

Sygn.akt KIO: 3046/24;3056/24

Sygn.akt KIO 3046/24

Sygn. akt KIO 3056/24

WYROK

Warszawa dnia 23 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 16 września 2024r. w sprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2024 r. przez odwołujących:

1.Instal Warszawa S.A. ul. Kosmatki 82, 03-982 Warszawa (KIO 3046/24),

2.Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 3056/24),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo

Wodociągów i Kanalizacji S.A. ul. Na Grobli 19, 50-421Wrocław z udziałem przystępującego: Terlan sp. z o.o. ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań (KIO 3046/24 KIO 3056/24) po stronie odwołujących

orzeka:

1. oddala odwołania i umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uznanych przez zamawiającego
2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: 2.1.Instal Warszawa S.A. ul. Kosmatki 82, 03982 Warszawa (KIO 3046/24), 2.2.Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 3056/24), i:
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących: 1.Instal Warszawa S.A. ul. Kosmatki 82, 03-982 Warszawa (KIO 3046/24), 2. Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka
- 9, 01-204 Warszawa (KIO 3056/24), przez każdego z odwołujących w kwocie po 20.000,00zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisów od odwołania
4. zasądza od odwołujących: 1.Instal Warszawa S.A. ul. Kosmatki 82, 03-982 Warszawa (KIO 3046/24), 2.Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 3056/24) kwotę 7.200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), od każdego z odwołujących po 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. ul. Na Grobli 19, 50-421Wrocław, kwotę stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

uzasadnienie

Złożone odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 2", znak sprawy nadany wewnętrznie przez zamawiającego: PN/0123/B/2024/1, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; Numer publikacji ogłoszenia: 485842-2024; Numer wydania Dz.U. S: 157/2024; Data publikacji: 13/08/2024.

Odwołanie z dnia 23 sierpnia 2024 r. Instal Warszawa S.A. z s. w W-wie Sygn.akt KIO 3046/24

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa (w załączeniu), niniejszym na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: "ustawa Pzp") składam odwołanie od:

1. czynności opisu w pkt 8.5.2 ust. 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) warunku udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji,

równego traktowania wykonawców;

2. czynności opisu w pkt 8.5.3 ust. 5) (Kierownik robót elektrycznych) SWZ warunku udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.2 ust. 1) SWZ warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;

2. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.3 ust. 5) (Kierownik robót elektrycznych) SWZ warunku

udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej dysponowania osobami kierowanymi do wykonania zamówienia przez wykonawcę w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie

niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie

Zamawiającemu:

1) zmianę treści pkt. 8.5.2 ust. 1 SWZ przez zastąpienie treści „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ ” treścią „o przepustowości

średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/tub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ ” oraz dodanie wyjaśnienia o następującej treści: „Zgodnie z § 2 pkt 1)

rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 Lipca 2017 r. - Prawo wodne”;

2) zmianę treści 8.5.2 ust. 1 SWZ przez zastąpienie w pkt b) sformułowania „urządzenia” na „urządzeń systemu”.

tj. nadanie mu treści:

8. 5.2 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

1) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 205\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/tub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ zakończone pozytywnym rozruchem

mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,

b) dostawę i montaż urządzeń systemu napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej

$Q_{\text{Pow}}=6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2000\text{ m}^3/\text{h}$,

c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$

Ww. zakres określony w pkt. a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów. [...]

*Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne”.

3) Zmianę treści pkt. 8.5.3 ust. 5) SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót - elektrycznych lub kierownika budowy przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”

ewentualnie na następującą treść:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”

Wniosek o zasądzenie kosztów: Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp: Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest wykonawcą, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia i zaoferować jego wykonanie na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp Odwołujący nie może zaoferować w Postępowaniu realizacji zamówienia z uwagi na to, że Odwołujący nie spełnia wadliwie i w sposób nieproporcjonalny określonych warunków udziału w

postępowaniu, pomimo tego, że jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Tym samym, wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty. W konsekwencji, Odwołujący poniesie szkodę odpowiadającą stratą w postaci nieuzyskanych przychodów z realizacji zamówienia, które mógłby uzyskać, gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje nadto, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania oraz opis sposobu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp należy czytać łącznie z treścią uzasadnienia niniejszego odwołania, które obrazują okoliczności faktyczne i prawne naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący wskazuje także, że interes Odwołującego we wniesieniu odwołania należy rozpatrywać również jako dążenie do zapewnienia zgodności postępowania Zamawiającego z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że w kontekście interesu prawnego na etapie przed składaniem ofert, w szczególności w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, ocena interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody ogranicza się właściwie do badania zainteresowania danego podmiotu udziału w postępowaniu. Wymaga wskazania, że wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości zaoferowania w postępowaniu wykonania zamówienia. Nie ulega wątpliwości zatem, że Odwołujący posiada i wykazał - także w świetle treści uzasadnienia odwołania - legitymację do wniesienia niniejszego odwołania.

Termin na wniesienie odwołania: Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ zostały opublikowane w dniu 13 sierpnia 2024 r. W świetle powyższego termin na złożenie odwołania upływa w dniu 23 sierpnia 2024 r., a więc należy uznać, że Odwołujący dochował 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania.

Dowód 1: Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 13 sierpnia 2024 r. - w załączeniu

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 2 w zakresie:

Części nr 1 - układu technologicznego oczyszczania ścieków (bloków biologicznych i stacji dmuchania)

Części nr 2 - osadników wtórnych z komorami ścieków i osadów oraz pompowni osadów

Części nr 3 - instalacji defosfatacji Części nr 4 - laguny osadowej

Dowód 2: Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach Postępowania)

2. Zamawiający określił w pkt 17.1 SWZ, iż nie dopuszcza składania ofert częściowych i

oczekuje podania ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

4. Zgodnie z pkt 8.5.2 ust. 1) oraz 8.5.3 ust. 5) SWZ Zamawiający wskazał następujące

warunki udziału w postępowaniu (dalej „Warunek Udziału”):

8.5. Zamawiający uzna za spełnione warunki, o których mowa w pkt 8.1, jeżeli Wykonawca:

8.5.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

1) roboty budowlane polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$, zakończone pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,
- b) dostawę i montaż urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej

$Q_{\text{Pow}} = 6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2\,000\text{ m}^3/\text{h}$,

- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,

Ww. zakres określony w pkt. a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów.

8.5.3. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie dysponowania osobami kierowanymi do wykonania zamówienia), wykaże następujące osoby, które będą skierowane do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości:

5) Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie

instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż $5\,000\,000\text{ zł}$ netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji,

5. Zdaniem Odwołującego określony w SWZ Warunek Udziału w Postępowaniu jest nadmiarowy, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

II. Uzasadnienie zarzutów

II. 1 Podstawowe zasady opisu warunków udziału w postępowaniu

6. Należy wskazać w pierwszym rzędzie, że zamawiający jako gospodarz prowadzonego przez siebie postępowania, w celu zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Wymaga to wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenia) ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Istotne jest, aby były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

7. Przepisy ustawy Pzp nie definiują warunków udziału w postępowaniu, jednak przez nie należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia. Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. 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 także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu

zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, czy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji

gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniej i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

8. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 885/22) „zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art 112 ust 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: "zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego." W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97)

Warunki udziału zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę, który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględnić specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu,

jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy

jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców, zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1922/17)).

9. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub wykonawcy, w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową, zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Co do zasady warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do cech zawodowych wykonawcy, których posiadanie jest konieczne, a zarazem wystarczające do prawidłowej realizacji zamówienia. Postawione warunki nie mogą zatem ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis stawianych warunków powinien być każdorazowo dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Opis oceny spełniania warunków powinien być sformułowany w sposób obiektywny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to podkreślane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyznaczniki zasady proporcjonalności, musi być brana pod uwagę przy stawianiu warunków udziału w postępowaniu.

10. Nadto, w stosunku do zasady adekwatności i proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wykazaniem się takim doświadczeniem, które jest tożsame z przedmiotem zamówienia. Opis warunku udziału w postępowaniu dokonywany jest odrębną instytucją od opisu przedmiotu zamówienia. Opis warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia, jednak nie musi, a nawet nie powinien z nim być tożsamy (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 595/17). Za nieproporcjonalny należałoby uznać warunek udziału w postępowaniu, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia (patrz Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 20/18). Domaganie się doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (patrz uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 76/12, KIO/KD 66/15). Określenie warunku powinno polegać na wyznaczeniu "minimalnych poziomów zdolności", a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania

się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia. W postępowaniu mają wziąć udział wykonawcy, którzy rzeczywiście są w stanie zrealizować zamówienie, a nie tylko wykonawcy w przeszłości wykonujący dokładnie takie samo zamówienie. Wykonawcy powinni mieć możliwość wykazania się doświadczeniem w zakresie czynności podobnych do tych, które są objęte zakresem danego zamówienia, a nie identycznych (tak A. Gawrońska-Baran, Komentarz, Prawo Zamówień Publicznych). Jak wskazała Izba w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2021 r. (sygn. akt KIO 834/21): "Warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto warunki udziału w postępowaniu powinny być określone z zachowaniem zasady proporcjonalności."

II.2 Postępowanie na wykonanie Etapu I

11. W kwietniu 2024 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 1" obejmujący Część 1 - budowę Instalacji Deamonifikacji oraz Część 2 - przebudowę oczyszczalni ścieków w zakresie obiektów podczyszczania wstępnego (od komory wlotowej do osadników wstępnych włącznie) wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

12. W pkt. 8.5.2 ust. 1) SWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

8.5.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia, wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

1) roboty budowlane polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q \ll F 50\,000\text{ m}^3/\text{d}$, zakończoną pozytywnym rozruchem mechanicznym i hydraulicznym, której zakres obejmował co najmniej:

a) budowę minimum dwóch obiektów o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej 3

000 m³ każdy,

b) dostawę i montaż urządzeń systemu napowietrzania ścieków oraz mieszadeł w

obiekcie o kubaturze co najmniej 3 000 m³,

c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej 2 000 m³,

d) dostawę i montaż systemu mechanicznego oczyszczania ścieków opartego o kraty o

przepływie maksymalnym nie mniejszym niż 500 l/s, przenośniki skratek oraz prasopłuczki,

e) dostawę i montaż pompy o wydajności co najmniej 1200 m³/h.

Ww. zakres określony w pkt. a) - e) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów.

Należy wskazać, że był to jeden z pięciu warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a poprzez zgodę Zamawiającego na wykazanie podpunktów a) - e) w ramach oddzielnych inwestycji należy uznać, że w tym zakresie Zamawiający postawił Wykonawcy aż 10 warunków do spełnienia. Nie licząc warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Dowód 3: Specyfikacja Warunków Zamówienia (wyciąg)(w załączeniu)

13. Ponieważ Odwołujący nie spełniał powyższego warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że wykonane przez Odwołującego roboty oraz dostawy wraz z montażem odbywały się na oczyszczalniach ścieków o mniejszej średniodobowej przepustowości wniósł on wniosek o wyjaśnienie i zmianę SWZ, w tym zakresie.

Dowód 4: wnioski o wyjaśnienie SWZ (w załączeniu)

14. Zamawiający uchylił się jednak od udzielenia odpowiedzi na pytania Odwołującego oraz nie dokonał zmiany SWZ, wskutek czego Odwołujący nie był w stanie złożyć oferty. Natomiast w postępowaniu oferty złożyło zaledwie dwóch wykonawców: Inżynieria Rzeszów S.A. oraz Control Process S.A. Inżynieria Rzeszów i Control Process S.A. z powołaniem się na zasoby podmiotów trzecich.

Dowód 5: Informacja z otwarcia ofert z dnia 5 lipca 2024 r. (w załączeniu)

Dowód 6: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (w załączeniu)

15. Tym samym Zamawiający wskutek wyśrubowania warunków udziału w postępowaniu otrzymał zaledwie 2 oferty przekraczające budżet. Świadczy to dobitnie, o rażącym ograniczeniu konkurencji przez Zamawiającego, właściwie sprowadzając postępowanie do sytuacji, w której wyłącznie jedna spółka z polskiego rynku samodzielnie spełniała określony warunek udziału w postępowaniu.

II.3. Nieproporcjonalność warunku oraz utrudnianie uczciwej konkurencji - doświadczenie wykonawcy

16. Odwołujący wskazuje, że według Warunku Udziału wykonawcy mają wykazać się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków (...) których zakres obejmował co najmniej elementy wskazane w lit. a), b) i c), zakończonych pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i

technologicznym. Zamawiający wymaga w punkcie a) - c) elementów zawierających szczegółowo określone parametry,

takie jak: konstrukcja i kubatura dla zbiornika (pkt. a), wydajność systemu napowietrzania oraz mieszadeł (pkt. b), oraz kubatury obiektu w której zostały zamontowane zgarniacze (pkt c).

17. Przy tak dokładnie określonych parametrach szczegółowych dla oceny posiadania doświadczenia we wskazanym zakresie bez znaczenia jest przepustowość oczyszczalni, ponieważ nie determinuje ona sposobu realizacji wskazanych robót. Budowa zbiornika o określonej konstrukcji i kubaturze na oczyszczalni ścieków jest przy tym, takim samym wyzwaniem konstrukcyjnym i technologicznym niezależnie od tego, jaką przepustowość ma oczyszczalnia ścieków. Wykonanie zbiornika o parametrach wskazanych przez Zamawiającego da takie samo doświadczenie, gdy wykonany zostanie na oczyszczalni ścieków o przepustowości 10 000 m³/d czy 25 000 m³/d. Dalej jest to „budowa zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej 5 000 m³”.

18. Zbiornik o konstrukcji żelbetowej na oczyszczalni ścieków to generalnie obiekt, który służy realizacji procesów technologicznych. Może to być reaktor biologiczny, w którym zachodzą procesy biologicznego oczyszczania ścieków, osadnik wstępny albo wtórny, w którym zachodzą procesy oddzielenia osadów/części stałych od ścieków, ale również zbiorniki retencyjne ścieków i/lub osadów, zbiorniki przetwarzania osadów jak zamknięte komory fermentacyjne itp. W ramach niniejszego zamówienia planowana jest budowa osadnika wtórnego. Poniżej Odwołujący prezentuje przykładowy obraz zbiorników żelbetowych o kubaturze powyżej 5000 m³, które zastosowano na oczyszczalni ścieków o przepustowości poniżej 25 000 m³/d, a spełniające wymagania Zamawiającego określone w punkcie

a) (oczyszczalnia ścieków w Chrzanowie Dużym).

Zamieszczone zdjęcie

19. Analogicznie, w zakresie lit b) Warunku Udziału Zamawiający wymaga by wykonawca wykazał się dostawą i montażem urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej QPow = 6500 m³/h oraz mieszadeł o wydajności co najmniej 2 000 m³/h, a tymczasem, dostawa i montaż takich urządzeń jest równie skomplikowana konstrukcyjnie i technologicznie niezależnie od przepustowości oczyszczalni ścieków. To samo tyczy się wymagania w lit c) według którego wykonawca ma wykazać się dostawą i montażem zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej 5 000 m³.

20. Urządzenia do napowietrzania ścieków jest to zespół urządzeń i instalacji, które mają na celu wprowadzenie odpowiedniej ilości tlenu do ścieków dla realizacji biologicznych procesów oczyszczania ścieków. Urządzenia to dmuchawy lub aeratory, a elementy instalacji

to rurociągi sprężonego powietrza, ruszty napowietrzające, dyfuzory. Dla spełnienia funkcji napowietrzania konieczny jest zespół urządzeń i instalacji. W ramach niniejszego zamówienia planowana jest dostawa i montaż nowych dmuchaw, modernizacja rusztów napowietrzających poprzez dołożenie dyfuzorów. Zdjęcie prezentuje układ systemu napowietrzania w reaktorach biologicznych, który zastosowano na oczyszczalni ścieków o przepustowości poniżej 25 000 m³/d, a spełniających wymagania Zamawiającego określone w punkcie b) (oczyszczalnia ścieków w Chrzanowie Dużym).

21. Odnosząc się do lit. b) Warunku Udziału należy również podkreślić jego nieprecyzyjność. Urządzeniem do napowietrzania ścieków może być: dmuchawa, aerator powierzchniowy, a elementami systemu są np. ruszty napowietrzające i/lub dyfuzory. Zatem wskazanie przez Zamawiającego w lit b) Warunku Udziału, iż wykonawca ma wykazać się dostawą i montażem urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej QPow = 6500 m³/h wskazuje na konieczność wykazania dostawy i montażu jednego urządzenia o żądanej wydajności. W złożonych układach określone wydajności uzyskuje się przez zespół urządzeń współpracujących ze sobą, co w przedmiotowym postępowaniu odzwierciedla opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien więc zmodyfikować odpowiednio Warunek Udziału, by był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i weryfikował zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia

22. Mieszadła w procesach oczyszczania ścieków i przetwarzania osadów mają na celu utrzymanie osadów w formie zawieszanej, i/lub wymuszenie ruchu ścieków, i/lub homogenizację i wymieszanie objętości zbiornika. W ramach niniejszego zamówienia planowana jest dostawa i montaż mieszadeł pompujących w reaktorach biologicznych.

Foto: mieszadła w reaktorze biologicznym

23. Zgarniacze na oczyszczalniach ścieków stosowane są głównie jako elementy wyposażenia technologicznego osadników wstępnych i wtórnych mające za zadanie zgarnianie i usuwanie osadów sedimentujących na dnie zbiorników oraz flotujących na powierzchni ścieków. W ramach niniejszego zamówienia planowana jest dostawa i montaż zgarniacza do osadnika wtórnego. Zdjęcie prezentuje montaż zgarniacza w osadniku wtórnym który zastosowano na oczyszczalni ścieków o przepustowości poniżej 25 000 m³/d. W ramach przedmiotowego zamówienia osadnik wtórny projektuje się jako zbiornik o średnicy wewnętrznej 48,0 m. W projekcie realizowanym przez Odwołującego w Oczyszczalni ścieków w Elblągu (22 000 m³/d) - osadniki miały 50 m (obiekt wskazany na zdjęciach), a przy montażu wielkość elementów ma znaczenie, więc widać, że na wielkość urządzenia w osadniku nie wpływa bezpośrednio przepustowość oczyszczalni. Należy też podkreślić, że osadniki te miały kubaturę ponad 6000 m³. Oznacza to, że pomimo realizacji prac na oczyszczalni o mniejszej

przepustowości Odwołujący posiada doświadczenie w zakresie punktu c) dające rękojmię należytego wykonania wskazanego zakresu.

Foto: zgarniacz w osadniku wtórnym

24. Zamawiający określił szczegółowe parametry każdego elementu oraz dopuścił wykazanie punktów a) - c) w ramach odrębnych inwestycji, co potwierdza, że najistotniejsze dla weryfikacji doświadczenia wykonawcy w tym zakresie jest doświadczenie w realizacji poszczególnych elementów i by realizacja odbyła się na oczyszczalni ścieków, a nie kompleksowa realizacja oczyszczalni. Należy wskazać również, że jest to jeden (zawierający trzy podpunkty) z ośmiu warunków postawionych wykonawcy w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, a uznając, że punkty a) - c) można wykazać w ramach oddzielnych realizacji łącznie wykonawca musi wykazać się spełnieniem aż 10 warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

25. Odwołujący posiada doświadczenie w każdym z wymaganych przez Zamawiającego elementów określonych w punkcie a) - c) - nawet na więcej niż jednej inwestycji na każdy podpunkt. Każdy z zakresów realizowany był na budowie, rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków. Jednak były to oczyszczalnie o przepustowościach od 13 500 m³/d do 22 000 m³/d oraz powyżej 100 000 RLM (a więc spełniające wymagania technologiczne takie jak Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków). Jednak żadna z nich nie spełnia kryterium wymaganej przez Zamawiającego przepustowości. Oznacza to, że pomimo spełniania przez Odwołującego szczegółowych warunków udziału, a więc posiadania doświadczenia w wymaganym zakresie, które daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, Odwołujący nie może wziąć udziału w postępowaniu. Wskazać też należy, że skoro dla zdobycia doświadczenia w poszczególnych punktach a) - c) wystarczająca była realizacja prac na oczyszczalniach o mniejszych parametrach, a Zamawiający zobowiązany jest określić warunku udziału na minimalnym poziomie, który jest konieczny, a zarazem wystarczający, to należy uznać, że parametr 25 000 m³/d jest nadmiarowy, a wystarczającym będzie 20 000 m³/d.

26. Podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest je określić na minimalnym poziomie, który pozwoli na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zrealizowanie budowy zbiornika określonym w lit a) oraz dostawą i montażem urządzeń, o których mowa w lit b) i c) będzie polegała na wykonaniu tych samych czynności i będzie analogicznie skomplikowana, niezależnie od tego, jaką przepustowość ma określona oczyszczalnia ścieków. Przedmiotem weryfikacji doświadczenia

w tym zakresie nie jest budowa oczyszczalni ścieków, ale konkretne roboty zrealizowane w ramach rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków.

27. Przepustowość, a więc wielkość oczyszczalni, na której realizowane są roboty nie ma znaczenia dla prac wskazanych w poszczególnych podpunktach. Jest istotna pod względem technologicznym, a więc osiągnięcia efektu oczyszczania ścieków. Jednak kryterium, które determinuje obowiązujące przepisami prawa wymogi dla poszczególnych oczyszczalni wyrażone jest nie w przepustowości wyrażonej liczbowo, ale wielkości wyrażonej za pomocą RLM. W tym zakresie wymaga wskazania, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (dalej „Rozporządzenie”) oczyszczalnie ścieków podlegają kategoryzacji według RLM. Stosownie do § 2 pkt 1) Rozporządzenia przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne. Według pkt 3) RLM oczyszczalni - rozumie się przez to projektowe obciążenie oczyszczalni ścieków wyrażone równoważną liczbą mieszkańców RLM; a w przypadku braku projektowej wartości RLM, rozumie się przez to wartość ustaloną na podstawie maksymalnego projektowego ładunku pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania na tlen (BZT₅), gdzie 1 RLM oczyszczalni równy jest ładunkowi BZT₅ w ilości 60 g tlenu na dobę. Zatem według przepisów Rozporządzenia istotne w kontekście kategoryzacji oczyszczalni ścieków jest jej wielkość wyrażona w liczbie RLM, a nie średniodobowa przepustowość oczyszczalni. Wskazujemy, że punktem granicznym jest wartość RLM powyżej 100 000. Oznacza to, że oczyszczalnia ścieków, niezależnie od przepustowości wyrażonej liczbowo, a obsługująca ponad 100 000 RLM będzie musiała spełniać wyższe wymagania w zakresie oczyszczania ścieków. Do tej kategorii, a więc oczyszczalni obsługujących ponad 100 000 RLM zalicza się Wrocławską Oczyszczalnię Ścieków. W związku z powyższym zasadnym wydaje się by wyrazić przepustowość oczyszczalni również za pomocą RLM.

28. Mając na względzie, że dla zdobycia szczegółowego doświadczenia wystarczająca była realizacja prac na oczyszczalniach o przepustowości 20 000 m³/d oraz że Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków zalicza się do oczyszczalni, które muszą spełnić wymagania uzyskania efektu ekologicznego dla oczyszczalni o wydajności ponad 100 000 RLM, zdaniem Odwołującego najbardziej miarodajnym, koniecznym ale przede wszystkim wystarczającym do weryfikacji doświadczenia wykonawcy byłoby wymaganie by wykonawca wykazał się realizacją prac określonych w punkcie 1 Warunku Udziału na oczyszczalni ścieków o średniodobowej przepustowości nie mniejszej niż 20 000 m³/d i/lub o wydajności nie mniejszej

niż 100 000 RLM. Należy podkreślić, że wymagane elementy mają określone szczegółowe parametry minimalne, zatem średniodobowa przepustowość w oczywisty sposób nie determinuje sposobu ich wykonania.

29. Określony przez Zamawiającego Warunek Udziału nie tylko jest nadmiarowy, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. zakresu robót budowlanych i dostaw wraz z montażem objętych przedmiotem zamówienia (czego nie należy mylić z budową oczyszczalni ścieków), ale także drastycznie ogranicza konkurencję. W tych warunkach, Zamawiający praktycznie wyeliminował konkurencję pomiędzy wykonawcami, określając w Warunku Udziału wymóg średniodobowej przepustowości oczyszczalni, który w żaden sposób nie

weryfikuje zdolności wykonawców do realizacji robót i dostawy wraz z montażem urządzeń będących przedmiotem zamówienia.

II.4. Nieproporcjonalność warunku oraz utrudnianie uczciwej konkurencji - doświadczenie personelu

30. Odwołujący wskazuje, że wymaganie stosownie do pkt 8.5.3 ust. 5) SWZ od osoby dedykowanej na Kierownika robót elektrycznych 5 letniego doświadczenia na jednej inwestycji przemysłowej o wartości instalacji elektrycznych nie mniejszej niż 5 000 000 zł jest nadmiarowe i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił w pkt. 6.1 SWZ termin wykonania zamówienia na 24 miesiące. Wymaganie, aby Kierownik robót elektrycznych posiadał 5 lat doświadczenia na jednej inwestycji przemysłowej jest nieproporcjonalne i nie znajduje więc uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Podkreślić wymaga także, że Odwołujący właściwie nie spotkał się z inwestycją komunalną (a taką stanowi przedmiot zamówienia), która trwałaby nieprzerwanie przez 5 lat, z zastrzeżeniem inwestycji wstrzymanych lub gdy przekroczono termin realizacji zamówienia z uwagi na nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę lub inwestycji wykazywanych przez firmę, która złożyła ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 1", czyli Inżyniera Rzeszów S.A. (analogiczne zapisy dot. doświadczenia Kierownika robót elektrycznych). Niezrozumiałe jest wprowadzenie do wymagań inwestycji przemysłowej, a nie oczyszczalni ścieków czy inwestycji komunalnej oraz wprowadzenie długiego okresu doświadczenia na tylko jednej inwestycji. Są to wymagania silnie ograniczające udział wykonawców w postępowaniu, a nie niezbędne do zapewniania doświadczonego personelu w realizacji zadań na oczyszczalni ścieków. Zamawiający albo winien ograniczyć wymaganie do 12 miesięcznego doświadczenia na takiej inwestycji (analogicznie do wymogów dla doświadczenia wymaganego dla kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych) albo wymagać 5-letniego doświadczenia ogółem, w tym na

jednej inwestycji o wskazanych w Warunku Udziału parametrach. Żądanie tak specyficznego doświadczenia (identycznego jak w etapie I), akurat w zakresie Kierownika robót elektrycznych (którego wymagane doświadczenie jest nawet bardziej rygorystyczne niż Kierownika budowy), niespójnego z wymaganiami dla pozostałego personelu kluczowego, może wskazywać na celowe ograniczanie możliwości złożenia oferty przez innych wykonawców

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 522 ust. 1 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a Izba będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zamawiający, zgodnie z § 7 ust. 3 i 4 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.2020.2437 t.j.) nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim Izba merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Odpowiedź zamawiającego z dnia 9 września 2024r. na odwołanie KIO 3046/24

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: „ustawa Pzp”, po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez ww. Odwołującego, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w części.

Uzasadnienie

ZARZUT 1, pkt 1):

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.2. ust. 1) SWZ warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców

i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) zmianę treści pkt 8.5.2. ust. 1 SWZ przez zastąpienie treści „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ ” treścią „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/lub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ ” oraz dodanie wyjaśnienia o następującej treści: „*Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne”;

Stanowisko Zamawiającego dotyczące Zarzutu 1 pkt 1):

Zamawiający nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w zakresie zarzutu określonego w pkt 1), a dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawców opisanego w pkt. 8.5.2 ust. 1) SWZ. Zamawiający oświadcza, iż warunek ten zostały ukształtowany w granicach i na podstawie prawa,

jest uzasadniony i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu (w zarzucie 1 pkt 1), wskazał, iż „uzna za spełnione warunki, o których mowa w pkt 8.1, jeżeli Wykonawca:

8.5.2 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

1) roboty budowlane polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$, zakończone pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej (...)

Wymaganie to zostało sformułowane po szczegółowej analizie cech planowanego obiektu, dla którego budowy doświadczenie jest badane. Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków jest jedną z pięciu największych oczyszczalni ścieków w Polsce. Obecny etap budowy dotyczy budowy instalacji do odzysku fosforu, przebudowa laguny osadowej - zbiornik o pojemności $30\,784\text{ m}^3$, rozbudowy części biologicznej oczyszczalni w tym przebudowy 7 szt. osadników wtórnych i budowy nowego osadnika o kubaturze $14\,252\text{ m}^3$ oraz wymiany urządzeń do napowietrzania ścieków w postaci 5 dmuchaw o wydajności $15\,000\text{ m}^3/\text{h}$ każda, a wartość robót oszacowana jest na więcej niż 100 mln zł.

Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, określił je adekwatnie do skali planowanych robót, jednakże, by nie naruszyć zasady proporcjonalności, obniżył je w stosunku do cech obiektu wznoszonego, są to więc warunki:

- proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bo uwzględniają minimalne (znacznie mniejsze od parametrów rozbudowywanych elementów oczyszczalni ścieków) parametry obiektów wykonaniem których wykonawca powinien się wykazać - parametry podane w warunkach są znacznie mniejsze od parametrów obiektów i urządzeń budowanych na oczyszczalni,
- określające minimalny poziom zdolności wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- uwzględniające sytuację rynkową w zakresie potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie. Zgodnie z wykonaną przez zamawiającego analizą danych z VI aktualizacji Krajowego Programu Oczyszczania Ścieków Komunalnych (VI AKPOŚK) ilość oczyszczalni o parametrach przepustowości $25\,000\text{ m}^3/\text{d}$. (a więc o parametrze takim jak w treści warunku) wynosi ponad 50 w Polsce. - dane te pochodzą ze stron Ministerstwa Infrastruktury - („VI aktualizacja Krajowego programu oczyszczania ścieków komunalnych - załącznik nr 3”, dokument ten (wersja XLSX) stanowi zał. nr 3 do niniejszego pisma),
- nie można także pominąć faktu, że zamawiający celem zwiększenia konkurencji ustalił aż 15 letni okres honorowanego doświadczenia.

Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, zamieścił na stronie prowadzonego postępowania dokumenty, z treści których wynikają parametry planowanej do rozbudowy Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków (WOŚ), które zostały podane w poniższej tabeli. Tabela ta pokazuje także porównanie parametrów WOŚ z parametrami ujętymi przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt. 8.5.2 ust. 1) SWZ i zmiany parametrów zaproponowane przez Odwołującego.

Tabela porównująca parametry określone w warunkach udziału w postępowaniu i propozycji Odwołującego w stosunku do parametrów rozbudowywanej Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków (WPS)

Nazwa obiektu, urządzenia lub systemu urządzeń Nazwa parametru Wartość parametru podana w warunkach udziału w postępowaniu Udział procentowy parametru podanego w warunku w stosunku do parametru WOŚ Parametr obiektu/urządzenia lub WOŚ po przebudowie Liczba obiektów/urządzenia lub systemu WOŚ po przebudowie Miejsce w OPZ opisujące parametry obiektów, urządzeń lub system urządzeń Parametr proponowany

przez Odwołującego w złożonym odwołaniu Udział procentowy parametru proponowanego przez Odwołującego w stosunku do parametru WOŚ - proponowany do zmiany lub dodania

OCZYSZCZALNA

ŚCIEKÓW Średniodobowa przepustowość Q średnie mniejsza niż $25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ 17% $147\,000\text{ m}^3$ Ad 1 ATE (analiza techniczno- ekonomiczna) pkt. 3.1 str. 9

proponowany do zmiany nie mniejsza niż $20\,000\text{ m}^3/\text{d}$, 14%

OCZYSZCZALNA ŚCIEKÓW RLM - równoważna liczba mieszkańców w rozumieniu Art. 86 ust 3 pkt 2 Ustawy z dnia 20bpca2017 - Prawo wodne brak $140\,000\text{ RUM}$ załącznik do Projektu budowanego, decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia strona 1 proponowany do wprowadzenia $100\,000\text{ RLM}$ 7%

Zbiornik o konstrukcji żelbetowej kubatura/objętość 5000 m^3 35% $14\,252\text{ m}^3$ 1

Projekt architektoniczno - budowlany w zakresie osadników wtórnych str. 49 bz. bz.

Urządzenie do napowietrzania ścieków - dmuchawa Wydajność Qpow 6500m³/h

43% 15 000 m³/h 5 Bloki Biologiczne - Projekt wykonawczy, branża technologiczna TOM-

I/V. pkt. 3.3.21 pkt 3.3.3 proponowany do usunięcia usunięcie

Urządzenia systemu napowietrzania ścieków Wydajność Qpow brak - 130500 m³/h 10

Bloki Biologiczne - Projekt wykonawczy, branża technologiczna TOM- I/V. pkt 3.3.21 pkt 3.3.3 proponowany do wprowadzenia 6 500 m³/h 5%

Mieszadła wydajność 2000 m³/h 63% 3200 m³/h 12 Bloki Biologiczne-

Projekt wykonawczy. branża technologiczna TOM- u pkt 32.2.1 i pkt 32.4.1 bz. bz.

Obiekt, w którym zamontowano zgarniacze kubatura/objętość 5000 m³ 35% 14 252 m³ 1

Projekt architektoniczno - budowlany w zakresie osadników wtórnych str. 49 bz. bz.

Pod tabelą

Z podanych powyżej danych wynika, że parametry obiektu i urządzeń określone przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, będącym przedmiotem Odwołania, określają minimalny poziom zdolności Wykonawcy potrzebny do zrealizowania przedmiotowego zamówienia.

Podana w warunku średniodobowa przepustowość oczyszczalni o wielkości nie mniejsza niż 25 000 m³/d została ustalona przez Zamawiającego na poziomie przepustowości jednego ciągu procesowego w układzie podlegającym rozbudowie, która wynosi 28 000 m³/d.

Wśród wszystkich warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy najważniejsze znaczenie dla sprawdzenia niezbędnego doświadczenia i minimalnego poziomu zdolności Wykonawcy, jest doświadczenie w realizacji obiektów o przepustowości oczyszczalni ścieków, na której Wykonawca wykonywał roboty. To podstawowy parametr, który mówi o wielkości obiektu i instalacji na nim zamontowanych, złożoności układu oczyszczalni i co najważniejsze o objętości ścieków znajdujących się w układzie w trakcie wykonywania prób i sprawdzeń oraz rozruchu oczyszczalni, przeprowadzanych przez Wykonawcę.

Nie jest prawdą, jak to pisze wykonawca w Odwołaniu, że przepustowość oczyszczalni liczona w m³/d nie ma znaczenia dla wielkości budowanych na oczyszczalni ścieków obiektów, ponieważ jest to główny parametr, na podstawie którego projektowane są np. ilości, wielkości i moce elektryczne urządzeń, ilości i kubatury zbiorników, średnice rurociągów i armatury.

Dodanie do warunku dodatkowego parametru wydajności oczyszczalni podanego w RLM w wysokości 100 000 RLM, jak proponuje Odwołujący, nie jest prawidłowym parametrem, który pozwalałby Zamawiającemu sprawdzić potrzebne doświadczenie Wykonawców. RLM-y nie są jedynym parametrem określającym wydajność dobieranych urządzeń, rurociągów, skomplikowania automatyki itp., a przy tych samych wartościach RLM, przepustowość oczyszczalni, i co za tym idzie kubatury obiektów i wielkości urządzeń, mogą być różne. Dlatego też Równoważna Liczba Mieszkańców nie jest wymiernym wskaźnikiem do budowania warunku udziału w postępowaniu warunkującego potrzebne doświadczenie dla wykonawcy robót. Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków pracuje obecnie na wydajności RLM 1 050 000, a docelowo 1 400 000. Wnioskowana przez Odwołującego zmiana, dotycząca wprowadzenia do warunku wydajności oczyszczalni ścieków o wartości 100 000 RLM, jest nieadekwatna do skali przedmiotu zamówienia.

Ustalone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej (Dz.U. 2019 poz. 1311) kategorie oczyszczalni uzależnione od RLM (równoważnej liczby mieszkańców) opisują wymagania dotyczące skuteczności usuwania zanieczyszczeń (parametrów jakościowych ścieków oczyszczonych odprowadzanych do środowiska), a nie ustalają typów układów technologicznych, wielkości zbiorników, urządzeń czy instalacji oraz sposobu ich współpracy.

To, że Odwołujący wykonywał zbiorniki o podobnych gabarytach lub montował urządzenia o zbliżonych parametrach do podanych w warunku, ale w oczyszczalni o mniejszej przepustowości nie daje mu wymaganego doświadczenia do zrealizowania tak skomplikowanych robót jakie są przedmiotem zamówienia na jednej z największych oczyszczalni ścieków komunalnych w Polsce.

Dopuszczona przez zamawiającego możliwość zebrania potrzebnego doświadczenia poprzez budowę zbiornika, dostawę i montaż zgarniaczy i dostawę i montażu mieszadeł w ramach jednej umowy kompleksowo jak i w ramach odrębnych umów, których przedmiotem była budowa, przebudowa lub rozbudowa oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 25 000 m³/d potwierdza, że najistotniejsze dla weryfikacji potrzebnego doświadczenia wykonawcy w tym zakresie jest realizacja wymienionych robót na oczyszczalni ścieków o wymaganej przepustowości, a nie tylko wykonanie poszczególnych elementów robót jw.

Z podanych powyżej parametrów jednoznacznie wynika, iż przedmiot zamówienia jest złożony i wymaga od wykonawców, zainteresowanych jego realizacją, bardzo dużego doświadczenia i umiejętności w wykonywaniu robót na tak dużym obiekcie. Nie jest prawdą, iż przepustowość oczyszczalni nie ma znaczenia dla posiadanego przez danego wykonawcę doświadczenia. W ocenie Zamawiającego doświadczenie w realizacji określonych robót dotyczących

oczyszczalni ścieków o określonej przepustowości daje rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Posiadanie przez Wykonawcę wymaganego doświadczenia pozwoli Zamawiającemu na wstępną weryfikację czy Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia będzie w stanie poradzić sobie m. in. z realizacją prac przy tak dużym napływie ścieków (po rozbudowie WOS na każdy ciąg ściekowy - 5 ciągów biologicznych - przypada przepustowość ok. 30 000 m³/d w pogodzie suchej, a 40 000 tys. m³/d w pogodzie deszczowej). Jednocześnie doświadczenie w realizacji zamówień dotyczących oczyszczalni ścieków o określonej przepustowości służyć ma także potwierdzeniu, że wykonawca daje rękojmię należytego wykonania wielobranżowych robót budowlanych na obiektach o dużym stopniu skomplikowania, gdzie występują budowle o dużej kubaturze, proces oczyszczania ścieków wymaga większej powierzchni (więcej ciągów ściekowych), rurociągi i instalacje oraz zamontowana na nich armatura posiadają przez większe średnice niż na obiektach o mniejszej przepustowości, układ automatycznej regulacji jest bardziej skomplikowany i rozbudowany, a nadto występują większe urządzenia.

Doświadczenie wykonawcy w wykonaniu rozruchu mechanicznego, technologicznego i hydraulicznego daje mu umiejętność rozumienia jak przebiega proces technologiczny oczyszczania i gwarancję, że będzie umiał poradzić sobie z prawidłowym jego przeprowadzeniem i osiągnięciem niezbędnych parametrów urządzeń i procesu oczyszczania ścieków. Takiego doświadczenia nie daje same wybudowanie obiektów kubaturowych np. zbiorników czy dostawa i montaż urządzeń. Brak tego doświadczenia może doprowadzić nawet do katastrofy ekologicznej spowodowanej wylaniem podczas prób nieoczyszczonych ścieków do środowiska, wtedy gdy wykonawca nie będzie umiał sobie poradzić z bardzo dużą ilością ścieków jakie będzie musiał obsłużyć podczas prowadzonych prób i rozruchu

oczyszczalni. Dlatego prowadzenie rozruchu jest jednym z najważniejszych umiejętności Wykonawcy.

Prowadzenie robót na czynnym obiekcie, nie zakłócając przy tym pracy oczyszczalni, wymaga od wykonawców bardzo dużych umiejętności organizacyjnych, technicznych i posiadania dużego zaplecza osobowego i sprzętowego. Biorąc pod uwagę, iż rezultatem przedmiotowego postępowania będzie rozbudowana oczyszczalnia ścieków do przepustowości $Q_{\text{śred}} = 147\,000$ m³/d, wymaganie dotyczące posiadania doświadczenia z uwzględnieniem przepustowości oczyszczalni ścieków na poziomie $Q_{\text{śred}} = 25\,000$ m³/d, nie jest wymaganiem nadmiernym ani nieproporcjonalnym. Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych zostały ukształtowane przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem sytuacji faktycznej i prawnej na rynku zamówień publicznych z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Jak sam Wykonawca pisze w odwołaniu:

„Opis warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia, jednak nie musi, a nawet nie powinien z nim być tożsamy (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 595/17). Za nieproporcjonalny należałoby uznać warunek udziału w postępowaniu, który jest tożsamy z przedmiotem zamówienia (patrz Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 20/18). Domaganie się doświadczenia identycznego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (patrz uchwała Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KD 76/12, KIO/KD 66/15). Określenie warunku powinno polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można zatem wyprowadzać wniosku o wymogu legitymowania się przez wykonawcę dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. Opis warunku nie może więc przenosić na zasadzie 1:1 opisu przedmiotu zamówienia.”

Zamawiający zastosował się do zasad określonych w ustawie i nie zastosował w warunkach wymagań wykazania się doświadczeniem 1:1, w stosunku do przedmiotu, analizując także rynek w zakresie wykonanych inwestycji, o czym świadczy fakt, że parametry podane w warunkach w stosunku do przedmiotu zamówienia są znacznie mniejsze, co pokazuje powyższa tabela.

Fakt, iż Odwołujący nie posiada wymaganego doświadczenia, które pozwoliłoby mu wziąć udział w postępowaniu nie oznacza, że Zamawiający nieprawidłowo określił te warunki. Warunki udziału w postępowaniu służą określeniu kręgu wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia w tym prawidłowego wykonania rozruchu oczyszczalni po

wykonanych pracach. Ważne jest przy tym, aby były powiązane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne oraz pozwalały na wyłonienie wykonawcy, który zapewni osiągnięcie celu postępowania. Warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, aby nie ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż na rynku nie były zrealizowane zamówienia o skali podobnej do przedmiotowego zamówienia czy też skali określonej w warunkach udziału w postępowaniu w okresie ostatnich 15 lat. Zamawiający zwraca uwagę, iż wymagana przepustowość $Q_{\text{śred}} = 25\,000$ m³/d nie jest wygórowana, także przy uwzględnieniu faktu, iż w Polsce występuje kilkadziesiąt oczyszczalni ścieków o przepustowości min. $Q_{\text{śred}} = 25\,000$ m³/d i w ciągu ostatnich 15 lat większość z nich została poddana rozbudowie.

W związku z powyższym, mając na uwadze bardzo duży i skomplikowany zakres robót jaki obejmuje przedmiot zamówienia, zdaniem Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zostały ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamawiania, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a jednocześnie dające Zamawiającemu rękojmię wyłonienia wykonawcy z dużym, niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia, doświadczeniem.

ZARZUT 1 pkt 2):

W związku z Zarzutem 1 Odwołujący wniósł również o nakazanie Zamawiającemu:

- 2) zmianę treści 8.5.2. ust. 1 SWZ poprzez zastąpienie w pkt b) sformułowania „urządzenia” na „urządzeń systemu”, tj. nadanie mu treści:

„8.5.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

- 1) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 205\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/lub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ zakończone pozytywnym rozruchem

mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,
- b) dostawę i montaż urządzenia systemu napowietrzania ścieków o wydajności co

najmniej $Q_{\text{Pow}}=6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2000\text{ m}^3/\text{h}$,

- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$

ww. zakres określony w pkt a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów. [...]

*Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne”.

Stanowisko Zamawiającego dotyczące Zarzutu 1 pkt 2):

Zamawiający nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego z zakresie zarzutu określonego w pkt 2), a dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawców opisanego w pkt. 8.5.2 ust. 1) SWZ. Zamawiający oświadcza, iż warunek ten zostały ukształtowany w granicach i na podstawie prawa, jest uzasadniony i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalając treść warunku i odnosząc wymaganą wydajność do doświadczenia w dostawie i montażu pojedynczego urządzenia (a nie sumy urządzeń systemu) o określonej wydajności, miał na uwadze wielkość planowanych do zamontowania dmuchaw (urządzeń), które są o bardzo dużej wydajności aż $15\,000\text{ m}^3/\text{h}$ każda, a w całym przebudowywanym systemie napowietrzania będzie aż 5 szt. dmuchaw. Łącznie więc urządzenia systemu będą posiadały wydajność $75\,000\text{ m}^3/\text{h}$. Oczekiwanie Odwołującego iż wystarczające w tym zakresie będzie doświadczenie w dostawie i montażu systemu urządzeń o łącznej wydajności $6\,500\text{ m}^3/\text{h}$, tj. 12 krotnie mniejszej, nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający zwraca uwagę, że już obecny (objęty odwołaniem) warunek określa wymaganie co do wydajności urządzenia referencyjnego o ponad 50% niżej parametry urządzenia planowanego do nabycia w postępowaniu ($6\,500\text{ m}^3/\text{h}$ versus $15\,000\text{ m}^3/\text{h}$).

Proponowana przez Wykonawcę zmiana nie pozwoliłaby Zamawiającemu na uzyskanie Wykonawcy, który posiadałby umiejętności adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający jednocześnie informuje, że wprowadził w pkt. 8.5.2 ust. 1) b) SWZ, w celu doprecyzowania definicji „urządzenie” w zapisie warunku „b) dostawę i montaż urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej $Q_{\text{Pow}} = 6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2\,000\text{ m}^3/\text{h}$ ”, na końcu warunku zdanie:

„Przez sformułowanie „urządzenie do napowietrzania ścieków” należy rozumieć dmuchawę sterowaną poprzez układ automatycznej regulacji zamontowaną w ramach systemu napowietrzania ścieków służącą do napowietrzania ścieków w procesie oczyszczania ścieków.”.

ZARZUT 2:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.3. ust. 5) (Kierownik robót elektrycznych) SWZ warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej dysponowania osobami kierowanymi do wykonania zamówienia przez wykonawcę w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji równego traktowania wykonawców

i wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 8.5.3. ust. 5) SWZ przez nadanie mu następującej treści:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w

specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadająca co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”

ewentualnie na następującą treść:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”.

Stanowisko Zamawiającego dotyczące Zarzutu 2:

Zamawiający uznaje za zasadne wprowadzenie zmiany w warunku udziału w postępowaniu opisanym w pkt. 8.5.3 SWZ, którego treść jest przedmiotem zarzutu Odwołującego określonego w pkt 2).

Zamawiający jednocześnie informuje, że wprowadził zmianę warunku opisanego w pkt. 8.5.3 SWZ w dniu 6.09.2024 r. zmieniając go zgodnie z żądaniem Odwołującego na następujący:

„8.5.3. ust. 5) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie dysponowania osobami kierowanymi do wykonania zamówienia), wykaże następujące osoby, które będą

skierowane do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości:

Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadająca co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych na obiektach przemysłowych, w tym przy budowie, rozbudowie, przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł netto w ramach jednej inwestycji.”

Zamawiający uwzględnił więc żądanie Odwołującego by doświadczenie kierownika robót elektrycznych nie w całym 5 letnim okresie doświadczenia w kierowaniu robotami było uzyskane wyłącznie przy kierowaniu robotami przy dużych inwestycjach w obiektach przemysłowych i uzna doświadczenie w kierowaniu robotami elektrycznymi (kierowanie budową) we wszelkich obiektach przemysłowych, o ile choćby w części doświadczenie to było nabyte w obiekcie przemysłowym o wartości inwestycji jak wskazana w warunku. Zamawiający wybrał jeden z wariantów zmiany warunku zaproponowanych przez Odwołującego i adekwatny do intencji Odwołującego.

W tym stanie rzeczy zamawiający, składając odpowiedź na odwołanie, wnosi o oddalenie odwołania.

W dniu 13 września 2024r. odwołujący przedstawił stanowisko w sprawie, powołując się na okoliczność, że wykonywane roboty budowlane będą prowadzone w systemie „buduj”, a nie „projektuj i buduj”, co w jego ocenie ma znaczenie dla określenia odpowiedzialności wykonawcy robót jak i związanej z tym poziomem koniecznego doświadczenia zawodowego wykonawcy robót budowlanych (pismo w akрах sprawy).

odwołanie z dnia 23 sierpnia 2024 r. Budimex S.A. z s. w Warszawie (Sygn.akt KIO 3056/24)

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności

Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

1) art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art.654, art.5 i art.353¹ KC w zw. z art.16 ustawy Pzp przez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od obioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 5 KC przez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego braku możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku braku możliwości przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac w czasie zawarcia umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr

2);

3) art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz przez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy w zakresie zobowiązania wykonawcy do zabezpieczenia przed uszkodzeniem lub zaginięciem wszelkiego mienia znajdującego się na terenie budowy i tym samym naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych (zarzut nr 3);

4) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp i w zw. z art. 455 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art.

5 KC przez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego możliwości zmiany zakresu zamówienia bez podania limitu, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 4);

5) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp i w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 5 KC przez ustalenie możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego (przekraczającego) wysokość kar umownych do wysokości nie tylko rzeczywiście poniesionej szkody, ale również utraconych korzyści, do wysokości aż 70% wynagrodzenia umownego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także narusza zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań i praktyk rynkowych (zarzut nr 5).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w

uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania

Uwagi ogólne

Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane zarzuty dotyczą treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę¹. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwo, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia². W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego,

podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy

wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych,

a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy³.

Odnosniki:

1 Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca

508/05.

2 Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

3 KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

I. Zarzut dotyczący odbioru bezusterkowego - zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził w §6 i §7 Umowy m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę odbioru robót:

- §6 Umowy:

Sposób zapłaty 1. Zapłata wynagrodzenia nastąpi:

6) fakturą końcową w wysokości nie mniej niż 10% kwoty wynagrodzenia umownego, o

którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, po zakończeniu, bezusterkowym odebraniu i przekazaniu przedmiotu Umowy, wystawioną po podpisaniu Świadczenia końcowego wykonania robót sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy i Protokołu Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.

- §7 Umowy:

4. Strony ustalają, iż przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie całego przedmiotu Umowy. Potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego będzie Protokół Odbioru Końcowego potwierdzający bezusterkowe wykonanie całego przedmiotu Umowy, podpisany przez komisję odbiorową powołaną przez Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza wykonanie odbioru końcowego odrębnie dla części 1, części 2, części 3, części 4. Zamawiający może dopuścić odbiór końcowy bez drobniejszych zaległych prac lub z wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z

przeznaczeniem i nie będzie konieczne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W takim przypadku Zamawiający zatrzyma z faktury końcowej kwotę odpowiadającą wartości zaległych prac do czasu ich wykonania oraz wyznaczy Wykonawcy termin do wykonania tych prac. Zakończenie tych prac będzie potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru prac zaległych.

2. Należy zaznaczyć, że ustalając w taki sposób procedurę odbiorową Zamawiający wprowadził bezusterkowy odbiór końcowy, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony na gruncie ugruntowanego orzecznictwa w tym zakresie i praktyki realizacyjnej projektów wykonywanych w reżimie zamówień publicznych. Powyższe postanowienia generują sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo istnienia nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę zostaje on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując de facto dane przedsięwzięcie powyżej uzasadnionych ram czasowych. Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych wykonawca nie mógłby uzyskać należnego mu wynagrodzenia i zobowiązany byłby do ponoszenia

kosztów utrzymania obiektu, pomimo możliwości jego prawidłowego użytkowania.

3. Zatem w przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ustawodawca nie przewidział w tym zakresie fakultatywności umożliwiającej przyjmowanie przez Zamawiającego dowolnie obranej przez siebie daty odbioru. Każdorazowo jeśli przedmiot umowy o roboty budowlane wypełnia treść zobowiązania wynikającego z dokumentacji projektowej i umożliwia zamawiającemu korzystanie z obiektu, to obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych prac i zapłata. W taki bowiem sposób - przez odniesienie do przedmiotowego znaczenia danej wady i jej przełożenia na funkcjonowanie przedmiotu umowy - definiowana jest „istotność” uchybień zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy.

4. Co istotne, tożsame zasady, nakazujące dokonanie odbioru i wypłatę wynagrodzenia w sytuacjach zidentyfikowania w przedmiocie umowy wad nieistotnych, obowiązują tak w przypadku dokonywania odbioru końcowego, jak i odbiorów częściowych. Co w przypadku odbioru częściowego jest uzasadnione tym bardziej, że odbiór częściowy powinien być wręcz traktowany bardziej liberalnie i nie wszystkie wady, które umożliwiałyby odmowę dokonania odbioru końcowego, stanowiłyby uzasadnienie dla odmowy dokonania odbioru częściowego (należy tu wziąć bowiem pod uwagę fazę realizacji, w której znajdują się roboty i możliwość pewnej korekty na dalszym etapie prac). Niektórzy komentatorzy wskazują wręcz, że odbiór częściowy wypełnia raczej rolę „finansowego” kwitowania prac, niż oceny ich jakości, która

przeprowadzana jest zasadniczo w ramach odbioru końcowego (tak: Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda; jak również Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski). Co za tym idzie, również w przypadku odbioru częściowego, warunkiem wypłaty wynagrodzenia częściowego, nie może być ocena wykonania danego odcinka robót bez jakichkolwiek wad (tak istotnych jak i nieistotnych).

5. Wszelkie nieistotne wady zidentyfikowane w ramach czynności odbiorowych i kwestia „rozliczenia” wykonawcy z ich usuwania odbywa się w ramach rękojmi i gwarancji, zabezpieczając więc w sposób wystarczający interesy Zamawiającego w tym przedmiocie. Należy bowiem zauważyć, że odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) rozpoczyna jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji. Wynika to chociażby ze stosowanych w drodze analogii przepisów dotyczących rękojmi i gwarancji przy sprzedaży (art. 577§4 KC, art. 568§1 KC) wiążących rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji z momentem wydania rzeczy kupującemu. Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638 §1 KC). Dopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający w sposób dowolny blokuje wypłatę wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień, pomimo, iż jego interesy i uprawnienia zabezpieczone są poprzez ustawowe instrumenty, nie ma nic wspólnego ani z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, ani z zasadą współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wprost wyartykułowaną w ramach ustawy Pzp (art. 431 ustawy Pzp).

6. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, w szczególności przy odbiorach końcowych, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.

7. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty

budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:

Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06

„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC

wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”

Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie

zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy." Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13: „Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku." Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12: „Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękoi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego

odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękoi i gwarancji." Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19): „Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejście obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie.

Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającej jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawą do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...)."

8. Reasumując, przedmiotowe postanowienia Umowne zatem z jednej strony cechują się niespójnością, co godzi w dyrektywę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, z drugiej zaś dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w odniesieniu do wad istotnych (uniemożliwiających, prawidłowe korzystanie z rezultatu prac)

jak i wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac), co jest niezgodne tak z praktyką budowlaną jak i bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Przy czym takie uregulowanie procedury odbioru końcowego ma dale idące konsekwencje, gdyż od bezusterkowego protokołu odbioru końcowego przedmiotu Umowy zaczyna biec termin okresu gwarancji oraz zwrot części wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Podkreślić należy ponownie, że Zamawiający nie tylko nie ma prawa do dowolności podejmowanych działań przy stwierdzeniu wad o charakterze nieistotnym, ale też nie ma uprawnienia do wstrzymywania wypłaty jakiegokolwiek części wynagrodzenia przy ich wystąpieniu, dążąc do konieczności uzyskania przez wykonawców protokołów bezusterkowych. Jednocześnie, w związku z tym, że kwestia odbioru robót i wypłaty wynagrodzenia jest jednym z najistotniejszych elementów związanych z uprawnieniami wykonawcy dotyczącymi realizacji inwestycji, postanowienia Umowy w tym przedmiocie nie mogą pozostawać niespójne i nieczytelne co do realnych intencji Zamawiającego, stwarzając pole do dowolnej ich interpretacji. Sprzeciwiałoby się to bowiem nie tylko omówionym powyżej zasadom odbioru prac w ramach umowy o roboty budowlane, ale też podstawowym zasadom przyświecającym udzielanie zamówień publicznych, w tym zasadzie przejrzystości i proporcjonalności. Tym samym Wykonawca postuluje o usunięcie/korektę postanowień związanych z procedurą odbioru by dostosować ją do wymogów prawa i zapewnić, że z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego Wykonawca otrzyma należne wynagrodzenie oraz zwrot części zabezpieczenia, a także rozpocznie się okres gwarancji, w trakcie którego zostaną usunięte usterki.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez usunięcie „bezusterkowych” odbiorów i nadanie jej następującego brzmienia:

Sposób zapłaty 1. Zapłata wynagrodzenia nastąpi:

- 6) fakturą końcową w wysokości nie mniej niż 10% kwoty wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, po zakończeniu, i przekazaniu przedmiotu Umowy, wystawioną po podpisaniu Świadczenia końcowego wykonania robót sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy i Protokołu Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.

§7 Umowy:

4. Strony ustalają, iż przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie całego przedmiotu Umowy. Potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego będzie Protokół Odbioru Końcowego potwierdzający - wykonanie całego przedmiotu Umowy, podpisany przez komisję odbiorową

powołaną przez Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza wykonanie odbioru końcowego odrębnie dla części 1, części 2, części 3, części 4. Zamawiający może dopuścić odbiór końcowy bez drobniejszych zaległych prac lub z wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem i nie będzie konieczne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W takim przypadku Zamawiający zatrzyma z faktury końcowej kwotę odpowiadającą wartości zaległych prac do czasu ich wykonania oraz wyznaczy Wykonawcy termin do wykonania tych prac. Zakończenie tych prac będzie potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru prac zaległych.

II. Zarzut dotyczący zastrzeżenia przez Zamawiającego braku możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego – zarzut nr 2

1. w ramach § 4 ust.4. Umowy Zamawiający przewidział, że:

Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w ust.1, chociażby nie można było w czasie zawarcia umowy przewidzieć rozmiary lub kosztów prac. Wykonawca oświadcza, że miał wszelkie informacje niezbędne do prawidłowej wyceny wartości robót.

2. Jednocześnie, zgodnie z Rozdziałem 17 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej

jako: „SWZ”):

- 17.8. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, chociażby nie można było w czasie zawarcia umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

3. We wskazanych postanowieniach dokumentacji postępowania Zamawiający

przewidział ograniczenie, czy też właściwie całkowitą eliminację sytuacji, w której wykonawca może domagać się podwyższenia wynagrodzenia, gdy zakres prac i/lub też ich koszt ulega zmianie, chociaż nie można było takich okoliczności przewidzieć w czasie zawarcia umowy. Co więcej, Zamawiający wymusza na wykonawcy złożenie oświadczenia o posiadaniu przez wykonawcę wszystkich informacji niezbędnych do dokonania prawidłowej wyceny wartości robót. Tym samym Zamawiający przewiduje wprost zmiany zakresu czy terminu realizacji robót (w szczególności wydłużenie), także z przyczyn zupełnie niezależnych od wykonawcy, bez adekwatnego wynagrodzenia wykonawcy. W ramach tego postanowienia Zamawiający przerzuca zatem na wykonawcę ryzyko, którego zgodnie z prawem wykonawca nie powinien ponosić, co wprost narusza klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp przez przerzucenie na wykonawcę ryzyka:

Art. 433. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

4. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest, by Postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należyтым wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, że swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona.

5. Przykładowo w wyroku z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia

zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie." (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

6. Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy. Nierównym rozkładem ryzyka kontraktowego jest przede wszystkim obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów, za które, zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi, czy też odpowiedzialnością za elementy, o których nie miał szansy się dowiedzieć w czasie zawarcia umowy i bez swojej winy. Takie postanowienia naruszają też wprost obowiązujący w ustawie Pzp art. 433 pkt 3, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy. Niezgodne z powyższym będzie zatem przerzucenie na wykonawcę ryzyka za okoliczności wprost leżące po stronie Zamawiającego i takiego naruszenia wykonawca upatruje w postanowieniach z § 4 ust. 4 Umowy, jak również Rozdziału 17, ust. 17.8 SWZ.

7. W tych właśnie postanowieniach Zamawiający przewidział nieograniczone właściwie ryzyko obciążające wyłącznie wykonawcę, a takie działanie Zamawiającego jest niezgodne z klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi co najmniej rażące naruszenie równowagi kontraktowej, jest niezasadne, oderwane od obecnych realiów, a także skrajnie niekorzystne i uprzywilejowujące wyłącznie Zamawiającego, który jako ostateczny beneficjent przedmiotu zamówienia, wyłącza swój obowiązek współdziałania wraz z jakąkolwiek odpowiedzialnością za realizację inwestycji.

8. Mając na uwadze brak możliwości jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia (art. 99 ust 1 ustawy Pzp), a jednocześnie brak możliwości wyceny pełnego zakresu koniecznego do wykonania zamówienia, Odwołujący wnosi o zmianę formy rozliczenia (wynagrodzenia) z usunięciem postanowień próbujących w całości przerzucić to ryzyko na wykonawcę. Zamawiający mimo, iż jest stroną silniejszą mającą możliwość kreowania treści przyszłego stosunku prawnego nie może tej pozycji nadużywać w ten sposób, że tam gdzie nie jest pewny zakresu przedmiotu zamówienia, to poprzez ogólne sformułowania przerzuci ten koszt i ryzyko na wykonawcę, który nie jest w stanie skalkulować takiego ryzyka w ofercie.

9. Odwołujący podkreśla, że definiowanie obowiązków nałożonych na wykonawców na

podstawie przyszłych i hipotetycznych zdarzeń, skorelowane z koniecznością wyceny wszelkich konsekwencji z nich wynikających bezpośrednio w cenie ofertowej wielokrotnie poddawane było krytyce przez Krajową Izbę Odwoławczą czy Sądy Okręgowe. Tytułem przykładu powołać można w tym zakresie wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania czy zawarcia umowy jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganną praktykę nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach zbliżonych przedmiotem zamówienia do niniejszej inwestycji, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku o sygn. KIO 1607/16 „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji (...Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert".

10. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w ramach dokumentacji postępowania winien wprowadzić jednoznaczny mechanizm, który pozwoli na wdrożenie ewentualnych zmian kontraktowych w zakresie terminu czy należnego wykonawcy wynagrodzenia, każdorazowo jeśli w przyszłości okaże się, że dana zmiana, której wprowadzenia oczekuje Zamawiający, oceniona zostanie jako zmiana istotna, ze wszystkimi konsekwencjami prawnymi - finansowymi z tego wynikającymi.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (§4 ust. 4

umowy oraz Rozdziału 17, ust. 17.8 SWZ) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

- §4 ust. 4 Umowy:

Wykonawca będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w ust.1, w przypadku gdyby nie można było w czasie zawarcia Umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W takim przypadku do rozliczenia między Stronami dojdzie na zasadach umownych.

- Rozdział 17, ust. 17.8. SWZ:

Wykonawca będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego, w przypadku gdyby nie można było w czasie zawarcia umowy przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Alternatywnie Odwołujący wnosi o wykreślenie obu wymienionych postanowień.

III. Zarzut przerzucenia na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z niepełnym i

nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia - zarzut nr 3

1. Fundamentalnym wymogiem stawianym każdemu Zamawiającemu jest sporządzenie

nałego opisu przedmiotu zamówienia. Wytyczne w tym zakresie ustawodawca doprecyzował w art. 99 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że zakres przyszłych prac budowlanych objętych dokumentacją Postępowania zdeteminowany jest ich treścią. W przypadku, jeśli Zamawiający w sposób niepełny i nieprecyzyjny formułuje swoje wymagania, wykonawca nie będzie w stanie uwzględnić w pełni i świadomie zakresu niezbędnych prac, a w konsekwencji przedstawić rzetelnej, kompleksowej oferty, która ponadto będzie mogła być porównana z innymi ofertami złożonymi w Postępowaniu. Powyższe powoduje po stronie wykonawcy ryzyko nieprzewidywalnego zakresu i kosztu robót. Co więcej, brak pewności co do zakresu świadczenia uniemożliwia wycenę ryzyka po stronie wykonawcy i może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert w postępowaniu.

2. W treści §9 ust. 29 Umowy Zamawiający określił, że:

Do obowiązków i zakresu odpowiedzialności Wykonawcy należy:

Zabezpieczenie przed uszkodzeniem lub zaginięciem wszelkiego mienia znajdującego się na terenie budowy oraz znajdującego się w zasięgu prowadzonych robót, dróg dostępu, montażu lub transportu części i urządzeń.

3. Kluczowa w sformułowaniu tego postanowienia jest okoliczność, że Zamawiający

usiłuje przerzucić na wykonawcę ryzyko za dokładnie każde mienie znajdujące się na terenie budowy, znajdujące się w zasięgu prowadzonych robót, dróg dostępu, montażu lub transportu części i urządzeń, a więc również takie, które może nie mieć żadnego związku z realizacją przedmiotu zamówienia, czy też może nie przynależeć do lokalizacji. W efekcie, wykonawca musi wkalkulować do oferty ryzyka, których nie tylko nie jest w stanie realnie przewidzieć, ale też takie, za które absolutnie nie ponosi odpowiedzialności. Aby podać konkretny przykład, a jednocześnie unaocznić absurdalność wskazanego postanowienia, wykonawca wskazuje, że na podstawie kontestowanego postanowienia wykonawca zobowiązany będzie do ponoszenia odpowiedzialności za auto kierownika oczyszczalni, które zostanie pozostawione otwarte na terenie budowy, albo w zupełnie niedookreślonym „zasięgu prowadzonych robót”. Za sprawą opisu dokonanego przez Zamawiającego, wykonawcy nie są w stanie ustalić zakresu swoich zobowiązań.

4. W §9 ust. 29 Umowy Zamawiający określił najszerzej jak tylko się da zakres

obowiązków wykonawców, co maksymalizuje ryzyka wykonawców i sprawia, że w żaden sposób nie będą oni w stanie ocenić i oszacować wpływu tych ryzyk na ofertę złożoną w postępowaniu. Powyższe w sposób jaskrawy świadczy o tym, że w istocie nie wiadomo, jaki jest zakres zobowiązania wykonawcy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez usunięcie §9 ust. 29 Umowy.

Alternatywnie. Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ przez wprowadzenie następującej zmiany do §9 ust. 29 Umowy:

Do obowiązków i zakresu odpowiedzialności Wykonawcy należy:

Zabezpieczenie przed uszkodzeniem lub zaginięciem wszelkiego mienia mającego bezpośredni związek z realizacją przedmiotu umowy znajdującego się na terenie budowy oraz znajdującego się w zasięgu prowadzonych robót, dróg dostępu, montażu lub transportu części i urządzeń.

IV. Zarzut dotyczący zastrzeżenia przez Zamawiającego uprawnienia do zmiany zakresu zamówienia bez ustalenia jego limitu - zarzut nr 4

1. W treści §13 ust. 3 pkt 6) Umowy Zamawiający określił, że:

Zmiany, o których mowa w ust. 1, których Zamawiający będzie mógł dokonać zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1) Ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą obejmować:

zmianę zakresu robót budowlanych przez ich ograniczenie w sytuacji, gdy wykonanie niektórych robót okazało się zbędne, zmieniły się okoliczności związane z wykonaniem Umowy lub wykonanie poszczególnych robót nie leży w interesie publicznym lub Zamawiającego. Wynagrodzenie Wykonawcy zmniejsza się odpowiednio w stosunku do zmniejszonego zakresu robót z uwzględnieniem mechanizmu opisanego w ust. 6.

2. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że zasadą jest, że umowa winna zakładać realizację całości inwestycji, która wyceniana była w ramach oferty, a wszelkie odstępstwa od tej zasady rozpatrywane być powinny w kontekście art. 455 ustawy Pzp, który jasno wskazuje, że niedopuszczalna jest zmiana postanowień umowy, w stosunku do treści, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba, że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w przywoływanym przepisie. Chcąc zabezpieczyć ewentualne zmiany zakresu rzeczowego realizowanej inwestycji, Zamawiający winien więc sytuację taką zakwalifikować jako możliwą zmianę treści umowy (art. 455 ust. 1 ustawy Pzp), precyzując jednocześnie sposób i zakres jej wprowadzenia.

3. Podkreślenia wymaga jednocześnie, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji biorą pod uwagę wykonanie całości inwestycji. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu, ubezpieczeń, ochrony itp. W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją, które to kalkulacje mogą okazać się nieadekwatne przy możliwości dowolnego wyłączenia zakresów rzeczowych robót i braku jednoznacznego mechanizmu rekompensat dla wykonawców. W skrajnych przypadkach wyłączenia znaczącej części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy. Byłoby to nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie.

4. Uprawnienie zastrzeżone przez Zamawiającego wykracza zatem poza dozwoloną i akceptowalną swobodę umów, gdyż mamy do czynienia z sytuacją, w której jeden z podmiotów stosunku zobowiązaniowego ma prawo do dowolnego kształtowania przedmiotu umowy i arbitralnej zmiany wcześniej ustalonych warunków. Brak określenia konkretnych warunków zmiany rzeczowego zakresu realizacji robót i w konsekwencji - należnego wynagrodzenia, stanowi wyraz nadmiernego przerzucenia ryzyka na wykonawców, którzy pozostają w niepewności co do zakresu swojego świadczenia, będąc jednocześnie pozbawionymi jakichkolwiek uprawnień.

5. W ocenie Odwołującego, w omawianym przypadku, Zamawiający próbuje w sposób nieuprawniony przerzucić na wykonawców całość ryzyka i odpowiedzialności finansowej za zaistnienie tych sytuacji.

6. W związku z powyższym wykonawca nie jest w stanie oszacować w jakim zakresie może dojść do jednostronnej zmiany zakresu umowy i w konsekwencji przysługującego wykonawcy wynagrodzenia. Kalkulacja takich ryzyk przy takich zastrzeżeniach poczynionych przez Zamawiającego byłaby przy tym na tyle spekulacyjna, że prowadzić mogłaby wprost do nieporównywalności składanych ofert. W konsekwencji oznacza to, że obecny kształt postanowień przewidzianych przez Zamawiającego nie tylko nie gwarantuje mu wdrożenia opisanych postanowień, ale też naraża go na kalkulację ryzyk po stronie wykonawców z tego wynikających, które to ryzyka mogą nigdy się nie zaktualizować (co oznaczałoby wydatkowanie środków publicznych zakładające ekstrapolacyjne koszty). Tymczasem jak wskazała KIO w wyroku z dnia 22.01.2014 r. (sygn. akt KIO 24/14): „Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.” Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (§13 ust. 3 pkt 6 Umowy) przez nadanie jej następującego brzmienia:

Zmiany, o których mowa w ust. 1, których Zamawiający będzie mógł dokonać zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1) Ustawy Prawo zamówień publicznych, mogą obejmować:

zmianę zakresu robót budowlanych poprzez ich ograniczenie w sytuacji, gdy wykonanie niektórych robót okazało się zbędne, zmieniły się okoliczności związane z wykonaniem Umowy lub wykonanie poszczególnych robót nie leży w interesie publicznym lub Zamawiającego. Wynagrodzenie Wykonawcy zmniejsza się odpowiednio w stosunku do zmniejszonego zakresu robót z uwzględnieniem mechanizmu opisanego w ust. 6. Zamawiający określa minimalny zakres realizacji przedmiotu zamówienia na 90% wartości oferty Wykonawcy.

V. Zarzut dotyczący zastrzeżenia możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego (przekraczającego) wysokość kar umownych do wysokości nie tylko rzeczywiście poniesionej szkody, ale również utraconych korzyści - zarzut nr 5

1. W treści §12 ust. 3 Umowy Zamawiający określił, że:

Strony ustalają, że będą mogły dochodzić odszkodowania uzupełniającego (przewyższającego - dopisek Odwołującego, który wynika z treści postanowienia) wysokości kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i

utraconych korzyści do wysokości 70% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 4 ust. 1 Umowy.

2. Na podstawie powyższego postanowienia Zamawiający ustala możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość kar umownych, jednak nie tylko w zakresie rzeczywiście poniesionej szkody, co jest ustaloną praktyką rynkową, ale także utraconych korzyści, a zatem nie tylko *damnum emergens*, ale i *lucrum cessans*. Co prawda Zamawiający powyższe uprawnienie przewidział dla „Stron”, a zatem nie tylko dla samego Zamawiającego, ale nie zmienia to faktu, że w tej sytuacji to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma istotnie większe szanse na dochodzenie odszkodowania uzupełniającego, które poza rzeczywiście poniesioną szkodą będzie obejmować również utracone korzyści. Zdaniem Odwołującego, brzmienie kontestowanego postanowienia powoduje, że to przede wszystkim wykonawca poniesie odpowiedzialność z tytułu odszkodowania uzupełniającego przekraczającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Z uwagi na zasady współzycia społecznego oraz konieczność oszacowania przez Wykonawcę ryzyka kontraktowego i tym samym wartości oferty niezbędnym jest wprowadzenie ograniczenia wysokości odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia wyłącznie do rzeczywiście poniesionej szkody. Uwzględnianie w zakresie odpowiedzialności również utraconych korzyści prowadzi do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń. Jednocześnie, uwzględnienie *lucrum cessans*, ze względu na swój właściwie nieograniczony charakter znacząco wpłynie na krąg podmiotów biorących udział w przetargu i sprawi, że ceny ofert wzrosną poprzez konieczność uwzględnienia tego ryzyka kontraktowego przez Wykonawców.

3. Warto w tym miejscu jednocześnie zaznaczyć, że ustalenie odpowiedzialności jedynie do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody jest obecnie standardem rynkowym i dobrym obyczajem obowiązującym przy zawieraniu umów, szczególnie o znacznej wartości i stopniu skomplikowania.

4. Odwołujący jest zdania, że co do zasady Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ KC z zastrzeżeniem ograniczeń wynikających z ustawy Pzp. Jednakże zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był

sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Kwestionowane postanowienie umowy prowadzi zdaniem Odwołującego do ustanowienia nadmiernych i nieadekwatnych obciążeń Wykonawcy, naruszających również wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności.

5. Odwołujący wskazuje, że Kodeks cywilny przewiduje możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego ponad wysokość zastrzeżonej kary umownej, stanowiącej tzw. surogat odszkodowania. Tym samym skorzystanie z takiej możliwości przez Zamawiającego nie narusza ustawy. Należy jednak zauważyć, że górną wysokość odszkodowania wyznacza wysokość powstałej szkody. Łączna kwota kary umownej odszkodowania uzupełniającego nie może bowiem przekraczać wysokości szkody, powstałej na skutek wskazanych w umowie okoliczności, przy czym w zakresie przekraczającym karę umowną strony będą zmuszone wykazać wszystkie przesłanki odpowiedzialności wykonawcy na zasadach ogólnych, tj. udowodnić fakt powstania szkody i jej wysokość, a także adekwatny związek przyczynowy między niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania a szkodą, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu przy roszczeniach odszkodowawczych.

6. Wprowadzenie w umowie odszkodowania uzupełniającego uwzględniającego *lucrum cessans* sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku i zasadom współzycia społecznego. Tego typu postanowienie stanowi wyraz nadużycia prawa ze strony Zamawiającego. Należy podkreślić, że celem udzielenia i przyjęcia do realizacji zamówienia jest jego należyte wykonanie przez wykonawcę. Obie strony mają zatem osiągnąć dozwoloną korzyść w wyniku realizacji tej umowy. Zamawiający ma uzyskać należyte wykonanie przedmiot umowy, a druga strona zapłatę za jego wykonanie. Wykonawca, do którego stosuje się miernik staranności przewidziany dla profesjonalisty, winien zatem tak działać, aby nie doszło po stronie Zamawiającego do szkody, która byłaby następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

7. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że przewidzenie limitu procentowego odszkodowania uzupełniającego w wysokości 70% jest rażąco wygórowane, podczas gdy powinno być maksymalne takie, jak został przez Zamawiającego określony limit kar umownych ze wszystkich tytułów. Odmienne ukształtowanie tego limitu w sposób niewspółmierny przerzuca ryzyka na wykonawcę i stanowi o zupełnej nieproporcjonalności postanowień umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ (§12 ust. 3 Umowy) przez nadanie jej następującego brzmienia:

Strony ustalają, że będą mogły dochodzić odszkodowania uzupełniającego (przewyższającego - dopisek Odwołującego, który wynika z treści postanowienia) wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody do wysokości 30% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 4 ust. 1 Umowy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: „ustawa Pzp”, po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez ww. Odwołującego, składam odpowiedź na odwołanie wniesione w niniejszym Postępowaniu:

Zarzut 1.

Zamawiający uwzględnił zarzut i w dniu 6.09.2024 r. wprowadził zmiany zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zarzut nr 2

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Przywoływana przez odwołującego treść postanowień SWZ (§ 4 ust 4) oraz pkt 17.8 SWZ są powieleniem treści art. 632 § 1 Kc. Żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania stosowania wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o zamówienie publiczne. Przeciwnie - art. 8 Pzp wprost odsyła do przepisów Kc w sprawach nieuregulowanych w Pzp. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest modyfikowane przez jakiegokolwiek przepis prawa zamówień publicznych, co oznacza, że w całości stosuje się doń przywołany art. 632 Kc. Art. 433 pkt 3) Pzp, na naruszenie, którego wskazuje Odwołujący, nie jest w żaden sposób naruszany przepisem art. 632 Kc i odpowiadającymi mu postanowieniami umowy i SWZ. Przepisy te bowiem dotyczą odmiennych (rozłącznych) stanów faktycznych i ich współstosowanie przez zamawiającego jest prawidłowe. Art. 632 Kc dotyczy przeniesienia na wykonawcę ryzyka rozmiaru i kosztów prac wykonania przedmiotu robót zgodnie z umową i OPZ. I tego zamawiający od wykonawcy oczekuje w ramach wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie z jego istotą. W żadnym razie jednak art. 632 Kc nie dotyczy konieczności wykonywania przez Wykonawcę czynności umową nie objętych, w tym takich których konieczność wykonania została w 100% wywołana działaniami Zamawiającego.

Tego rodzaju postanowień tj obarczania ryzykiem wykonawcy za okoliczności, które w 100% obciążają zamawiającego zabrania art. 433 pkt 3) Pzp. Jednakże ani wskazane w odwołaniu postanowienia SWZ ani jakiegokolwiek inne postanowienia dokumentów zamówienia nie kształtują odpowiedzialności w ten sposób.

Odwołujący, domagając się modyfikacji SWZ w sposób wskazany w odwołaniu, próbuje normę ustaloną w art. 433 pkt 3) ustanawiającą zakaz przenoszenia na wykonawcę ryzyka wywołanego w całości przez zamawiającego, wykorzystać do zdjęcia z siebie jakiegokolwiek ryzyka - w tym ryzyka własnych niestarych zachowań, ryzyka nie wywołanego przez żadną ze stron umowy. Przepis art. 433 pkt 3) nie daje wykonawcy takiego prawa.

Nie znajduje także uzasadnienia zarzut naruszenia art. 431 oraz 353¹ Kc przez użyte w dokumentach zamówienia pojęcia identyczne jak w art. 632 Kc. Biorąc pod uwagę, że art. 431 Pzp (o obowiązku współpracy stron umowy) w zasadzie odpowiada swą treścią art. 354 Kc, a także fakt, że wszystkie te przepisy (art. 354, art. 353¹, art. 632 § 1) współistnieją w Kc - zarzut Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że Kc jest wewnętrznie sprzeczny i odpowiedzialność przy wynagrodzeniu ryczałtowym taka jak ustalił ją ustawodawca, nie zgadza się z ustaloną przez ustawodawcę zasadą współpracy i swobodą umów. Poglądu tego z przyczyn oczywistych nie da się podzielić.

Odwołujący nie próbuje nawet wskazać, w jaki sposób jego zdaniem w zakresie tego zarzutu doszło do naruszenia art. 99 Kc. Nie wskazał bowiem na jakiegokolwiek braki lub niejasności w OPZ ograniczając się do sformułowania tezy że OPZ powinien być wyczerpujący. Zamawiający ocenia OPZ jako wyczerpujący i sporządzony z należytą starannością.

Zarzut nr 3

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Opis przedmiotu zamówienia został w tym przypadku sporządzony zgodnie z art. 99 Pzp a odpowiedzialność na wykonawcę została przeniesiona za uszkodzenie lub zaginięcie „wszelkiego” mienia. Nie sposób opisać to dokładniej. Słowo „wszelkie” jest powszechnie zrozumiałe, podobnie jak słowo „mienie”. Zakres odpowiedzialności wykonawcy jest więc znany. Fakt, że wykonawca ocenia ten zakres za nadmiernie szeroki, nie stanowi o naruszeniu art. 99 Pzp, który nie zakazuje szeroko ustalać odpowiedzialności wykonawcy za szkody. Nie ma w przepisach Pzp, ani w przepisach Kc norm które zabraniałyby odpowiedzialność tą nakładać także za zniszczenie lub zaginięcie mienia nie związanego bezpośrednio z realizacją przedmiotu umowy jednakże pozostającego na terenie budowy. Wykonawca, domagając się tego ograniczenia, próbuje zwolnić się z odpowiedzialności za zniszczenia mienia, które z budową bezpośrednio związane nie jest, nawet gdy niesporne byłoby, że wykonawca mienie takie zniszczył czy dopuścił do jego zaginięcia. Po skreśleniu żądanych postanowień Umowy wykonawca mógłby bez

konsekwencji uszkodzić urządzenia zamawiającego które znajdują się np. przy drogach dojazdowych do budowy (i wielu innych miejscach) jeśli nie mają z budową związku.

W ocenie zamawiającego w ten sposób to Odwołujący próbuje korzystać z prawa w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem i wbrew zasadom współżycia społecznego, których naruszenie bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu w odwołaniu.

Zarzut nr 4

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Odwołujący, domagając się ustalenia limitu ewentualnych zmian umowy, zdaje się mylić przepisy przywołane w treści zarzutu z art. 433 pkt 4) Pzp, który zabrania jednostronną czynnością zamawiającego ustalać zakresu umowy bez zdefiniowania tzw. części gwarantowanej. Do takiego naruszenia nie doszło i co więcej - naruszenia tego przepisu jednakże zamawiającemu nie zarzucono.

Nie sposób natomiast mówić o naruszeniu art. 16, 8, 99, 431, 455 Pzp i art. 353¹ Kc przez treść § 13 ust. 3 pkt 6) Umowy. To postanowienie kontraktowe ze swojej istoty nie może naruszać przepisów dotyczących współpracy stron umowy i opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienie dotyczy bowiem dopuszczalnych zmian umowy, tj. czynności dwustronnej na którą wymagana jest zgoda obu stron umowy, i wykładnia art. 455 ustawy Pzp jest w tym zakresie jednoznaczna. Ewentualny brak zgody wykonawcy na zmiany przewidywane w § 13 Umowy spowoduje, że zmiany te nie będą wprowadzone. Postanowienie to nie może więc naruszać żadnych praw wykonawcy, stąd w tym przypadku także ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania zarzut winien być oddalony.

Zamawiający zwraca przy tym ponownie uwagę, że z uzasadnienia odwołania wynika, iż Odwołujący niesłusznie przyjmuje, że § 13 ust. 3 pkt 6) ustala władztwo zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy, podczas gdy to postanowienie ustala jedynie prawo zamawiającego do wprowadzenia zmian. Prawo to, by mogło się zmaterializować - jak każda zmiana umowy, musi wiązać się ze zgodą drugiej strony umowy na każdą zmianę.

Zarzut nr 5

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Jak słusznie zwraca uwagę Odwołujący, prawo żądania odszkodowań za utracone korzyści do ściśle określonej wysokości dotyczy obu stron umowy - nie może więc dojść do zarzucanego naruszenia zasad współżycia społecznego lub stosowania prawa niezgodnie z jego przeznaczeniem. Co więcej - ustalenie wysokości odszkodowania na poziomie niższym niż możliwa szkoda (70%) nie stanowi o nadużyciu prawa przez twórcę wzorca, nie narusza też zasady proporcjonalności. Zasadą w przepisach prawa cywilnego jest możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę w pełni, a wysokość szkody i tym samym żądanego odszkodowania podlegają ocenie sądu. Pogląd Odwołującego,

że wysokość odszkodowania winna być limitowana w sposób tożsamy jak limitowanie kar umownych, nie znajduje oparcia w żadnym przepisie prawa. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że ewentualny brak kontraktowych postanowień o szczegółowych zasadach odszkodowania za szkody przenoszące wysokość kar umownych, dozwalałby zamawiającemu dochodzenie od wykonawcy odszkodowania w wysokości pełnej. Tym samym w ocenie zamawiającego wątpliwy jest interes Odwołującego w sformułowaniu zarzutu nr 5.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Sygn.akt KIO 3046/24 (Instal Warszawa S.A. z s. w Warszawie) i Sygn.akt KIO 3056/24 (Budimex S.A. z s. w Warszawie)

Złożone odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 2”, znak sprawy nadany wewnętrznie przez zamawiającego: PN/0123/B/2024/1, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; Numer publikacji ogłoszenia: 485842-2024; Numer wydania Dz.U. S: 157/2024; Data publikacji: 13/08/2024.

Sygn.akt KIO 3046/24 Odwołanie Instal Warszawa S.A. z s. w Warszawie

Odwołaniem zaskarżono

1. czynności opisu w pkt 8.5.2 ust. 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;
2. czynności opisu w pkt 8.5.3 ust. 5) (Kierownik robót elektrycznych) SWZ warunku udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;

Powyższe czynności zamawiającego stanowiły podstawę sformułowania zarzutów odwołania o naruszeniu następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.2 ust. 1) SWZ warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;
2. art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp i art. 112 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność opisaną w pkt 8.5.3 ust. 5) (Kierownik robót elektrycznych) SWZ warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej dysponowania osobami kierowanymi do wykonania zamówienia przez wykonawcę w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a dodatkowo naruszający zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców;

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1) zmianę treści pkt. 8.5.2 ust. 1 SWZ przez zastąpienie treści „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ ” treścią „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/tub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ ” oraz dodanie wyjaśnienia o następującej treści: „Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 Lipca 2017 r. - Prawo wodne”;

2) zmianę treści 8.5.2 ust. 1 SWZ przez zastąpienie w pkt b) sformułowania „urządzenia” na „urządzeń systemu” tj. nadanie mu treści:

8. 5.2 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

1) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/tub

wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ zakończone pozytywnym rozruchem

mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,
- b) dostawę i montaż urządzeń systemu napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej

$Q_{\text{Pow}}=6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2000\text{ m}^3/\text{h}$,

- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$

Ww. zakres określony w pkt. a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów. [...]

*Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne".

3) Zmianę treści pkt. 8.5.3 ust. 5) SWZ poprzez nadanie mu następującej treści:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót - elektrycznych lub kierownika budowy przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż $5\,000\,000\text{ zł}$ netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”

ewentualnie na następującą treść:

„Kierownik robót elektrycznych - 1 osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia, posiadającą co najmniej 12-miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych lub kierownika budowy, w tym przy budowie lub rozbudowie lub przebudowie instalacji elektrycznych o wartości nie mniejszej niż $5\,000\,000\text{ zł}$ netto na obiektach przemysłowych, na jednej inwestycji”

Wniosek o zasądzenie kosztów: Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa

procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Izba na wstępie wskazuje, że zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut dotyczący wymagań jakie sformułowano wobec doświadczenia zawodowego kierownika robót elektrycznych. W związku z tym, że po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba kierując się treścią art. 522 ust.4 ustawy Pzp umorzyła częściowo zarzuty odwołania to jest zarzut dotyczący wymaganego doświadczenia zawodowego od kierownika robót elektrycznych.

Odwołujący składając odwołanie wskazał na posiadany przez niego interes, w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, w uzyskaniu zamówienia, który jest wymagany do złożenia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Wykazując interes w złożeniu odwołania przywołał okoliczność bycia wykonawcą, który zamierza ubiegać się o udzielenie

zamówienia i złożyć ofertę zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie odwołującego, wymagane warunki udziału dotyczące doświadczenia zawodowego wykonawcy składającego ofertę oraz doświadczenia zawodowego osoby kierowanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych, są nadmierne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a przez to dyskryminujące potencjalnego wykonawcę oraz naruszające prawo do uczciwej konkurencji wykonawców. Jak powyżej Izba nadmieniała zarzut, a tym samym jego uzasadnienie przez odwołującego, co do nadmiernego wymagania doświadczenia zawodowego osoby kierowanej na funkcję kierownika robót elektrycznych, został uznany przez zamawiającego, co skutkowało wyłączeniem tego zarzutu od rozpoznania przez Izbę, przez umorzenie w tej części zarzutów odwołania, co znalazło wyraz w sentencji powyższego wyroku. Pozostał do rozpoznania drugi zarzut odwołania dotyczący doświadczenia zawodowego wykonawcy na inwestycji obejmującej budowę czy rozbudowę oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 25 000 m³ ścieków na dobę, gdy według odwołującego wystarczającym jest doświadczenie na inwestycji o przepustowości ścieków na poziomie 20 000 m³ na dobę. Izba w tym pozostałym zakresie dopuszcza odwołanie do rozpoznania uznając, że odwołujący nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego inwestycji na oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 25 000 m³ ścieków na dobę, co uniemożliwia jemu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Przy czym odwołujący jest przekonany, że jest w stanie wykonać prawidłowo przedmiotowe zamówienie, a warunki wymaganego doświadczenia od potencjalnego wykonawcy są nadmierne, nieuzasadnione technicznie i mogą być bez żadnego ryzyka po stronie zamawiającego obniżone do pułapu 20 000 m³ ścieków na dobę z 25.000 m³ ścieków na dobę.

Podsumowując powyższe oraz w świetle zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, Izba stwierdza po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym prawo do wniesienia odwołania.

Odwołujący dotrzymał terminu do wniesienia odwołania, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacja warunków zamówienia (swz) zostały opublikowane w dniu 13 sierpnia 2024 roku. W świetle powyższego termin na złożenie odwołania upływał w dniu 23 sierpnia 2024 r., a więc odwołanie złożono w obowiązującym 10 dniowym terminie.

Co do stanu faktycznego w sprawie należy stwierdzić, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków - Etap 2 w zakresie:

Części nr 1 - układu technologicznego oczyszczania ścieków (bloków biologicznych i stacji dmuchania)

Części nr 2 - osadników wtórnych z komorami ścieków i osadów oraz pompowni osadów

Części nr 3 - instalacji defosfatacji Części nr 4 - laguny osadowej

Jak już powyżej Izba nadmieniała, zgodnie z pkt 8.5.2 ust. 1) oraz 8.5.3 ust. 5) swz zamawiający wskazał następujące warunki udziału w postępowaniu:

8.5.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia) wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

1) roboty budowlane polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000 \text{ m}^3/\text{d}$, zakończone pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej 5 000 m³,
- b) dostawę i montaż urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej

QPow = 6500 m³/h oraz mieszadeł o wydajności co najmniej 2 000 m³/h,

- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej 5 000 m³,

Ww. zakres określony w pkt. a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów.

Jak już powyżej Izba nadmieniała, według odwołującego określony w swz warunek udziału w postępowaniu jest nadmiarowy, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba rozpatrując zaistniały spór pomiędzy odwołującym a zamawiającym sprowadzający się do żądania obniżenia przepustowości oczyszczalni ścieków, które była budowana, przebudowywana czy też rozbudowywana z 25.000. m³ przepustowości ścieków na dobę na 20. 000 m³ przepustowości ścieków na dobę uwzględniła obowiązujące zasady art. 112 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi zasadami zamawiający ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia przy zachowaniu zasady minimalnego poziomu zdolności.

Odwołujący uzasadniając swoje żądania przywoływał między innymi następującą argumentację: „Przy tak dokładnie określonych parametrach szczegółowych dla oceny posiadania doświadczenia we wskazanym zakresie bez znaczenia

jest przepustowość oczyszczalni, ponieważ nie determinuje ona sposobu realizacji wskazanych robót. Budowa zbiornika o określonej konstrukcji i kubaturze na oczyszczalni ścieków jest przy tym, takim samym wyzwaniem konstrukcyjnym i technologicznym niezależnie od tego, jaką przepustowość ma oczyszczalnia ścieków. Wykonanie zbiornika o parametrach wskazanych przez Zamawiającego da takie samo doświadczenie, gdy wykonany zostanie na oczyszczalni ścieków o przepustowości 10 000 m³/d czy 25 000 m³/d. Dalej jest to „budowa zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej 5 000 m³”. „Odwołujący posiada doświadczenie w każdym z wymaganych przez Zamawiającego elementów określonych w punkcie a) - c) - nawet na więcej niż jednej inwestycji na każdy podpunkt. Każdy z zakresów realizowany był na budowie, rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków. Jednak były to oczyszczalnie o przepustowościach od 13 500 m³/d do 22 000 m³/d oraz powyżej 100 000 RLM (a więc spełniające wymagania technologiczne takie jak Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków). Jednak żadna z nich nie spełnia kryterium wymaganej przez Zamawiającego przepustowości. Oznacza to, że pomimo spełniania przez Odwołującego szczegółowych warunków udziału, a więc posiadania doświadczenia w wymaganym zakresie, które daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, Odwołujący nie może wziąć udziału w postępowaniu. Wskazać też należy, że skoro dla zdobycia doświadczenia w poszczególnych punktach a) - c) wystarczająca była realizacja prac na oczyszczalniach o mniejszych parametrach, a Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału na minimalnym poziomie, który jest konieczny, a zarazem wystarczający, to należy uznać, że parametr 25 000 m³/d jest nadmiarowy, a wystarczającym będzie 20 000 m³/d.” (...) „Podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania

przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest je określić na minimalnym poziomie, który pozwoli na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zrealizowanie budowy zbiornika określonym w lit a) oraz dostawą i montażem urządzeń, o których mowa w lit b) i c) będzie polegała na wykonaniu tych samych czynności i będzie analogicznie skomplikowana, niezależnie od tego, jaką przepustowość ma określona oczyszczalnia ścieków. Przedmiotem weryfikacji doświadczenia w tym zakresie nie jest budowa oczyszczalni ścieków, ale konkretne roboty zrealizowane w ramach rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków.”

„Przepustowość, a więc wielkość oczyszczalni, na której realizowane są roboty nie ma znaczenia dla prac wskazanych w poszczególnych podpunktach. Jest istotna pod względem technologicznym, a więc osiągnięcia efektu oczyszczania ścieków. Jednak kryterium, które determinuje obowiązujące przepisami prawa wymogi dla poszczególnych oczyszczalni wyrażone jest nie w przepustowości wyrażonej liczbowo, ale wielkości wyrażonej za pomocą RLM. W tym zakresie wymaga wskazania, że zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (dalej „Rozporządzenie”) oczyszczalnie ścieków podlegają kategoryzacji według RLM. Stosownie do § 2 pkt 1) Rozporządzenia przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne. Według pkt 3) RLM oczyszczalni - rozumie się przez to projektowe obciążenie oczyszczalni ścieków wyrażone równoważną liczbą mieszkańców RLM; a w przypadku braku projektowej wartości RLM, rozumie się przez to wartość ustaloną na podstawie maksymalnego projektowego ładunku pięciodobowego biochemicznego zapotrzebowania na tlen (BZT₅), gdzie 1 RLM oczyszczalni równy jest ładunkowi BZT₅ w ilości 60 g tlenu na dobę. Zatem według przepisów Rozporządzenia istotne w kontekście kategoryzacji oczyszczalni ścieków jest jej wielkość wyrażona w liczbie RLM, a nie średniodobowa przepustowość oczyszczalni. Wskazujemy, że punktem granicznym jest wartość RLM powyżej 100 000. Oznacza to, że oczyszczalnia ścieków, niezależnie od przepustowości wyrażonej liczbowo, a obsługująca ponad 100 000 RLM będzie musiała spełniać wyższe wymagania w zakresie oczyszczania ścieków. Do tej kategorii, a więc oczyszczalni obsługujących ponad 100 000 RLM zalicza się Wrocławską Oczyszczalnię Ścieków. W związku z powyższym zasadnym wydaje się by wyrazić przepustowość oczyszczalni również za pomocą RLM(....). Mając na względzie, że dla zdobycia szczegółowego doświadczenia wystarczająca była realizacja prac na oczyszczalniach o przepustowości 20 000 m³/d oraz że Wrocławską Oczyszczalnię Ścieków zalicza się do

oczyszczalni, które muszą spełnić wymagania uzyskania efektu ekologicznego dla oczyszczalni o wydajności ponad 100 000 RLM, zdaniem Odwołującego najbardziej miarodajnym, koniecznym ale przede wszystkim wystarczającym do weryfikacji doświadczenia wykonawcy byłoby wymaganie by wykonawca wykazał się realizacją prac określonych w punkcie 1 Warunku Udziału na oczyszczalni ścieków o średniodobowej przepustowości nie mniejszej niż 20 000 m³/d i/lub o wydajności nie mniejszej niż 100 000 RLM. Należy podkreślić, że wymagane elementy mają określone szczegółowe parametry minimalne, zatem średniodobowa przepustowość w oczywisty sposób nie determinuje sposobu ich wykonania”(....) „Określony przez Zamawiającego Warunek Udziału nie tylko jest nadmiarowy, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. zakresu robót budowlanych i dostaw wraz z montażem objętych przedmiotem zamówienia (czego nie należy mylić z budową oczyszczalni ścieków), ale także drastycznie ogranicza konkurencję. W tych warunkach, Zamawiający praktycznie wyeliminował konkurencję pomiędzy wykonawcami, określając w Warunku Udziału wymóg średniodobowej przepustowości oczyszczalni, który w żaden sposób nie weryfikuje zdolności wykonawców do realizacji robót i dostawy wraz z montażem urządzeń będących przedmiotem zamówienia”.

Izba podsumowując stwierdza, że przeważająca argumentacja odwołania, powyżej zacytowana, jak i cytowana w całości we wstępnej części uzasadnienia wyroku, sprowadza się do wskazywania innych mierników zdolności wymaganej niż przepustowość dobową oczyszczalni ścieków, na którą stawia zamawiający w dokumentach zamówienia. Dla odwołującego miarodajnym miernikiem zdolności, tak jak w powyżej przywołanej argumentacji odwołania, jest RML (równoważny miernik ludności) to jest dla miast powyżej 100.000 mieszkańców, dla których to ośrodków ustalono podwyższone parametry oczyszczania ścieków, które w ocenie odwołującego są wystarczające dla zapewnienia właściwej realizacji zamówienia. Ponadto dzięki takiemu miernikowi byłby zdolny do wykazania doświadczenia zawodowego jako wykonawca. Ponadto odwołujący argumentuje, że w jego ocenie przepustowość 20.000 m³ na dobę ścieków jest wystarczającą zwłaszcza, że spełnia szczegółowe wymagania co do urządzeń, które mają być

przedmiotem robót budowlanych „1) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$, zakończone pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,
- b) dostawę i montaż urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej $Q_{\text{Pow}} = 6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2\,000\text{ m}^3/\text{h}$,
- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,

Ww. zakres określony w pkt. a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów”.

Z kolei zamawiający, udzielając odpowiedzi na odwołanie przywołał w szczególności następującą argumentację, jak poniżej, w związku z wnioskiem o oddalenie odwołania, w zakresie nie uwzględnionym, to jest poza zdolnością zawodową kierownika robót elektrycznych, które to żądania uwzględnił.

„Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści pkt 8.5.2. ust. 1 SWZ przez zastąpienie treści „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ ” treścią „o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/lub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}$ ” oraz dodanie wyjaśnienia o następującej treści: „Zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych przez RLM - rozumie się przez to równoważną liczbę mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne”.

Zamawiający, w przywołanej odpowiedzi na odwołanie, nie podzielił stanowiska prezentowanego przez odwołującego w zakresie zarzutu określonego w pkt 1), a dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawców opisanego w pkt. 8.5.2 ust. 1) swz. Zamawiający oświadczył, że warunek ten został ukształtowany w granicach i na podstawie prawa, jest uzasadniony i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. „Zamawiający, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu wskazał, że „uzna za spełnione warunki, o których mowa w pkt 8.1, jeżeli Wykonawca:

8. 5.2 w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należyście:

1) roboty budowlane polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$, zakończone pozytywnym rozruchem mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej (...)”.

Zamawiający nie podzielał żądania odwołania obniżenia o 5 tys. przepustowości ścieków na dobę jako wymagane minimalne doświadczenie wykonawcy argumentował stanowisko w następujący sposób „Wymaganie to zostało sformułowane po szczegółowej analizie cech

planowanego obiektu, dla którego budowy doświadczenie jest badane. Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków jest jedną z pięciu największych oczyszczalni ścieków w Polsce. Obecny etap budowy dotyczy budowy instalacji do odzysku fosforu, przebudowa laguny osadowej - zbiornik o pojemności $30\,784\text{ m}^3$, rozbudowy części biologicznej oczyszczalni w tym przebudowy 7 szt. osadników wtórnych i budowy nowego osadnika o kubaturze $14\,252\text{ m}^3$ oraz wymiany urządzeń do napowietrzania ścieków w postaci 5 dmuchaw o wydajności $15\,000\text{ m}^3/\text{h}$ każda, a wartość robót oszacowana jest na więcej niż 100 mln zł. Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, określił je adekwatnie do skali planowanych robót, jednakże, by nie naruszyć zasady proporcjonalności, obniżył je w stosunku do cech obiektu wznoszonego, są to więc warunki:

- proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bo uwzględniają minimalne (znacznie mniejsze od parametrów rozbudowywanych elementów oczyszczalni ścieków) parametry obiektów wykonaniem których wykonawca powinien się wykazać - parametry podane w warunkach są znacznie mniejsze od parametrów obiektów i urządzeń budowanych na oczyszczalni,
- określające minimalny poziom zdolności wykonawcy w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- uwzględniające sytuację rynkową w zakresie potencjalnych wykonawców, którzy mogą ubiegać się o zamówienie. Zgodnie z wykonaną przez zamawiającego analizą danych z VI aktualizacji Krajowego Programu Oczyszczania Ścieków Komunalnych (VI AKPOŚK) ilość oczyszczalni o parametrach przepustowości $25\,000\text{ m}^3/\text{d}$. (a więc o parametrze takim jak w treści warunku) wynosi ponad 50 w Polsce. - dane te pochodzą ze stron Ministerstwa Infrastruktury - („VI aktualizacja Krajowego programu oczyszczania ścieków komunalnych - załącznik nr 3”, dokument ten (wersja XLSX) stanowi zał. nr 3 do niniejszego pisma),
- nie można także pominąć faktu, że zamawiający celem zwiększenia konkurencji ustalił aż 15 letni okres honorowanego doświadczenia.”

Tak, w cytowanym powyżej skrócie, zamawiający uzasadniał w odpowiedzi na odwołanie decyzję o ustaleniu wymaganych parametrów doświadczenia zawodowego potencjalnych wykonawców. Zdaniem zamawiającego określił je jako minimalne w stosunku do rozmiaru inwestycji rozbudowy oczyszczalni, wskazał na wydłużony 15-letni okres zdobycia doświadczenia zawodowego oraz na rykowość modernizowanej oczyszczalni w porównaniu z obiektami w skali kraju. Według zamawiającego, parametry obiektu i urządzeń w nim, określone w warunku udziału, wskazują minimalny poziom zdolności wykonawcy, potrzebny

do zrealizowania zamówienia, co Izba potwierdza, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego (swz w tym dokumentacja projektowa).

Jak wyjaśniał zamawiający podana w warunku średniodobowa przepustowość oczyszczalni o wielkości nie mniejszej niż $25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ została ustalona przez zamawiającego na poziomie przepustowości jednego ciągu procesowego w układzie podlegającym rozbudowie, która wynosi pojedynczo $28\,000\text{ m}^3/\text{dobę}$.

Izba podziela pogląd, że wśród warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy ważne znaczenie dla sprawdzenia niezbędnego doświadczenia i minimalnego poziomu zdolności wykonawcy, ma doświadczenie w realizacji obiektów o określonej przepustowości oczyszczalni ścieków, na której wykonawca wykonywał roboty. To podstawowy parametr, który mówi o wielkości obiektu i instalacji na nim zamontowanych, złożoności układu oczyszczalni i co najważniejsze o objętości ścieków znajdujących się w układzie w trakcie wykonywania prób i sprawdzeń oraz rozruchu oczyszczalni, przeprowadzanych przez wykonawcę. W ocenie Izby, wskazane parametry obiektu i urządzeń w nim, określają wielkość przepustowości ścieków na obiekcie, zarządzania inwestycją i ostatecznie gwarantują zamawiającemu skuteczny rozruch obiektu jako oczyszczalni ścieków.

Zamawiający odmowę zmiany doświadczenia w zakresie przepustowości oczyszczalni dodatkowo uzasadnia (...) „Nie jest prawdą, jak to pisze wykonawca w Odwołaniu, że przepustowość oczyszczalni liczona w m^3/d nie ma znaczenia dla wielkości budowanych na oczyszczalni ścieków obiektów, ponieważ jest to główny parametr, na podstawie którego projektowane są np. ilości, wielkości i moce elektryczne urządzeń, ilości i kubatury zbiorników, średnice rurociągów i armatury. Dodanie do warunku dodatkowego parametru wydajności oczyszczalni podanego w RLM w wysokości 100 000 RLM, jak proponuje Odwołujący, nie jest prawidłowym parametrem, który pozwalałby Zamawiającemu sprawdzić potrzebne doświadczenie Wykonawców. RLM-y nie są jedynym parametrem określającym wydajność doborianych urządzeń, rurociągów, skomplikowania automatyki itp., a przy tych samych wartościach RLM, przepustowość oczyszczalni, i co za tym idzie kubatury obiektów i wielkości urządzeń, mogą być różne. Dlatego też Równoważna Liczba Mieszkańców nie jest wymiernym wskaźnikiem do budowania warunku udziału w postępowaniu warunkującego potrzebne doświadczenie dla wykonawcy robót. Wrocławska Oczyszczalnia Ścieków pracuje obecnie na wydajności RLM 1 050 000, a docelowo 1 400 000. Wnioskowana przez Odwołującego zmiana, dotycząca wprowadzenia do warunku wydajności oczyszczalni ścieków o wartości 100 000 RLM, jest nieadekwatna do skali przedmiotu zamówienia. Ustalone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej (Dz.U. 2019 poz. 1311) kategorie oczyszczalni uzależnione od RLM (równoważnej liczby mieszkańców) opisują

wymagania dotyczące skuteczności usuwania zanieczyszczeń (parametrów jakościowych ścieków oczyszczonych odprowadzanych do środowiska), a nie ustalają typów układów technologicznych, wielkości zbiorników, urządzeń czy instalacji oraz sposobu ich współpracy. To, że Odwołujący wykonywał zbiorniki o podobnych gabarytach lub montował urządzenia o zbliżonych parametrach do podanych w warunku, ale w oczyszczalni o mniejszej przepustowości nie daje mu wymaganego doświadczenia do zrealizowania tak skomplikowanych robót jakie są przedmiotem zamówienia na jednej z największych oczyszczalni ścieków komunalnych w Polsce.”

W ocenie Izby powyższa argumentacja zamawiającego całkowicie wykazuje bezzasadność żądania odwołującego posługiwania się wskaźnikiem RML przy wyznaczaniu niezbędnego doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Z kolei co do zasadności wymogu doświadczenia zawodowego wykonawcy na obiekcie o przepustowości minimum $25\,000\text{ m}^3$ na dobę niech posłuży poniższa argumentacja zamawiającego: (...) ”Posiadanie przez Wykonawcę wymaganego doświadczenia pozwoli Zamawiającemu na wstępną weryfikację czy Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia będzie w stanie poradzić sobie m. in. z realizacją prac przy tak dużym napływie ścieków (po rozbudowie WOŚ na każdy ciąg ściekowy - 5 ciągów biologicznych - przypada przepustowość ok. $30\,000\text{ m}^3/\text{d}$ w pogodzie suchej, a $40\,000\text{ tys. m}^3/\text{d}$ w pogodzie deszczowej).”(…) ”Doświadczenie wykonawcy w wykonaniu rozruchu mechanicznego, technologicznego i hydraulicznego daje mu umiejętność rozumienia jak przebiega proces technologiczny oczyszczania i gwarancję, że będzie umiał poradzić sobie z prawidłowym jego przeprowadzeniem i osiągnięciem niezbędnych parametrów urządzeń i procesu oczyszczania ścieków. Takiego doświadczenia nie daje same wybudowanie obiektów kubaturowych np. zbiorników czy dostawa i montaż urządzeń. Brak tego doświadczenia może doprowadzić nawet do katastrofy ekologicznej spowodowanej wylaniem podczas prób nieoczyszczonych ścieków do środowiska, wtedy gdy wykonawca nie będzie umiał sobie poradzić z bardzo dużą ilością ścieków jakie będzie musiał obsłużyć podczas prowadzonych prób i rozruchu oczyszczalni. Dlatego prowadzenie rozruchu jest jednym z najważniejszych umiejętności Wykonawcy.(...) Prowadzenie robót na czynnym obiekcie, nie zakłócając przy tym pracy oczyszczalni, wymaga od wykonawców bardzo dużych umiejętności organizacyjnych, technicznych i posiadania dużego zaplecza osobowego i sprzętowego. Biorąc pod uwagę, iż rezultatem przedmiotowego postępowania będzie rozbudowana oczyszczalnia ścieków do przepustowości $Q_{\text{śred}} = 147\,000\text{ m}^3/\text{d}$, wymaganie dotyczące posiadania doświadczenia z uwzględnieniem przepustowości oczyszczalni ścieków na poziomie $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$, nie jest wymaganiem nadmiernym ani nieproporcjonalnym. Warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznych lub zawodowych zostały ukształtowane przez pryzmat opisu

przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem sytuacji faktycznej i prawnej na rynku zamówień publicznych z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający zastosował się do zasad określonych w ustawie i nie zastosował w warunkach wymagań wykazania się doświadczeniem 1:1, w stosunku do przedmiotu, analizując także rynek w zakresie wykonanych inwestycji".(...) "Odwołujący nie wykazał przy tym, iż na rynku nie były zrealizowane zamówienia o skali podobnej do przedmiotowego zamówienia czy też skali określonej w warunkach udziału w postępowaniu w okresie ostatnich 15 lat. Zamawiający zwraca uwagę, iż wymagana przepustowość $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ nie jest wygórowana, także przy uwzględnieniu faktu, iż w Polsce występuje kilkadziesiąt oczyszczalni ścieków o przepustowości min. $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i w ciągu ostatnich 15 lat większość z nich została poddana rozbudowie".(...) "W związku z powyższym, mając na uwadze bardzo duży i skomplikowany zakres robót jaki obejmuje przedmiot zamówienia, zdaniem Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zostały ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamawiania, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a jednocześnie dające Zamawiającemu rękojmię wyłonienia wykonawcy z dużym, niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia, doświadczeniem".

W ocenie Izby w powyżej cytowanych fragmentach stanowiska zamawiający wykazał bezspornie, że zarzut odwołującego zmniejszenia przepustowości z $25\,000$ do $20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ jest nieuzasadniony i tak:

na każdy ciąg ściekowy - 5 ciągów biologicznych - przypada przepustowość ok. $30\,000\text{ m}^3/\text{d}$ w pogodzie suchej, a $40\,000\text{ tys. m}^3/\text{d}$ w pogodzie deszczowej, przy wymogu doświadczenia zawodowego $25\,000\text{ tys. m}^3/\text{d}$;

brak doświadczenia może prowadzić do katastrofy ekologicznej to jest wylania w czasie prób nieoczyszczonych ścieków do środowiska, gdy wykonawca nie będzie umiał zaradzić bardzo dużej ilości ścieków do obsługi w czasie prób i rozruchu oczyszczalni;

przewodzenie robót na czynnym obiekcie, nie zakłócając pracy oczyszczalni, wymaga od wykonawców dużych umiejętności organizacyjnych, technicznych i posiadania dużego zaplecza osobowego i sprzętowego, ponieważ rezultatem postępowania będzie rozbudowana oczyszczalnia ścieków do przepustowości $Q_{\text{śred}} = 147\,000\text{ m}^3/\text{d}$;

zamawiający zastosował się do zasad określonych w ustawie Pzp i nie zastosował w warunkach wymagań wykazania się doświadczeniem 1:1, w stosunku do przedmiotu zamówienia, a bezspornie poniżej potencjału rozbudowywanej oczyszczalni;

zamawiający zwraca uwagę, iż wymagana przepustowość $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ nie jest wygórowana, także przy uwzględnieniu faktu, iż w Polsce występuje kilkadziesiąt oczyszczalni

ścieków o przepustowości min. $Q_{\text{śred}} = 25\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i w ciągu ostatnich 15 lat większość z nich została poddana rozbudowie.

Izba podziela stanowisko zamawiającego co do nie nadużycia prawa, w zakresie określenia wymaganego doświadczenia zawodowego na oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum $Q_{\text{śred}} = 25\text{ m}^3$ na dobę, mając na uwadze parametry techniczne rozbudowywanej oczyszczalni ścieków.

W związku z zarzutem pierwszym odwołujący wniósł również o nakazanie zamawiającemu:

2) zmianę treści 8.5.2. ust. 1 SWZ poprzez zastąpienie w pkt b) sformułowania „urządzenia” na „urządzeń systemu”, tj. nadanie mu treści:

„8.5.2. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (w zakresie doświadczenia), wykaże, że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

1) roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości średniodobowej nie mniejszej niż $Q_{\text{śred}} = 20\,000\text{ m}^3/\text{d}$ i/lub wydajności nie mniejszej niż $100\,000\text{ RLM}^*$ zakończone pozytywnym rozruchem

mechanicznym, hydraulicznym i technologicznym, których zakres obejmował co najmniej:

- a) budowę zbiornika o konstrukcji żelbetowej i kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$,
- b) dostawę i montaż urządzenia systemu napowietrzenia ścieków o wydajności co

najmniej $Q_{\text{Pow}}=6500\text{ m}^3/\text{h}$ oraz mieszadeł o wydajności co najmniej $2000\text{ m}^3/\text{h}$,

- c) dostawę i montaż zgarniaczy w obiekcie o kubaturze co najmniej $5\,000\text{ m}^3$

ww. zakres określony w pkt a) - c) mógł być wykonany w ramach jednej umowy kompleksowo, jak i w ramach odrębnych umów. [...]

Izba podziela stanowisko Zamawiającego dotyczące Zarzutu 1 pkt 2) i tak:

„Zamawiający nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego z zakresie zarzutu określonego w pkt 2), a dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawców opisanego w

pkt. 8.5.2 ust. 1) SWZ. Zamawiający oświadcza, iż warunek ten zostały ukształtowany w granicach i na podstawie prawa, jest uzasadniony i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalając treść warunku i odnosząc wymaganą wydajność do doświadczenia w dostawie i montażu pojedynczego urządzenia (a nie sumy urządzeń systemu) o określonej wydajności, miał na uwadze wielkość planowanych do zamontowania dmuchaw (urządzeń), które są o bardzo dużej wydajności aż 15 000 m³/h każda, a w całym przebudowywanym

systemie napowietrzania będzie aż 5 szt. dmuchaw. Łącznie więc urządzenia systemu będą posiadały wydajność 75 000 m³/h. Oczekiwanie Odwołującego iż wystarczające w tym zakresie będzie doświadczenie w dostawie i montażu systemu urządzeń o łącznej wydajności 6 500 m³/h, tj. 12 krotnie mniejszej, nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający zwraca uwagę, że już obecny (objęty odwołaniem) warunek określa wymaganie co do wydajności urządzenia referencyjnego o ponad 50% niżej parametry urządzenia planowanego do nabycia w postępowaniu (6 500 m³/h versus 15 000 m³/h).

Proponowana przez Wykonawcę zmiana nie pozwoliłaby Zamawiającemu na uzyskanie Wykonawcy, który posiadałby umiejętności adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający jednocześnie informuje, że wprowadził w pkt. 8.5.2 ust. 1) b) SWZ, w celu doprecyzowania definicji „urządzenie” w zapisie warunku „b) dostawę i montaż urządzenia do napowietrzania ścieków o wydajności co najmniej QPow = 6500 m³/h oraz mieszadeł o wydajności co najmniej 2 000 m³/h”, na końcu warunku zdanie:

„Przez sformułowanie „urządzenie do napowietrzania ścieków” należy rozumieć dmuchawę sterowaną poprzez układ automatycznej regulacji zamontowaną w ramach systemu napowietrzania ścieków służącą do napowietrzania ścieków w procesie oczyszczania ścieków.”

Odwołujący pismem z dnia 13 września 2024r. odniósł się do stanowiska zamawiającego to jest do odpowiedzi na odwołanie. Zasadnicza argumentacja odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że wymagania zamawiającego co do posiadanego doświadczenia są nieuprawnione, ponieważ rozwiązania techniczne wynikają z dokumentacji projektowej wykonanej na zamówienie zamawiającego, a odwołujący jako wykonawca odpowiada za zakup odpowiednich zgodnych z dokumentacją projektową urządzeń i ich dostawę oraz montaż. W piśmie tym odwołujący wniósł też o umorzenie zarzutów odwołania na podstawie art.522 ust.4 ustawy Pzp co do doświadczenia zawodowego kierownika robót elektrycznych, co Izba uwzględniła w sentencji wyroku. Izba nie podziela argumentacji odwołującego, co do zasad odpowiedzialności za roboty budowlane w systemie buduj, ponieważ to wykonawca odpowiada za efekt odbioru i oczyszczania ścieków zgodnie z dokumentacją oraz rozruch, odbiór inwestycji i uzyskanie pozwolenia na jej użytkowanie, włącznie z obowiązkiem zgłoszenia uwag jako wykonawca do dokumentacji projektowej. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbudowie i modernizacji Wrocławskiej Oczyszczalni Ścieków – etap 2 w zakresie i na warunkach określonych w umowie, wyjaśnieniach do swz, dokumentacji projektowej, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, swz, ofercie wykonawcy. Do obowiązków wykonawcy należy przeprowadzenie prób i

rozruchów montowanych urządzeń oraz uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie w imieniu zamawiającego wraz ze sporządzeniem dokumentacji powykonawczej, jak i wykonywanie serwisu i przeglądów gwarancyjnych w ramach rękojmi i gwarancji zgodnie z kartą gwarancyjną według załącznika do umowy.

Podsumowując w ocenie Izby, po analizie i rozważeniu argumentacji odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma odwołującego z dnia 13 września 2024r. (w aktach sprawy), zamawiający ustalając poziom doświadczenia zawodowego dla wykonawcy robót budowlanych, nie przekroczył jego minimalnego poziomu dyktowanego treścią art.112 ust.1 ustawy Pzp., uwzględniając parametry urządzeń jak i docelową wydajność oczyszczalni ścieków.

Odwołujący nie udowodnił naruszenia przepisów ustawy Pzp., które miałyby istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowi podstawę oddalenia odwołania w świetle art.553 w zw. z art.554 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Sygn.akt KIO 3056/24 Odwołanie Budimex S.A. z s. w Warszawie

Co do posiadania interesu i szkody:

Odwołujący jako potencjalny wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia i ma prawo do wniesienia odwołania, powołując się na szereg wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów ustawy Pzp oraz k.c. w związku z postanowieniami wzoru umowy, którą wykonawca będzie zawierał z zamawiającym. Powyższe zarzuty naruszenia ustawy Pzp i k.c. uprawniają odwołującego do rozumienia art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania, skoro w jego

ocenie zawarcie umowy na warunkach ustalonych przez zamawiającego narusza jego interes finansowy w przypadku realizowania zamówienia.

Co do zachowania terminu i wymogów formalnych wniesionego odwołania:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami zamawiającemu.

Odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (postanowień wzoru umowy) dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

1. art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art.654, art.5 i art.353¹ k.c. w zw. z art.16 ustawy Pzp przez wprowadzenie do Wzoru Umowy niespójnych i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

Zarzut oparto na szeregu przepisach w tym na przepisie k.c., który stanowiąc o obowiązkach stron przewiduje po stronie zamawiającego obowiązek odebrania przedmiotu zamówienia i wypracowanego orzecznictwa stanowiącego o obowiązku odebrania przedmiotu zamówienia, jeżeli nadaje się do zwykłego użytkowania, pomimo stwierdzonych usterek przy jego odbiorze. Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie, odnosząc się do zarzutu nr 1 oświadczył, że uwzględnia zarzut i w dniu 6.09.2024 r. wprowadził zmiany zgodnie z żądaniem odwołującego.

W złożonym odwołaniu domagano się zmiany następujących postanowień we wzorze umowy:

Zarzut dotyczący odbioru bezusterkowego - zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził w § 6 i § 7 Umowy m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę odbioru robót:

- § 6 Umowy:

Sposób zapłaty 1. Zapłata wynagrodzenia nastąpi:

- 6) fakturą końcową w wysokości nie mniej niż 10% kwoty wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, po zakończeniu, bezusterkowym odebraniu i przekazaniu przedmiotu Umowy, wystawioną po podpisaniu Świadectwa końcowego wykonania robót sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy i Protokołu Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.

- § 7 Umowy:

4. Strony ustalają, iż przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie całego przedmiotu Umowy. Potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego będzie Protokół Odbioru Końcowego potwierdzający bezusterkowe wykonanie całego przedmiotu Umowy, podpisany przez komisję odbiorową powołaną przez Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza wykonanie odbioru końcowego odrębnie dla części 1, części 2, części 3, części 4. Zamawiający może dopuścić odbiór końcowy bez drobniejszych zaległych prac lub z wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem i nie będzie konieczne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W takim przypadku Zamawiający zatrzyma z faktury końcowej kwotę odpowiadającą wartości zaległych prac do czasu ich wykonania oraz wyznaczy Wykonawcy termin do wykonania tych prac. Zakończenie tych prac będzie potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru prac zaległych.

Zamawiający uwzględniając zarzut zobowiązał się do wprowadzenia następującej treści § 6 i § 7 wzoru umowy

§ 6 Umowy:

Sposób zapłaty 1. Zapłata wynagrodzenia nastąpi:

- 7) fakturą końcową w wysokości nie mniej niż 10% kwoty wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, po zakończeniu, i przekazaniu przedmiotu Umowy, wystawioną po podpisaniu Świadectwa końcowego wykonania robót sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy i Protokołu Odbioru Końcowego przedmiotu Umowy, o którym mowa w § 7 ust. 3 Umowy.

§ 7 Umowy:

5. Strony ustalają, iż przedmiotem odbioru końcowego jest wykonanie całego przedmiotu Umowy. Potwierdzeniem dokonania odbioru końcowego będzie Protokół Odbioru Końcowego potwierdzający - wykonanie całego przedmiotu Umowy, podpisany przez komisję odbiorową powołaną przez Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza wykonanie odbioru końcowego odrębnie dla części 1, części 2, części 3, części 4.

Zamawiający może dopuścić odbiór końcowy bez drobniejszych zaległych prac lub z wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem i nie będzie konieczne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W takim przypadku Zamawiający zatrzyma z faktury końcowej kwotę odpowiadającą wartości zaległych prac do czasu ich wykonania oraz wyznaczy Wykonawcy termin do wykonania tych prac. Zakończenie tych prac będzie potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru prac zaległych.

W związku z powyższym to jest uwzględnieniem zarzutu, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odnoszącego się do „bezusterkowego odbioru przedmiotu zamówienia” zostało umorzone.

2. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp, w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 5 KC przez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego braku możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego w przypadku braku możliwości przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac w czasie zawarcia umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 2);

Izba podzieliła argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, wnoszącego o oddalenie zarzutu. „Przywoływana przez odwołującego treść postanowień SWZ (§ 4 ust 4) oraz pkt 17.8 SWZ są powieleniem treści art. 632 § 1 Kc. Żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania stosowania wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o zamówienie publiczne. Przeciwnie - art. 8 Pzp wprost odsyła do przepisów Kc w sprawach nieuregulowanych w Pzp. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest modyfikowane przez jakikolwiek przepis prawa zamówień publicznych, co oznacza, że w całości stosuje się doń przywołany art. 632 Kc. Art. 433 pkt 3) Pzp, na naruszenie, którego wskazuje Odwołujący, nie jest w żaden sposób naruszany przepisem art. 632 Kc i odpowiadającymi mu postanowieniami umowy i SWZ. Przepisy te bowiem dotyczą odmiennych (rozłącznych) stanów faktycznych i ich współstosowanie przez zamawiającego jest prawidłowe. Art. 632 Kc dotyczy przeniesienia na wykonawcę ryzyka rozmiaru i kosztów prac wykonania przedmiotu robót zgodnie z umową i OPZ. I tego zamawiający od wykonawcy oczekuje w ramach wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie z jego istotą. W żadnym razie jednak art. 632 Kc nie dotyczy konieczności wykonywania przez

Wykonawcę czynności umową nie objętych, w tym takich których konieczność wykonania została w 100% wywołana działaniami Zamawiającego. Tego rodzaju postanowień tj obarczania ryzykiem wykonawcy za okoliczności, które w 100% obciążają zamawiającego zabrania art. 433 pkt 3) Pzp. Jednakże ani wskazane w odwołaniu postanowienia SWZ ani jakiegokolwiek inne postanowienia dokumentów zamówienia nie kształtują odpowiedzialności w ten sposób. Odwołujący, domagając się modyfikacji SWZ w sposób wskazany w odwołaniu, próbuje normę ustaloną w art. 433 pkt 3) ustanawiającą zakaz przenoszenia na wykonawcę ryzyka wywołanego w całości przez zamawiającego, wykorzystać do zdjęcia z siebie jakiegokolwiek ryzyka - w tym ryzyka własnych niestarannych zachowań, ryzyka nie wywołanego przez żadną ze stron umowy. Przepis art. 433 pkt 3) nie daje wykonawcy takiego prawa. Nie znajduje także uzasadnienia zarzut naruszenia art. 431 oraz 353¹ Kc przez użycie w dokumentach zamówienia pojęcia identyczne jak w art. 632 Kc. Biorąc pod uwagę, że art. 431 Pzp (o obowiązku współpracy stron umowy) w zasadzie odpowiada swą treścią art. 354 Kc, a także fakt, że wszystkie te przepisy (art. 354, art. 353¹, art. 632 § 1) współistnieją w Kc -zarzut Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że Kc jest wewnętrznie sprzeczny i odpowiedzialność przy wynagrodzeniu ryczałtowym taka jak ustalił ją ustawodawca, nie zgadza się z ustaloną przez ustawodawcę zasadą współpracy i swobodą umów. Poglądu tego z przyczyn oczywistych nie da się podzielić. Odwołujący nie próbuje nawet wskazać, w jaki sposób jego zdaniem w zakresie tego zarzutu doszło do naruszenia art. 99 Kc. Nie wskazał bowiem na jakiegokolwiek braki lub niejasności w OPZ ograniczając się do sformułowania tezy że OPZ powinien być wyczerpujący. Zamawiający ocenia OPZ jako wyczerpujący i sporządzony z należytą starannością”.

Izba podzieliła w pełni powyżej cytowaną argumentację zamawiającego i uznaje ją za własną w zakresie stwierdzenia bezzasadności żądania odwołującego do zmiany konsekwencji wynikających z przyjętej zasady rozliczenia wynagrodzenia za roboty budowlane w oparciu o ryczałt oraz dokumenty zamówienia obejmujące dokumentację projektową. Odwołujący przyjmując, godząc się na wynagrodzenie ryczałtowe nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, bez względu na okoliczności, które wystąpią po zawarciu umowy. Izba stwierdza, że przedmiotowy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

3. art. 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz przez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy w zakresie zobowiązania wykonawcy do zabezpieczenia przed uszkodzeniem

lub zaginięciem wszelkiego mienia znajdującego się na terenie budowy i tym samym naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych (zarzut nr 3).

Izba podziela argumentację i stanowisko zamawiającego i przyjmuje je jako własne. „Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Opis przedmiotu zamówienia został w tym przypadku sporządzony zgodnie z art. 99 Pzp a odpowiedzialność na wykonawcę została przeniesiona za uszkodzenie lub zaginięcie „wszelkiego” mienia. Nie sposób opisać to dokładnie. Słowo „wszelkie” jest powszechnie zrozumiałe, podobnie jak słowo „mienie”. Zakres odpowiedzialności wykonawcy jest więc znany. Fakt, że wykonawca ocenia ten zakres za nadmiernie szeroki, nie stanowi o naruszeniu art. 99 Pzp, który nie zakazuje szeroko ustalać odpowiedzialności wykonawcy za szkody. Nie ma w przepisach Pzp, ani w przepisach Kc norm które zabraniałyby odpowiedzialność tą nakładać także za zniszczenie lub zaginięcie mienia nie związanego bezpośrednio z realizacją przedmiotu umowy jednakże pozostającego na terenie budowy. Wykonawca, domagając się tego ograniczenia, próbuje zwolnić się z odpowiedzialności za zniszczenia mienia, które z budową bezpośrednio związane nie jest, nawet gdy niesporne byłoby, że wykonawca mienie takie zniszczył czy dopuścił do jego zaginięcia. Po skreśleniu żądanych postanowień Umowy wykonawca mógłby bez konsekwencji uszkodzić urządzenia zamawiającego które znajdują się np. przy drogach dojazdowych do budowy (i wielu innych miejscach) jeśli nie mają z budową związku. W ocenie zamawiającego w ten sposób to Odwołujący próbuje korzystać z prawa w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem i wbrew zasadom współżycia społecznego, których naruszenie bezpodstawnie zarzuca Zamawiającemu w odwołaniu”.

Stanowisko zamawiającego jest słuszne i usprawiedliwione okolicznością wykonywania robót budowlanych na czynnym zakładzie Oczyszczalni Ścieków. Z chwilą przejścia terenu budowy w tym przypadku terenu Oczyszczalni Ścieków co do zasady Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystkie zdarzenia na jej terenie jak Zamawiający przed przekazaniem terenu robót budowlanych (Oczyszczalni Ścieków). Zamawiający ma obowiązek przekazania terenu budowy, z którym wiąże się prawo dysponowania terenem, ale też z obowiązkiem wykonawcy jego zabezpieczenia przed szkodami w mieniu i osobach na nim przebywających. Izba stwierdza, że przedmiotowy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

4. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp i w zw. z art. 455 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 5 KC przez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego możliwości zmiany zakresu zamówienia bez podania limitu, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także dopuszcza zbyt dużą uznaniowość działań Zamawiającego (zarzut nr 4);

Izba podziela argumentację i stanowisko zamawiającego i przyjmuje je za własne, przyjmując wyjaśnienie i interpretację § 13 ust. 3 pkt 6) Umowy, jako stanowiącego podstawę do ustalenia w drodze porozumienia stron zmiany zakresu zamówienia, a nie jednostronnej zmiany zakresu zamówienia przez zamawiającego. „Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Odwołujący, domagając się ustalenia limitu ewentualnych zmian umowy, zdaje się mylić przepisy przywołane w treści zarzutu z art. 433 pkt 4) Pzp, który zabrania jednostronną czynnością zamawiającego ustalać zakresu umowy bez zdefiniowania tzw. części gwarantowanej. Do takiego naruszenia nie doszło i co więcej -naruszenia tego przepisu jednakże zamawiającemu nie zarzucono. Nie sposób natomiast mówić o naruszeniu art. 16, 8, 99, 431, 455 Pzp i art. 353¹ Kc przez treść § 13 ust. 3 pkt 6) Umowy. To postanowienie kontraktowe ze swojej istoty nie może naruszać przepisów dotyczących współpracy stron umowy i opisu przedmiotu zamówienia. Postanowienie dotyczy bowiem dopuszczalnych zmian umowy, tj. czynności dwustronnej na którą wymagana jest zgoda obu stron umowy, i wykładnia art. 455 ustawy Pzp jest w tym zakresie jednoznaczna. Ewentualny brak zgody wykonawcy na zmiany przewidywane w § 13 Umowy spowoduje, że zmiany te nie będą wprowadzone. Postanowienie to nie może więc naruszać żadnych praw wykonawcy, stąd w tym przypadku także ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania zarzut winien być oddalony. Zamawiający zwraca przy tym ponownie uwagę, że z uzasadnienia odwołania wynika, iż Odwołujący niesłusznie przyjmuje, że § 13 ust. 3 pkt 6) ustala władztwo zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy, podczas gdy to postanowienie ustala jedynie prawo zamawiającego do wprowadzenia zmian. Prawo to, by mogło się zmaterializować - jak każda zmiana umowy, musi wiązać się ze zgodą drugiej strony umowy na każdą zmianę.” Powyższe stanowisko zamawiającego, w związku z interpretacją treści § 13 Zmiany umowy ust.3 pkt 6 wzoru

umowy, potwierdza i gwarantuje wykonawcy prawo, a nie obowiązek do zmiany zakresu robót budowlanych poprzez ich ograniczenie. Izba stwierdza, że przedmiotowy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

5. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp i w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 5 KC przez ustalenie możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego (przekraczającego) wysokość kar umownych do wysokości nie tylko rzeczywiście poniesionej szkody, ale również utraconych korzyści, do wysokości aż 70% wynagrodzenia umownego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także narusza zasadę proporcjonalności, w szczególności w stosunku do specyfiki zamówienia i uwarunkowań i praktyk rynkowych (zarzut nr 5).

Izba podziela argumentację i stanowisko zamawiającego i przyjmuje je za własne. „Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Jak słusznie zwraca uwagę Odwołujący, prawo żądania odszkodowań za utracone korzyści do ściśle określonej wysokości dotyczy obu stron umowy - nie może więc dojść do zarzucanego naruszenia zasad współżycia społecznego lub stosowania prawa niezgodnie z jego przeznaczeniem. Co więcej -ustalenie wysokości odszkodowania na poziomie niższym niż możliwa szkoda (70%) nie stanowi o nadużyciu prawa przez twórcę wzorca, nie narusza też zasady proporcjonalności. Zasadą w przepisach prawa cywilnego jest możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę w pełni, a wysokość szkody i tym samym żądanego odszkodowania podlegają ocenie sądu. Pogląd Odwołującego, że wysokość odszkodowania winna być limitowana w sposób tożsamy jak limitowanie kar umownych, nie znajduje oparcia

w żadnym przepisie prawa. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że ewentualny brak kontraktowych postanowień o szczegółowych zasadach odszkodowania za szkody przenoszące wysokość kar umownych, dozwalałby zamawiającemu dochodzenie od wykonawcy odszkodowania w wysokości pełnej. Tym samym w ocenie zamawiającego wątpliwy jest interes Odwołującego w sformułowaniu zarzutu nr 5." Ustalenie granicy wysokości dochodzenia odszkodowania „na poziomie niższym niż możliwa szkoda (do 70% wynagrodzenia umownego)” nie stanowi nadużycia prawa przez zamawiającego, ponieważ nie narusza bezwzględnie obowiązującego prawa, równowagi

stron umowy, praw podmiotowych wykonawców, a także zasady proporcjonalności i jest prawem obu stron. Izba stwierdza, że przedmiotowy zarzut odwołania podlega oddaleniu.

Podsumowując powyższe Izba nie stwierdza niezgodności projektowanych postanowień umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy co stanowi podstawę oddalenia odwołania na podstawie art.553 w zw. z art.554 ust.1 pkt 2) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00 zł na rzecz zamawiającego stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: