyzji pozwolenie na budowę,

• wykonanie na podstawie zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej pozwolenia na budowę robót budowlanych związanych z rozbudową obiektów budowlanych infrastruktury w zakresie umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie; przy czym roboty obejmują również teren pasa kolejowego co wymaga uzgodnienia ze spółkami PKP, Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,

• demontaż istniejącego urządzenia RTG, dostawa i montaż nowego urządzenia RTG o mocy 6/9 MeV, instalacja, uruchomienie, testy, szkolenie z obsługi,

• uzyskanie dla Zamawiającego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie urządzenia RTG,

• przeprowadzenie szkoleń z obsługi urządzenia RTG.

W rozdziale VII SWZ Zamawiający określił termin realizacji zamówienia do 27.12.2022 r.

Zdaniem Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wyznaczenie ww. terminu jego realizacji, narusza przepisy ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego, ponieważ termin ten jest nierealny i nieadekwatny wobec zakresu przedmiotu zamówienia i jego specyfiki. Zgodnie z Ogłoszeniem o Postępowaniu otwarcie ofert ma nastąpić w dniu 16.08.2022 r. przy czym w dniu 11.08.2022 r. Zamawiający zasygnalizował zamiar przesunięcia terminu składania ofert. Zamawiający przyjął procedurę odwróconej kolejności oceny ofert, skutkiem czego przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Postępowanie prowadzone jest w reżimie zamówień publicznych, na podstawie przepisów ustawy Pzp, z której wynikają terminy na dokonanie poszczególnych czynności, w tym prawa wykonawców do wnoszenia odwołań na poszczególne czynności zamawiającego. W praktyce zakładać należy zatem, że czynność Zamawiającego w zakresie wyboru oferty może być przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej („KIO'), co odsunie termin zawarcia umowy o minimum 14 dni.

W ocenie Odwołującego, w świetle powyższego, Umowa zostałaby podpisana najwcześniej na początku września 2022 r., a w przypadku wszczęcia procedury odwoławczej przed KIO, najwcześniej w połowie września 2022 r., gdyby termin składania ofert został utrzymany na dzień 16.08.2022 r. Prowadzi to, zdaniem Odwołującego, do następujących konkluzji:

• w przypadku podpisania umowy z dniem 1.09.2022 r. zakładany przez SWZ okres realizacji zamówienia wyniesie 118 dni;

• w przypadku podpisania umowy z dniem 15.09.2022 r. zakładany przez SWZ okres realizacji zamówienia wyniesie 103 dni.

Zapowiadana przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania z 11.08.2022 r. zmiana terminu składania Ofert odpowiednio skróci terminy. Powyższy okres realizacji zamówienia jest nierealny i nieadekwatny wobec rozmiaru przedmiotu zamówienia i jego specyfiki, nawet przy założeniu najkrótszych z możliwych terminów na zakończenie Postępowania.

Odwołujący wskazał, że z przedstawionego powyżej, wymaganego przez Zamawiającego, zakresu prac wynika, że do przygotowania i wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne są m.in. czynności administracyjne, których terminy są uregulowane ustawowo i na które wykonawcy nie małą wpływu.

Odwołujący wskazał, że należy przy tym na uwadze, że terminy ustawowe dla organów administracyjnych są terminami instrukcyjnymi, a praktyka i doświadczenie życiowe

wskazują, że prawdopodobieństwo ich dotrzymania jest nikłe. Terminy niezbędnych w przedmiotowym Postępowaniu czynności administracyjnych przedstawiają się następująco:

- uzyskanie pozwolenia na budowę - 30 dni od daty złożenia wniosku; dodatkowe 14 dni na uostatecznienie się decyzji, przy czym organ administracji przed stwierdzeniem ostateczności decyzji standardowo oczekuje dodatkowe 7 dni na tzw. obrót pocztowy — łącznie nie krócej niż 50 dni (w praktyce ponad 80 dni);

- uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektów po zrealizowaniu budowy — niezależnie od tego, czy wymagane będzie pozwolenie na użytkowanie, czy zgłoszenie zakończenia robót — minimum 30 dni od zakończenia robót, wykonanie badań dozymetrycznych urządzenia RTG po Jego uruchomieniu i uzyskanie dla Zamawiającego decyzji Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie urządzenia — minimum 30 dni (w praktyce 60 dni).

W ocenie Odwołującego łącznie na przeprowadzenie samych formalności administracyjnych związanych z uzyskaniem decyzji niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia

potrzeba co najmniej 110 dni (przy idealistycznym, ale w praktyce nierealnym scenariuszu).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że poza czynnościami administracyjnymi, należy uwzględnić także Inne konieczne czynności objęte przedmiotem zamówieniem:

- etap projektowania i uzgadniania dokumentacji projektowej z Zamawiającym to minimum kilka tygodni;

- etap uzgodnień ze spółkami PKP i wykonania robót budowlanych to minimum kilkanaście tygodni (doświadczenie życiowe wskazuje, że prawdopodobny okres to kilka miesięcy);

- dodatkowo zamówienie obejmuje szkolenia na uruchomionym już urządzeniu.

Zamawiający w dniu 11.08.2022 r. w SWZ przewidział potencjalną sytuację realizowania zamówienia w sposób niewymagający uzyskania pozwolenia na budowę, ale zakres prac objętych zamówieniem wymuszonych zmianą mocy akceleratora nowego urządzenia RTG w stosunku do dotychczasowego, obejmujący m.in. pogrubienie ścian żelbetowych wierzy detektorów i budynku akceleratora implikują konieczność uzyskania pozwolenia na budowę lub co najmniej zgłoszenia robót budowlanych, co odsuwa możliwość przystąpienia do robót o co najmniej 30 dni.

W ocenie Odwołującego, zestawienie powyższych dat i terminów nie pozostawia wątpliwości, że termin realizacji zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, wyznaczony na 27.12.2022 r. jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania — pozostaje niewystarczający. Już na same czynności administracyjne. Realny termin musi zakładać dodatkowo projektowanie, uzgodnienia z Zamawiającym i spółkami PKP, roboty budowlane, budowę lub konfigurację, instalację i uruchomienie urządzenia RTG, testy, szkolenia. Zamawiający winien wziąć pod uwagę dodatkowo utrudnioną dostępność części oraz utrudnione lub przerwane łańcuchy dostaw spowodowane skutkami pandemii Covid-19 i wojny w Ukrainie.

W ocenie Odwołującego, z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, termin w jakim możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia nie może być krótszy niż do 30.06.2023 r. Dla oceny niniejszej sprawy istotnym jest również, że Zamawiający ustalił we wzorze umowy postanowienia zastrzegające kary umowne od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego za zwłokę w wykonaniu poszczególnych części umowy (§11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy), m.in.:

- w wysokości 2.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki wykonania prac projektowych związanych z wykonaniem/opracowaniem dokumentacji projektowej w części dotyczącej projektu budowlanego (termin do 30.09.2022 r.);

- w wysokości 2.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień zwłoki wykonania prac projektowych związanych z wykonaniem/opracowaniem dokumentacji projektowej w

części dotyczącej projektów wykonawczych, przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich robót budowlanych (termin do 20.12.2022 r.);

• w wysokości 0,05% wynagrodzenia Wykonawcy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki wykonania przedmiotu umowy (termin do 27.12.2022 r.).

Ponadto, zgodnie z treścią wzoru umowy, niedotrzymanie terminu wykonania umowy stanowi podstawę wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę (§12 ust. 1 pkt 1 lit. c) wzoru umowy). Zamawiającemu zastrzeżono możliwość żądania kary umownej w przypadku wypowiedzenia umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca w wysokości 5% wynagrodzenia należnego

Wykonawcy (§11 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy).

W ocenie Odwołującego mając na uwadze okoliczności przedstawione w niniejszym odwołaniu, Postępowanie pozbawione jest zapewnienia konkurencyjności ofert. Natomiast zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad obowiązujących na rynku

europejskim. Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia

postępowania w sposób gwarantujący w szczególności zachowanie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wszczynając postępowanie ma obowiązek dokonać opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby nie doprowadzić do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu, że tylko Jeden (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Opis może eliminacją wykonawców, którzy Są zdolni wykonać dane zamówienie w sposób należyty (vide: wyrok KIO z 7.04.2016 r., sygn. akt KIO 443/16; wyrok KIO z 27.04.2016 r., sygn. akt KIO 582/16). Niedopuszczalne są zapisy, które nadmiernie przerzucają ryzyko związane z realizacją zamówienia na wykonawcę, np. poprzez takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które stwarza obawy, że wykonawca nie będzie w stanie terminowo i należycie wywiązać się z zawartej umowy i poniesie straty przy jej wykonywaniu. Ponadto, błędne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w SWZ zniechęca wykonawców do uczestnictwa w przetargu ubieganie się o zamówienie.

Odwołujący wskazał, że określenie w SWZ terminów realizacji zamówienie stanowi jeden z podstawowych I kluczowych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Fakt, że gospodarzem postępowania przetargowego jest Zamawiający, który dąży do zabezpieczenia swoich obiektywnych j uzasadnionych potrzeb, nie upoważnia do formułowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który de facto uniemożliwia realizację zamówienia, np. przez wskazanie nierealnego terminy jego wykonania — tak jak w niniejszej sprawie (vide: wyrok KIO z 13.11.2018 r., KIO 2177/18),

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym Postępowaniu, ustalenie zbyt krótkiego okresu realizacji zamówienia z góry wyklucza należyte i terminowe wykonanie umowy oraz stwarza konieczność uwzględnienia przy ustalaniu wynagrodzenia wskazanego w ofercie, ryzyka poniesienia kar umownych w wysokości odpowiadającej wielotygodniowej zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy. Może to w sposób zasadniczy doprowadzić do złożenia wygórowanej cenowo oferty, co narusza także zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Działanie Zamawiającego w Postępowaniu stanowi także naruszenie art. 353^1 k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego — z którymi wiąże się m.in. problematyka tzw. słuszności kontraktowej, rozumianej Jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też ciężarów oraz szans ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku (vide: wyrok KIO z 1.04.2019 r., sygn. akt KIO 479/19). W niniejszej sprawie ww. granica swobody umów została wyraźnie naruszona poprzez narzucenie przez Zamawiającego niemożliwego do zachowania terminu realizacji zamówienia, obciążając wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana, realnym ryzykiem opóźnień w wykonaniu umowy. Jak wskazano w uzasadnieniu niniejszego odwołania, termin składania ofert w Postępowaniu został ustalony do 16.08.2022 r. (tj. wykonawcy posiadają zaledwie 13 dni na przygotowanie i złożenie oferty od dnia opublikowania ogłoszenia o przetargu). Szereg podmiotów, w tym Odwołujący, wnioskowało do Zamawiającego o zmianę terminu realizacji zamówienia, argumentując, że jest on niemożliwy do dotrzymania, Zamawiający nie przedłużył terminu realizacji zamówienia. Wobec faktu, że obecna treść SWZ nie pozwala Odwołującemu na złożenie oferty w

Postępowaniu z uwagi na obiektywny brak możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego, a niniejsze odwołanie zostanie rozpoznane przez KIO po ustalonym przez Zamawiającego terminie składania ofert, w przypadku uwzględnienia odwołania uzasadnionym jest przedłużenie terminu składania ofert. W przeciwnym razie uwzględnienie odwołania byłoby dla Odwołującego bezprzedmiotowe, ponieważ pomimo zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia, Odwołujący, wobec upływu terminu składania ofert, nie mógłby złożyć swojej oferty w Postępowaniu. Powyższe odpowiada przepisom Pzp, zgodnie z którymi w przypadku istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści SWZ, Zamawiający przedłuża odpowiednio termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty (art. 90 ust. 2 w zw. z art. 137 ust. 6 Pzp).

Odwołujący wskazał, że w związku z tym, że przedmiot zamówienia obejmuje demontaż istniejącego stacjonarnego urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych i przebudowę obiektów budowlanych, rzetelne przygotowanie oferty wymaga umożliwienia wykonawcom odbycia wizji lokalnej w miejscu wykonania zamówienia przed terminem składania ofert, celem zapewnienia uwzględnienia przez wykonawców w ofercie wszelkich rzeczywistych warunków technicznych. Pominięcie ww. możliwości w SWZ także stanowi o nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, ponieważ wbrew zasadom uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, prowadzi do wyraźnego uprzywilejowania wykonawcy, który wykonywał zamówienie obejmujące dostawę i montaż obecnego urządzenia RTG, którego wymiana na nowe jest przedmiotem niniejszego zamówienia.

Zasada uczciwej konkurencji oznacza zakaz ograniczania konkurencji poprzez zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia wykonania zamówienia przez podmiot wiarygodny i zdolny do należytej realizacji zamówienia. Zasada równego traktowania, płynąca z tego samego przepisu oznacza Jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Należy bowiem wobec wykonawców, znajdujących się w podobnej sytuacji stosować wymogi według jednej miary (tak: M. Jaworska [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Legalls).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający natomiast nie zachowuje zasad uczciwej konkurencji

— a także w sposób nierówny, dyskryminujący traktuje wykonawców — w tym Odwołującego

— którzy nie uczestniczyli w dostawle I montażu urządzenia RTG istniejącego obecnie w miejscu wykonania zamówienia, Z oczywistych względów wykonawca, który wykonywał dostawę i montaż Istniejącego urządzenia RTG posiada z góry korzystniejsze warunki do rzetelnego przygotowania oferty w Postępowaniu. Przyznanie wszystkim zainteresowanym wykonawcom możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej pozwoli im złożyć konkurencyjną ofertę.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja istniejącego stacjonarnego urządzenia RTG Nuctech FR6010 do prześwietlania wagonów kolejowych zlokalizowanego na kolejowym przejściu granicznym w Hrubieszowie wraz z rozbudową infrastruktury towarzyszącej”, numer postępowania 0601-112.260.14.2022 („Postępowanie”).

Zgodnie z Rozdziałem I Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU"), Załącznik nr 6 do SWZ, zakres prac wchodzących w przedmiot zamówienia zawiera m.in.:

> • Dostawa nowego urządzenia RTG, wymagana 9/6 Me V, wymagany rok produkcji 2022 do prześwietlania wszystkich typów/rodzajów wagonów kolejowych oraz kontenerów wraz z niezbędnym oprogramowaniem i licencjami na zainstalowane programy komputerowe oraz zezwoleniem Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie/użytkowanie przez Zamawiającego ww. urządzenia RTG; montaż i instalacja urządzenia RTG (w miejscu urządzenia s-RTG przeznaczonego do demontażu) wraz z przebudową i budową niezbędnej infrastruktury;

• demontaż urządzenia s-RTG wraz z istniejącą infrastrukturą oraz jej przebudowa w niezbędnym zakresie a także przetransportowanie i złożenie w szczególności: urządzenia s-RTG, agregatu prądotwórczego, kontenera technicznego wraz z jego

wyposażeniem, itp. - w miejsce wskazane przez Zamawiającego;

- wykonanie/opracowanie:
- projektu budowlanego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę,
- projektów wykonawczych,
- przedmiarów robót,
- kosztorysów inwestorskich robót budowlanych
- pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie: przebudowy/budowy infrastruktury towarzyszącej, montażu i instalacji urządzenia RTG oraz demontażu urządzenia s-

RTG;

- przebudowę/budowę/demontaż infrastruktury towarzyszącej w zakresie dotyczącym odpowiednio urządzenia RTG oraz urządzenia s-RTG;
- dostawę wymaganego wyposażenia budynku/budynków w zakresie określonym w

Programie F-U (załączniku nr 1 do umowy);

- uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie/użytkowanie przez Zamawiającego urządzenia RTG, na podstawie uprzednio sporządzonego wniosku przez Wykonawcę i niezbędnej dokumentacji do uzyskania ww. zezwolenia;
- uruchomienie urządzenia RTG oraz wykonanie w obecności przedstawicieli zamawiającego wszystkich wymaganych testów oraz pomiarów wraz z udokumentowaniem wyników;
- przeprowadzenie w języku polskim szkoleń pracowników Zamawiającego;

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział następujący harmonogram prac:

Wykonanie przedmiotu umowy nastąpi w terminie nie dłuższym niż do dnia 27 grudnia 2022 r., z zastrzeżeniem, że:

1) prace projektowe związane z wykonaniem/opracowaniem dokumentacji projektowej w części dotyczącej:

a) projektu budowlanego w zakresie, o którym mowa w

szczególności w Programie F-U (załączniku nr 1 do umowy), stanowiącego podstawę do uzyskania pozwolenia na budowę - wykonane zostaną w terminie do dnia 30 września 2022 r.

b) projektów wykonawczych, przedmiarów robót,

kosztorysów inwestorskich robót budowlanych w zakresie, o którym mowa w

szczególności w Programie F-U (załączniku nr 1 do umowy) - wykonane zostaną w terminie do dnia 20 października 2022 r..

2) zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie/użytkowanie przez Zamawiającego urządzenia RTG, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1) umowy, Wykonawca uzyska w imieniu i na rzecz Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Prawo atomowe - w terminie do dnia 27 grudnia 2022 r.

Wykonawca uprzedzi pisemnie o każdym zagrożeniu wykonania przedmiotu umowy, spowodowanym niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków przez

Zamawiającego, o których mowa w § 5 umowy. W przypadku niewykonania powyższego obowiązku Wykonawca traci prawo do podniesienia powyższego zarzutu po upływie terminu do wykonania przedmiotu umowy.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Z kolei art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp z w. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Istotą przywołanych regulacji jest uniemożliwienie zamawiającemu dokonywania takiego opisu swoich wymagań i warunków realizacji zamówienia, który prowadziłby to sztucznego zawężenia konkurencji poprzez faworyzowanie konkretnego wykonawcy czy też konkretnego produktu. Izba wskazuje, że podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych przez podmioty publiczne jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przypomnieć również należy, że podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone wustawy Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, z uwzględnieniem specyfiki uwarunkowań poszczególnych wykonawców. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest spełniony wtedy, gdy zamawiający umożliwia udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Rynek zamówień publicznych nie służy realizacji potrzeb wykonawców dążących do sprzedaży swych usług czy dostaw, ale do realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiających czyli potrzeb publicznych, w warunkach i na zasadach, które te potrzeby najpełniej realizują. Izba wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie, że każde z wymagań zamawiającego w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Pogląd ten ukształtowany został w orzecznictwie Izby na gruncie art. 29 ust. 1 i 2 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie i zachowuje aktualność pod rządamiustawy Pzp (vide przykładowo wyroki w sprawach sygn. akt KIO 802/20,
.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że Odwołujący upatruje naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 w określeniu przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu na realizację zamówienia. Odwołujący nie wykazał jednakże, zdaniem Izby, iż w analizowanym stanie faktycznym termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego prowadzi do nieuzasadnionego ogranicza konkurencji lub nierównego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby, Odwołujący co najwyżej wykazał swoją subiektywne uwarunkowania i ewentualne trudności w realizacji zamówienia w terminie wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu. To jednak nie uzasadnia wnioskowanej zmiany terminu realizacji zamówienia. Odwołujący dąży do uwzględnienia w harmonogramie realizacji zamówienia maksymalnych terminów na uzyskanie wymaganych decyzji/pozwoleń administracyjnych. Przy czym Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do specyfiki postępowania i nie uzasadnienia konieczności uwzględniania takich maksymalnych terminów. Izba w tym zakresie przychyla się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia ze skomplikowaną inwestycją budowlaną. Zamawiający zatem zasadnie przyjął w harmonogramie, że w sytuacji prawidłowego złożenia przez wykonawcę kompletnej dokumentacji wymaganej do uzyskania decyzji/zezwolenia, terminy na ich uzyskanie mogą być krótsze niż te maksymalne określone przepisami prawa. Zamawiający w tym zakresie wskazał następujące terminy w harmonogramie:

• etap projektowania (od zawarcia umowy do opracowania uzgodnionego z zamawiającym i innymi podmiotami projektu budowlanego) - maksymalnie 30 dni; w tym zakresie, Odwołujący nie wykazał żadnych obiektywnych okoliczności przeciwnych, które mogłaby uzasadniać niemożliwość wykonania takich prac w okresie czasowym przyjętym przez Zamawiającego;

• etap uzyskiwania pozwolenia na budowę (od złożenia wniosku do wydania decyzji) - 15 dni (jeżeli zajdzie taka konieczność);

• etap potwierdzenia ostateczności decyzji - maksymalnie 14 dni; można uzyskać oświadczenie stron o niepodważaniu decyzji.

Ponadto Zamawiający wskazał, że część graficzna Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zawiera gotowe rozwiązania projektowe (uzgodnione ze służbami PKP, Strażą Graniczną, Lubelskim Zarządem Obsługi Przejść Granicznych), które wykonawca wykorzysta przy opracowywaniu dokumentacji projektowej, co w ocenie Zamawiającego spowoduje skrócenie etapu projektowania nawet do 14 dni. Przystępujący z kolei złożył w poczet materiału dowodowego decyzję dotyczące uzyskania/zatwierdzenia projektu i uzyskania pozwolenia na budowę potwierdzające, że termin na uzyskanie takiego pozwolenia wynoszą średnio od 13 do 16 dni, co potwierdza zasadność terminów przyjętych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do termin na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektów po zrealizowaniu budowy, to Izba wskazuje, że Zamawiający nie wymaga od wykonawcy uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektów bądź zgłoszenia zakończenia robót i w tym przypadku uzyskania zaświadczenia lub informacji o braku sprzeciwu dotyczącego użytkowania obiektów. To czynność Zamawiającego po zakończeniu i odbiorze inwestycji. Zgodnie z zapisem na stronie 3 Programu Funkcjonalno - Użytkowego, Wykonawca ma obowiązek wykonania robót budowlanych związanych z rozbudową obiektów budowlanych i infrastruktury w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego, pozwolenia na użytkowanie obiektów oraz użytkowanie tych obiektów zgodnie z ich przeznaczeniem. Przy zgłoszeniu do odbioru tych robót, wykonawca ma obowiązek przygotowania wszelkich dokumentów takich jak inwentaryzacja geodezyjna, protokoły badań i sprawdzeń, itp., niezbędnych do zgłoszenia zakończenia budowy.

Izba uznała, że ze względu na specyfikę zamówienia i konieczność zachowania kontynuacji pracy urządzenia stosowanego przez Zamawiającego, przyjęcie w/w terminów jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał niemożliwości ich dochowania, przy założeniu poprawności wykonania nałożonych na niego obowiązków związanych z przygotowaniem niezbędnej dokumentacji. Przy odpowiednim zaangażowaniu kadrowym oraz wiedzy i doświadczeniu w zakresie realizacji podobnych zamówień, przyjęty przez Zamawiającego harmonogram jest w ocenie Izby możliwy do zrealizowania.

Odnosząc się zaś do ryzyka naliczenia kar umownych, Izba wskazuje, że Zamawiający zgodnie z §11 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy przewiduje naliczanie kar umownych za każdy dzień zwłoki wykonawcy. W świetlekodeksu cywilnego zwłoka stanowi kwalifikowane opóźnienie, przy czym elementem pozwalającym uznać w danym przypadku opóźnienie za zwłokę jest to, że opóźnienie jest skutkiem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Nie sposób uznać, iż w przypadku prawidłowego złożenia przez wykonawcę wniosku o wydanie niezbędnych pozwoleń czy zgód i braku wydania decyzji przez organ w wymaganym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający byłby uprawniony do ewentualnego naliczenia kar umownych za zwłokę.

Izba podkreśla, że nie stanowi wystraczającego uzasadnienia zarzutu zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia ogólna argumentacja Odwołującego, iż etap projektowania i uzgadniania dokumentacji do minimum kilka tygodni. Odwołujący powołuje się w tym

zakresie na bliżej niesprecyzowane doświadczenie życiowe. Zamawiający wskazał, że szereg procesów może być prowadzonych równolegle, zaś Odwołujący okoliczności przeciwnych nie przedstawił. Odwołujący również w żaden sposób nie wykazał, że określone urządzenia konieczne do wykonania zamówienia nie mogą być nabyte przez wykonawcę tak, aby wykonać zamówienie w terminie określonym przez Zamawiającego. Odwołujący podczas rozprawy powołał się na utrudnienia w dostawach, jednak żadnych dowodów na wykazanie takich okoliczności nie przedstawił od dostawców konkretnych urządzeń. Złożony

przez Odwołującego do akt sprawy harmonogram z innego postępowania nie stanowi potwierdzenia zasadności zarzutu. Nie wiadomo w jakim postępowaniu ten harmonogram został złożony, czy został ostatecznie zaakceptowany przez Zamawiającego i wykonany. Izba nie ma wiedzy dotyczącej uwarunkowań Zamawiającego z postępowania, w którym taki harmonogram został złożony.

Należy zaznaczyć, że termin realizacji zamówienia dotyczy konkretnego Zamawiającego, znajdującego się w konkretnych uwarunkowaniach. Nie jest zadaniem Zamawiającego dostosowanie warunków, terminu realizacji zamówienia do indywidulanych potrzeb wykonawcy. To wykonawca ma obowiązek zorganizować sposób realizacji zamówienia, tak aby dochować terminów ustalonych przez Zamawiającego. Te zaś, zdaniem Izby, nie są niemożliwe do zachowania. Ryzyko niedochowania terminu na uzyskania określonych decyzji, uzgodnień istnieje niemal w każdej inwestycji. W analizowanym stanie faktycznym, to ryzyko zostało w sposób proporcjonalny podzielne pomiędzy wykonawcę i Zamawiającego. Zamawiający wymaga pełnego zaangażowania w realizację zamówienia, aby zapewnić sobie ciągłość pracy urządzenia, zaś wykonawcy ponosi ryzyko zapłaty kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania swoich zobowiązań wyłącznie w sytuacji zakwalifikowania takiego uchybienia jako zwłoki. Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia art. 3531 kodeksu cywilnego.

Ponadto Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób potencjalnego kręgu wykluczonych wykonawców. Z przedstawionego stanowiska wynika wyłącznie, iż to Odwołujący przewiduje określone trudności w dochowaniu terminów, oceniając swoje indywidualne uwarunkowania. To jednak zdaniem Izby nie stanowi samodzielnej przesłanki do stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego braku umożliwienia wykonawcom odbycia wizji lokalnej, Izba nie stwierdziła w tym zakresie naruszenia przez Zamawiającego żadnego przepisu ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający nie odmówił Odwołującemu przeprowadzenia wizji lokalnej w miejscu wykonania zamówienia, gdyż Odwołujący nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o dokonanie takiej czynności. Co więcej w odpowiedzi na pytanie zadane przez Odwołującego w dniu 10.08.2022 r. Zamawiający odpowiedział w dniu 12.08.2022 r. (pismo 0601-ILZ.260.14.2022.16), że umożliwia przeprowadzenie wizji lokalnej na wniosek wykonawcy. Ponadto Odwołujący nie zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o przeprowadzenie wizji lokalnej w miejscu wykonania zamówienia. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1

.

Przewodniczący: .....