

Sygn. akt: KIO 4088/24
KIO 4090/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Robert Skrzyszewski
Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 04 listopada 2024 r. przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy ul.

Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) - sygn. akt: KIO 4088/24;

B.w dniu 04 listopada 2024 R. przez wykonawcę STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) - sygn. akt: KIO 4090/24

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10 (81-338 Gdynia)

przy udziale wykonawców:

- NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Powstańców Warszawy 19 (81-718 Sopot) – zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 4088/24 i KIO 4090/24;
- Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, przy ul. Opackiej 12 (80-338 Gdańsk) – zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 4088/24 i KIO 4090/24;
- Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) – zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 4090/24

orzeka:

KIO 4088/24

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 112 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 116 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.
- 2.Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut nr 2 odwołania w zakresie terminu wykonania zamówienia, który Zamawiający powinien określić w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach i nakazuje Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia o zamówieniu pkt. 5.1.3, w Rozdziale VIII specyfikacji warunków zamówienia i w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia, planowanego terminu wykonania zamówienia (przedmiotu umowy) w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.
- 3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie uznając za nieuzasadniony zarzut nr 2 w części odnoszącej się do terminu realizacji zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku.
- 4.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz Zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni w części 1/2 i:
 - 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2.zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa -Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 8 200 zł (osiem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie z tytułu wpisu od odwołania, pomniejszonej o koszty wynagrodzenia pełnomocnika należne Zamawiającemu.

KIO 4090/24

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 tj. naruszenia art. 112 ust. 1, art. 116 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.
- 2.Uwzględnia odwołanie w części:

- 2.1 uznając za uzasadniony zarzut nr 2 odwołania w zakresie terminu wykonania zamówienia, który Zamawiający powinien określić w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach i nakazuje Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia o zamówieniu pkt. 5.1.3, w Rozdziale VIII specyfikacji warunków zamówienia i w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia, planowanego terminu wykonania zamówienia (przedmiotu umowy) w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.
- 2.2 uznając za zasadny zarzut nr 4 tj. zarzut dotyczący procedury odbiorowej i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści § 15 ust. 7 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia poprzez usunięcie sformułowań „lub oświadczeń podwykonawców” i „lub oświadczeń”;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie uznając:
- 3.1 za nieuzasadniony zarzut nr 2 w części odnoszącej się do terminu realizacji zamówienia w sposób nierealny i niemożliwy do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót;
- 3.2 za nieuzasadniony zarzut nr 3 dotyczący warunków waloryzacji.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w części 1/2 oraz Zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni w części 1/2 i:
- 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego Skarb Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.2. zasądza od Zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz wykonawcy STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;
- 4.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 4088/24

KIO 4090/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa wejścia do Portu w Łebie w ramach Projektu: Budowa morskiego terminalu serwisowego offshore w Łebie” - nr sprawy: ZP.371.63.2024.ASC (zwane dalej: „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2024 r. pod numerem 643387-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

KIO 4088/24

W dniu 04 listopada 2024 r. wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym 1”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej również: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego (zwanego również dalej: „kc”).

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący 1 postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, zdefiniowanego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 1) SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym

idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (zarzut nr 1);

2.art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 5 i art. 353¹ kc w zw. z art. 387 kc poprzez oznaczenie w treści Ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik nr 4 do SWZ, dalej jako „Umowa”) terminu wykonania zamówienia poprzez odniesienie się do daty kalendarzowej, pomimo, iż brak jest wykazanych obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, przy jednoczesnym określeniu terminu realizacji zamówienia w sposób nierealny, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, co jednocześnie godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane stanowiąc wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i prowadząc do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2).

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący 1 wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego 1 w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący 1 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.

Odwołujący 1 w uzasadnieniu zarzutu nr 1 wskazał, że Zamawiający w ramach Rozdziału IX ust. 2 pkt 1) SWZ (pkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu) zdefiniował następujące wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy:

wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspowy lub półwyspowy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m ppm (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), potwierdzone dowodami, czy robota ta została wykonana w sposób należyty, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) każda.

Jak podkreślił Odwołujący 1, cechą tak zdefiniowanego warunku udziału w postępowaniu jest więc to, że Zamawiający oparł się na ściśle określonych i rozbudowanych parametrach referencyjnego doświadczenia, wskazując na:

- kategorię wykonanych prac budowlanych (budowa/ przebudowa);
- rodzaj obiektu będącego przedmiotem zamówienia - morska budowla hydrotechniczna taka jak: falochron (wyspowy lub półwyspowy) lub pirs,
- głębokość posadowienia referencyjnego obiektu budowlanego,
- wartość referencyjnego doświadczenia,
- krotność referencyjnego doświadczenia (dwie inwestycje o tożsamym przedmiocie).

Odwołujący 1 następnie wskazał, że Zamawiający konstruując swoje wymagania w tym zakresie opisał więc oczekiwane parametry referencyjnej inwestycji w sposób rozbudowany, wskazując na konkretne elementy realizacyjne i ich wartość, żądając przy tym krotności tak opisanego doświadczenia. Wobec tak określonych wymagań Zamawiającego Odwołujący 1, kwestionuje ograniczenie przedmiotu referencyjnego doświadczenia wyłącznie do falochronów wyspowych lub półwyspowych bądź pirsów w odniesieniu do aż dwóch referencyjnych projektów jako nie mające cech niezbędności, nadto ograniczające konkurencyjność w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego 1 wykonawcy posiadający doświadczenie w realizacji wszelkich obiektów kwalifikowanych jako „morskie budowle hydrotechniczne” posiadają wiedzę i doświadczenie, które może zostać wykorzystane podczas realizacji przedmiotowego zamówienia. Uwzględniając, że ustawodawca w ramach §2 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (dalej jako „Rozporządzenie ws. Warunków

technicznych”), do jednej kategorii zakwalifikował wszelkie budowle nawodne lub podwodne wznoszone na morzu terytorialnym, morskich wodach wewnętrznych, w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego czy też w portach i przystaniach morskich, należałoby uznać, że cechują się one zbliżonym reżimem technologicznym i pewną porównywalnością.

W konsekwencji, jak podkreślił Odwołujący 1 nie neguje on co do zasady weryfikacji przygotowania do realizacji przedmiotowej inwestycji uwzględniającej doświadczenie w pracach realizowanych na otwartym morzu, to nie zgadza się z konkluzją, że weryfikacja wyłącznie takiego doświadczenia może być przydatna celem oceny zdolności do realizacji tego typu inwestycji hydrotechnicznych. Doświadczenie w realizacji innego typu falochronów czy nabrzeży, jako realizacja morskich budowli hydrotechnicznych również stanowi bowiem nośnik kompetencji możliwy do wykorzystania podczas realizacji tego rodzaju inwestycji. Dopuszczenie takich inwestycji, przynajmniej w jednym z referencyjnych zadań, jest więc uzasadnione przez wzgląd na pewne wspólne elementy realizacji każdej z morskich budowli hydrotechnicznych, biorąc pod uwagę zwłaszcza uwarunkowania rynku w tym zakresie, co zostało przez Odwołującego 1 szeroko opisane w uzasadnieniu odwołania.

Mając na uwadze swoją argumentację, w ocenie Odwołującego 1, wymaganiem w sposób wystarczający zabezpieczającym potrzeby Zamawiającego, gwarantującym weryfikację rękojmi do prawidłowego wykonania inwestycji, byłoby skoncentrowanie się na falochronach wyspowych lub półwyspowych bądź pirsach w odniesieniu do jednej z referencyjnych inwestycji (jako wykazujących najdalej idącą analogię z przedmiotową realizacją), przy jednoczesnym rozszerzeniu kategorii morskich budowli hydrotechnicznych w przypadku drugiej z referencyjnych inwestycji (jako referencji stanowiącej nośnik kompetencji również wykorzystywanych w tego rodzaju inwestycjach jak będących przedmiotem niniejszego zamówienia).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący 1 wniósł o modyfikację treści SWZ (Rozdziału IX ust. 2 pkt 1) SWZ) oraz analogicznie pkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu) poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie:

- 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspy lub półwyspy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m ppm (rzędna dna przy konstrukcji na min.

połowie długości konstrukcji), potwierdzone dowodami, czy robota ta została wykonana w sposób należyty, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) każda;

lub

- 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspy lub półwyspy) lub pirs, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m ppm (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), potwierdzone dowodami, czy robota ta została wykonana w sposób należyty, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) oraz 1 (jedną) robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron, pirs, nabrzeże posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m ppm (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), potwierdzone dowodami, czy robota ta została wykonana w sposób należyty, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący 1 argumentował, że Zamawiający w Rozdziale VIII SWZ wskazał, że termin wykonania Przedmiotu Zamówienia wynosi: do dnia 30.06.2026r. Analogiczne postanowienia wprowadzone zostały również w ramach § 2 ust. 1 Umowy oraz pkt. 5.1.3. ogłoszenia o zamówieniu. Jak podkreślił Odwołujący tak określonym terminie, wykonawcy zobowiązani zostali do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej oraz realizacji robót budowlanych obejmujących:

- wschodni falochron wyspy o dł. ok. 262,1 m;

- falochron zachodni o dł. ok. 91,5 m;

- ostrogę po stronie zachodniej o długości ok. 280 m;

- osadniki po stronie zachodniej i wschodniej o powierzchni ok. 90 500 m² i 2 x 14 400 m²;

szacowana kubatura: zachodni (7 m) 328 267 m³, wschodni (7 m) 58 491 m³, wschodni (8,5 m) 55 552 m³;

- tor podejściowy o szerokości 40m i obrotnicę o średnicy 160 m o Ht = 5,0 m. Szacowana kubatura 13 123 m³ i 2 241 m³;

- zmianę oznakowania nawigacyjnego akwenu wraz z ułożeniem kabla podwodnego.

Wobec tak ukształtowanego zakresu obowiązków nałożonych na wykonawcę oraz przewidzianego przez

Zamawiającego terminu realizacji, Odwołujący 1 kwestionuje tak jego określenie poprzez posłużenie się datą sztywną, jak również zaplanowany przez Zamawiającego czasookres realizacji.

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która to została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy Pzp, który wskazuje, że umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Odwołujący 1 dalej zaznaczył, iż jak podkreśla się przy tym w doktrynie wprowadzona zmiana ustawy Pzp umotywowana była wyeliminowaniem z obrotu sytuacji zmuszających wykonawców do kalkulacji ryzyk niemożliwych w istocie do przewidzenia związanych z tym jaki realnie czas pozostanie wykonawcom do realizacji zamówienia.

Jak zaznaczył Odwołujący 1, w rozpatrywanej sprawie jego zdaniem, z udostępnionych materiałów przetargowych nie wynika, aby zaistniały w nim obiektywne motywy uzasadniające określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową. Zamawiający wskazał co prawda w pkt 5.1.6. ogłoszenia o zamówieniu, że zamówienie planowane jest do realizacji z dofinansowaniem środków unijnych w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności, w żadnym miejscu nie wskazał jednak na łączące go i niemodyfikowalne daty wynikające z umowy dofinansowania (sformułowania wskazujące na ubieganie się o dofinansowanie sugerują wręcz, że taki stosunek obligacyjny nie został nawet jeszcze skonkretyzowany). Nie wykazane zostało również, aby wszczęcie postępowania nastąpiło terminowo, w dacie będącej wyrazem dbałości o zagwarantowanie wykonawcom odpowiedniego terminu realizacyjnego.

Odwołujący 1 podkreślił, że czynnikiem kluczowym jest dysponowanie przez wykonawcę określonym okresem czasu na wykonanie odpowiednich czynności wchodzących w zakres zamówienia, zwłaszcza przy kontrakcie o takiej skali i wartości jak będący przedmiotem przedmiotowego postępowania i zabezpieczonych przez Zamawiającego karach umownych dotyczących terminowości wykonania prac. Tylko dysponowanie wiedzą co do konkretnego okresu czasu zagwarantowanego na wykonanie zamówienia z zestawieniem zakresu obowiązków nałożonych na wykonawców pozwala na realną ocenę możliwości podjęcia się realizacji danego przedsięwzięcia i zabezpieczenia wymaganych nakładów finansowych, sprzętowych i osobowych. Bez takiej informacji, wykonawcy nie mają w istocie żadnej możliwości aby ocenić realność przyjmowanego zobowiązania, nie mówiąc już o racjonalnym i rzetelnym skalkulowaniu należnego wynagrodzenia. Następnie Odwołujący 1 wskazał, że zasadność określenia daty realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez odniesienie się do jednostek referujących do dni, tygodni bądź lat jest tym bardziej celowe, że uwzględniając obecne tendencje rynkowe, a także chociażby postanowienia umowne zdefiniowane przez Zamawiającego wysoce prawdopodobnym jest kwestionowanie przez znaczną część uczestników rynku czynności zamawiającego związanych tak z ukształtowaniem treści SWZ, jak również z decyzjami na etapie badania i oceny złożonych ofert. Spowoduje to zapewne znaczne wydłużenie procedury przetargowej, determinujące, że pozostały czas na realizację zamówienia będzie czasem absolutnie niemożliwym, generującym wystąpienie sytuacji świadczenia niemożliwego. Odwołujący 1 podkreślił dalej, iż według niego określona przez Zamawiającego data realizacji zamówienia, zgodnie z założeniami samego Zamawiającego jest datą modyfikowalną, co wynika z przesłanek zmiany umowy zdefiniowanych w § 19 Umowy. Skoro więc terminy dotyczące realizacji przedmiotowego zamówienia mają charakter modyfikowalny, to obrazuje to, że określenie daty wykonania zamówienia datą sztywną ma charakter sztuczny, stanowiąc nieproporcjonalną dolegliwość wyłącznie dla jednej strony stosunku zobowiązaniowego.

W następnej kolejności Odwołujący 1 przedstawiał argumentację dla nierealności terminu realizacji założonego przez Zamawiającego. Wskazał, że termin realizacji wskazany przez Zamawiającego jest termin nierealny i niemożliwy do dotrzymania. Nawet bowiem uwzględniając szacowany przez Zamawiającego okres obowiązywania umowy i zastosowane przez niego sztywne daty realizacji, przewidywany przez Zamawiającego czas na wykonanie kontraktu jest całkowicie nieadekwatny do zobowiązań nałożonych na wykonawcę, abstrahując od tendencji rynkowych dotyczących analogicznych inwestycji. Jak podkreślił Odwołujący 1, z pkt 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający jako datę początkową obowiązywania umowy przyjął 20.03.2025 r., jako datę zakończenia zaś 30.06.2026 r. Abstrahując od tego, że oznaczenie daty początkowej na dzień 20.03.2025 r. już samo w sobie wydaje się założeniem niemożliwym do dotrzymania (uwzględniając chociażby aktualny termin składania ofert i termin związania ofertą trwający dłużej, tj. do dnia 26.03.2025 r.), to nawet z dat założonych przez Zamawiającego wynika, że na realizację przedmiotowej inwestycji przewidział on 15 miesięcy i 9 dni (przy czym okres ten może wręcz ulec dalszemu skróceniu w razie braku podpisania umowy w terminie 20.03.2025 r.).

Odwołujący 1 celem wykazania czasu koniecznego dla zabezpieczenia wykonania przedmiotowej inwestycji i uprawdopodobnienia nierealności założeń Zamawiającego w tym zakresie, przedstawił harmonogramy dotyczące czynności związanych z projektowaniem oraz realizacją robót budowlanych. Według Odwołującego 1 przedstawiane

przez niego uproszczone harmonogramy, obrazują tak poziom niedoszacowania terminu określonego przez Zamawiającego, jak również wskazują na konieczny czas dla realizacji przedmiotowej inwestycji, wynoszący łącznie minimum 35 miesięcy od daty podpisania umowy (18 miesięcy dla etapu projektowania i uzyskiwania niezbędnych decyzji i pozwoleń plus 17 miesięcy realizacji robót budowlanych).

Odnosząc się do etapu projektowania, jak podkreślił Odwołujący 1, już sam etap opracowywania zgłoszeń i uzyskiwania pozwoleń na potrzeby realizacji przedmiotowej inwestycji determinuje nierealność założeń Zamawiającego w zakresie terminu realizacji. Jak wynika bowiem chociażby z pkt 3.0. Opisu przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy znajduje się m.in. uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji wodnoprawnej i pozwolenia na budowę, których uzyskiwanie następuje po sobie i obwarowane jest konkretnymi terminami administracyjnymi. Już same ustawowe terminy na uzyskanie tych podstawowych dokumentów warunkujących możliwość realizacji przedmiotowej inwestycji wyczerpują tak naprawdę czas zagwarantowany przez Zamawiającego na wykonanie całej umowy.

Następnie Odwołujący 1 przedstawił dla decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, pozwolenia wodnoprawnego i pozwolenia na budowę, jego zdaniem uwarunkowania konieczne dla ich uzyskania i związane z tym terminy. Według Odwołującego 1 przedstawiona przez niego analiza, dotycząca wyłącznie niezbędnego czasu dla opracowania i uzyskania trzech podstawowych decyzji administracyjnych obrazuje, że tylko na te czynności należałoby zabezpieczyć minimum 71 tygodni (tj. około 18 miesięcy). Minimalny czas procedowania i uzyskiwania już tylko podstawowych decyzji administracyjnych właściwych dla przedmiotowego postępowania, kluczowych dla etapu projektowania, przekracza więc czas zabezpieczony przez Zamawiającego na realizację całego zamówienia.

Jak podkreślił Odwołujący 1 jego zdaniem, mając na uwadze powyższe, czas przewidziany przez Zamawiającego na realizację całej inwestycji jest więc nieadekwatny dla samego procesu projektowania, nie wspominając już o wykonaniu robót budowlanych następujących po tych etapach, na potrzeby których należy zabezpieczyć zdaniem Odwołującego 1 kolejnych 17 miesięcy. W tym kontekście Odwołujący 1 wskazał, że w fazie realizacji robót budowlanych konieczne jest wykonanie nie tylko robót stricte wykonawczych, ale też robót rozbiórkowych i przygotowawczych, które łącznie składają się na skomplikowany proces realizacyjny, wymagający prac na otwartym morzu, które w dużej części determinowane są warunkami atmosferycznymi, koniecznymi do uwzględnienia w ramach harmonogramu realizacji. Nie sposób też pominąć, że z uwagi na specyfikę robót będących przedmiotem niniejszej inwestycji, wykonawca w ramach realizacji robót budowlanych obowiązany będzie uwzględnić również przestoje w prowadzeniu prac wynikające z zapisów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (vide pkt 3.0. OPZ).

Dalej Odwołujący 1 argumentował, że w kontekście czasu koniecznego do zabezpieczenia dla fazy realizacji robót budowlanych, Odwołujący 1 powołał się na harmonogram czynności na etapie realizacji robót budowlanych, w ramach którego wskazał na minimalny czas dla wykonania poszczególnych kategorii robót budowlanych. W kontekście zasadności przewidzenia postulowanego terminu dla wykonania robót budowlanych (17 miesięcy), Odwołujący 1 wskazał przy tym, że w przypadku niedawno ogłoszonego postępowania na budowę morskiego terminalu serwisowego offshore w Ustce, obejmującego remont falochronów i nabrzeży, Zamawiający dla realizacji robót budowlanych o zbliżonej skali (biorąc pod uwagę długość falochronów i nabrzeży) przewidział czas 15 miesięcy, który w przedmiotowym przypadku – z uwagi na realizację falochronów na otwartym morzu determinowaną przez warunki atmosferyczne – winien być stosownie dłuższy. Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że przywołane już postępowanie na budowę morskiego terminalu serwisowego offshore w Ustce nie tylko według Odwołującego 1 uprawdopodobnia postulowany przez niego czas na realizację robót budowlanych, ale też wskazuje na całkowitą nieadekwatność terminu realizacji całej umowy przewidzianego dla przedmiotowego postępowania. Zamawiający dla przedmiotowego postępowania, w którym wymagane jest sporządzenie kompletnej dokumentacji projektowej i realizacja kompletnych robót budowlanych przewidział bowiem taki sam termin jak dla postępowania nie obejmującego fazy projektowania, obejmującego wyłącznie remont (a nie budowę od podstaw) falochronów i nabrzeży nie wymagających prac na otwartym morzu.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący 1 wniósł o modyfikację Rozdziału VIII SWZ (oraz analogicznie §2 ust. 1 Umowy oraz pkt 5.1.3. ogłoszenia) poprzez nadanie im następującego brzmienia: *Termin wykonania Przedmiotu Zamówienia wynosi: do 35 miesięcy od daty podpisania Umowy.*

W złożonej pismem z dnia 19 listopada 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w tym doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2024 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w tym doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający przedstawił swoje stanowisko, przedstawiające argumentację za jego

oddaleniem.

KIO 4090/24

W dniu 04 listopada 2024 r. wykonawca STRABAG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „Odwołującym 2”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący 2 postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem: wykazania się doświadczeniem wykonawcy jak i doświadczeniem Kierownika Budowy oraz Kierownika robót hydrotechnicznych w wykonaniu robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron (wyspowy lub półwyspowy) lub pirs bez dopuszczenia możliwości wykazania się doświadczeniem w budowie lub przebudowie *nabrzeża*.

2.art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez:

a)wskazanie w treści ogłoszenia pkt 5.1.3, SWZ (rozdz. VIII)) i wzorze umowy (§ 2 ust. 1) terminów realizacji zamówienia w dacie dziennej wyznaczonej ostatecznie na dzień 30 czerwca 2026 r. podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach.

b)Wskazanie terminu końcowego realizacji zamówienia określonych datą dzienną, który jest nierealny i niemożliwy do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót w tym prac projektowych, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.

3.art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 6 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w przekroczenia zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej na poziomie 10 %, co stanowi próg wejścia w waloryzację a ponadto po przekroczeniu wyżej wymienionego poziomu, przewiduje waloryzację wynagrodzenia o wskaźnik pomniejszony o 10%, co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, co czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

4.art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 647 kc poprzez wprowadzenie do § 15 ust 7 wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy od przedstawienia oświadczeń podwykonawców podczas gdy przepisy ustawy Pzp tj. art.437 ust 1 pkt 4 i art 447 ust 1 ustawy Pzp od złożenia dowodów zapłaty podwykonawcom warunkują jedynie zapłatę Wykonawcy wynagrodzenia a nie wstrzymywania i warunkowania odbioru robót. Zgodnie zaś z art. 647 kc Zamawiający ma obowiązek odebrać obiekt a jego odmowa może mieć miejsce tylko w przypadkach istotnych jak nienależyte wykonanie prac lub wystąpienie istotnych wad. Odbiór nie może być warunkowany aspektami formalnymi, niezwiązanymi wprost z projektowaniem i wykonaniem robót budowlanych np. poprzez złożenie dowodów formalnych mających na celu rozliczenie się za wykonane prace przez podwykonawców.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący 2 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, SWZ oraz wzoru umowy poprzez:

1.określenie warunków udziału w sposób dopuszczający wykonawców legitymujących się doświadczeniem w budowie lub przebudowie morskich budowli hydrotechnicznych takich jak falochrony, pirsy **ale także nabrzeży**, gdyż takie doświadczenie będzie równoważne i proporcjonalne do wykonania przedmiotowego zamówienia.

2.w zakresie terminu wykonania zamówienia Wykonawca wnosi o wyznaczenie terminu realnego i możliwego do dochowania, bo założenie, że termin wykonania zamówienia to okres ok. 15 miesięcy wyznaczony datą początkową

20.03.2025 (pkt 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu) oraz końcową datą dzienną - 30.06.2026 r. (pkt 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu, § 2 ust 1 umowy) jest terminem nierealnym, niepozwalającym nawet przy największych optymalizacjach czasowych na wykonanie i ukończenie prac projektowych a następnie wykonanie robót budowlanych z uzyskaniem ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie. Szacowany minimalny czas wykonania całości zadania to czas **33 miesięcy** od dnia zawarcia umowy.

3.obniżenie poziomu zmiany ceny materiałów wyznaczonych wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowych **z 10 % na 2,5 %**, który to poziom będzie uprawniał Wykonawcę do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia, a także ustalenie nowego wskaźnika waloryzacji, podanego § 6 ust. 1 pkt 3): $W_n = W_r \cdot (W_x - 2,5\%)$

4.usunięcie z § 15 ust 7 wzoru umowy zastrzeżenia, że niezłożenie oświadczeń podwykonawców będzie podstawą do odmowy wszczęcia i przeprowadzenia procedury odbiorowej przedmiotu umowy, lub sprostowanie, że niezłożenie dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom będzie podstawą do wstrzymania części zapłaty należnej wykonawcy, równej sumy kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty podwykonawcom.

Odwolując 2 w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień dokumentacji przetargowej, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez nadanie im następującego brzmienia:

Ad. 1 Zmianę odpowiednio ogłoszenia i SWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w Postępowaniu:

Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: 1) wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

*prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie **2 (dwie) roboty budowlane**, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak **falochron (wyspowy lub półwyspowy), nabrzeże lub pirs**, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 4 m ppm (rzędna dna przy konstrukcji na min. połowie długości konstrukcji), potwierdzone dowodami, czy robota ta została wykonana w sposób należyty, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż **50 mln zł brutto** (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) każda.*

2) dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami:

*a) 1 (jedną) osobę, która będzie pełniła funkcję **Kierownika Budowy**, posiadającą:*

Wykształcenie i uprawnienia: wyższe techniczne budowlane oraz uprawnienia budowlane co najmniej do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

*Doświadczenie zawodowe: co najmniej 6 (sześć) lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych (na każdej przez cały okres realizacji od rozpoczęcia do zakończenia (uwagi - pkt. 7) lub w pełnieniu funkcji kierownika budowy na 2 (dwóch) robotach budowlanych przez okres minimum 12 miesięcy (uwagi - pkt. 1), których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron, **nabrzeże** lub pirs o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 50 mln zł brutto (słownie: pięćdziesiąt milionów i 00/100 zł) każda.*

*b) 1 (jedną) osobę która będzie pełniła funkcję **Kierownika Robót Hydrotechnicznych**, posiadającą:*

Wykształcenie i uprawnienia: wykształcenie wyższe techniczne budowlane oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

*Doświadczenie zawodowe: co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy/robót, w tym w pełnieniu w/w funkcji na 2 (dwóch) robotach budowlanych (na każdej przez cały okres realizacji od rozpoczęcia do zakończenia (uwagi - pkt. 6) lub w pełnieniu funkcji kierownika budowy/robót na 2 (dwóch) robotach budowlanych, przez okres minimum 12 miesięcy (uwagi - pkt. 1), których przedmiotem był budowa/przebudowa morskich budowli hydrotechnicznych, takich jak falochron, **nabrzeże** lub pirs, o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 30 mln zł brutto (słownie: trzydzieści milionów i 00/100 zł) każda.*

*c) **Zespół Projektowy**, składający się, co najmniej z 2 (dwóch) osób, które będą pełniły funkcję **Projektantów branży hydrotechnicznej**, posiadających*

- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2017.1332 j.t) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

- co najmniej 6-letnie doświadczenie zawodowe w projektowaniu, jako samodzielny projektant i/lub sprawdzający (po

zdobyciu uprawnień zawodowych) morskich budowli hydrotechnicznych, w wykonaniu, co najmniej jednej dokumentacji projektowej - jako samodzielny projektant - obejmujących budowę lub przebudowę morskiej budowli hydrotechnicznej w postaci falochronu wypowego/półwypowego, posadowionego na głębokości nie mniejszej niż 4 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), nabrzeża lub pirsu, które uzyskały prawomocne pozwolenie na budowę lub inny równorzędny dokument uprawniający do realizacji robót budowlanych.

Ad 2 zmiana terminu w dokumentach zamówienia na:

Z zastrzeżeniem odmiennych postanowień Umowy cały Przedmiot Umowy powinien być wykonany przez Wykonawcę nie później niż **do dnia 30 czerwca 2026 roku w ciągu 33 miesięcy od dnia podpisania umowy.**

Ad. 3 zmianę mechanizmu liczenia waloryzacji na poniższy:

Wykonawca wnosi o zmianę mechanizmu waloryzacyjnego poprzez zmianę § 6. Ust. 1 pkt 3) Projektu Umowy w następujący sposób:

„3) wynagrodzenie należne w danej transzy płatności podwyższa się, wg następującego wzoru:

$$W_n = W_r * (W_x - 10,5\%)^2$$

przy czym wskaźnik W_x oblicza się do miesiąca poprzedzającego miesiąc wystawienia faktury włącznie; w przypadku braku danych GUS za ten miesiąc, przyjmuje się wartość z miesiąca poprzedniego;

W_n : wynagrodzenie należne wraz z waloryzacją

W_r : wynagrodzenie należne bez waloryzacji”

Ad. 4 jak żądanie wskazane w pkt II pkt 4 odwołania poprzez usunięcie lub sprostowanie postanowienia tj. usunięcie z § 15 ust 7 wzoru umowy zastrzeżenia, że niezłożenie oświadczeń podwykonawców będzie podstawą do odmowy wszczęcia i przeprowadzenia procedury odbiorowej przedmiotu umowy, lub sprostowanie, że niezłożenie dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom będzie podstawą do wstrzymania części zapłaty należnej wykonawcy, równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty podwykonawcom.

Odwołujący 2 wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący 2 jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Postanowienia zawarte w ogłoszeniu i SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, są niezgodne z ustawą Pzp. Przewidziane warunki udziału są nadmierne i znacząco ograniczające konkurencję, podczas gdy istniała obiektywna możliwość ustanowienia warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a jednocześnie dopuszczający większą ilość wykonawców posiadających wystarczającą wiedzę i doświadczenie do zrealizowania zamówienia. Co więcej Zamawiający wyznacza nierealny i niemożliwy do dotrzymania termin realizacji zadania uzasadniając go kwestiami uzyskania dofinansowania inwestycji, podczas gdy stanowi to naruszenie wyznaczenia terminu zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp oraz niezasadne przerzucania na wykonawcę ryzyka, które powinny obciążać Zamawiającego zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Mając na uwadze dalsze naruszenia przepisów prawa w ustaleniu warunków zamówienia, jak pozorna waloryzacja oraz warunkowanie odbioru obiektu od złożenia oświadczeń podwykonawców, powoduje, że wniesienie niniejszego odwołania jawi się jako konieczne. Z uwagi na powyższe, skoro treść ogłoszenia, SWZ i jego załączników narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący 2 ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany warunków zamówienia, gdyż chciałby mieć możliwość złożenia ważnej i prawidłowo skalkulowanej oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 2 wskazał:

Odnosnie zarzutu nr 1 Odwołujący 2 podkreślił, że Zamawiający nieadekwatnie zawęży warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej do wykonania wyłącznie falochronu lub pirsu podczas gdy bardzo zbliżoną i wymagającą tych samych umiejętności jest budowa lub przebudowa nabrzeży, również będących morskimi budowlami hydrotechnicznymi. Wskazać należy, iż równoważne doświadczenie na tym samym lub wyższym poziomie będzie posiadał wykonawca realizujący roboty związane z budową lub przebudową innego obiektu hydrotechnicznego - jak nabrzeża – zważywszy, że Zamawiający dopuścił w ramach warunków udziału doświadczenie w wykonaniu pirsów, czy falochronów.

Odwołujący 2 następnie przedstawił usystematyzowanie prawne budowli hydrotechnicznych oraz charakterystykę falochronów, nabrzeży i pirsów. Podsumowując zaprezentowana argumentacja Odwołujący 2 stwierdził, że doświadczenie wykonawcy zdobyte w trakcie realizacji nabrzeży jest doświadczeniem co najmniej równorzędnym do realizacji pirsów, czy falochronów, a zatem wystarczającym dla zapewnienia należytego wykonania zamówienia w zakresie falochronów. Należy zauważyć, że również w ramach innych podobnych inwestycji ten sam Zamawiający jak i inne Urzędy Morskie zazwyczaj formułowali warunki udziału w oparciu o doświadczenie w budowie falochronów, nabrzeży i pirsów, co potwierdza, że wykonanie tego typów obiektów hydrotechnicznych jest porównywalne, daje

porównywalne umiejętności i wystarczającą wiedzę oraz doświadczenie aby wykonać przedmiot zamówienia.

W następnej kolejności Odwołujący 2 wskazał, iż w myśl art. 112 ust 1 ustawy Pzp *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności*. Ustawodawca wprost nadmienia w przepisie o minimalnych poziomach zdolności, a więc takich, których osiągnięcie zapewni zamawiającemu, że kontrakt publiczny zdobędzie wykonawca wiarygodny. Odwołujący 2 podkreślił również, iż zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego 2 należy zatem uznać, że wykonawca wykonujący inne porównywalne morskie budowle hydrotechniczne jak nabrzeże, ma co najmniej minimalną wiedzę i doświadczenie, aby wykonać przedmiot niniejszego postępowania. Ma to też znaczenie w kontekście dopuszczenia do udziału wykonawców, którzy wykonywali podobne obiekty w okresie ostatnich lat. Z pewnością nie wywoła to ryzyka nienależytego wykonania zamówienia a będzie sprzyjało zwiększeniu konkurencyjności wśród profesjonalnych podmiotów, co przełoży się na ilość złożonych ofert, jak i ich cenę. Odwołujący 2 podkreślił również, że Zamawiający ma narzędzia, aby dokonać wyboru wykonawców najlepszych i najbardziej doświadczonych. Nie służą temu jednak warunki progowe a kryteria selekcji i kryteria oceny ofert punktujące doświadczenie, kadre, liczbę wykonanych obiektów, lub ich wartość.

Odnosnie zarzutu nr 2 Odwołujący 2 zauważył, że w § 13 ust 3 wzoru umowy jest pewne uzasadnienie wskazania zakończenia realizacji inwestycji datą dzienną, związane z zewnętrznym dofinansowaniem inwestycji i uwarunkowanie od tego możliwości dalszej realizacji inwestycji. Odwołujący 2 podkreślił, że zdaje sobie sprawę, że przekroczenie tego terminu może spowodować utratę zewnętrznego źródła dofinansowania i utratę środków na pokrycie realizacji zamówienia, lecz zauważa, że taka sytuacja nie może obciążać wykonawcy ani narzucać na niego świadczenia niemożliwego do dochowania.

Odwołujący 2 nie neguje prawa do odstąpienia od umowy w przypadku utraty dofinansowania, tak jak to przewidział Zamawiający w § 13 ust 3 wzoru umowy. Wykonawca dostrzega też szereg zapisów pozwalających wykonawcy przedłużyć termin realizacji inwestycji, w tym wskazane w § 19 przesłanki zmiany z powodu opóźnień organów w wydawaniu decyzji, przedłużających się postępowań przetargowych, zaistnienia nieprzewidywalnych warunków atmosferycznych, konieczności realizacji robót dodatkowych lub zamiennych, okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub innych niż Wykonawca osób lub podmiotów, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności itd. Mechanizmy te o ile są racjonalne i dla wykonawcy korzystne, o tyle nie eliminują niemożliwości świadczenia istniejącej już na moment zawierania umowy.

Odwołujący zauważył, że wykonawca podpisując umowę przyjmuje i zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia w terminie do 30.06.2026 roku, który jest terminem niemożliwym do dotrzymania. Wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć Harmonogram realizacji prac zaraz po podpisaniu umowy zakładający zakończenie wszelkich prac w tym prac projektowych i budowlanych łącznie z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń do dnia 30.06.2026 roku. Złożenie harmonogramu z dłuższym terminem będzie niezgodne z ustalonymi warunkami zamówienia i z dużym prawdopodobieństwem, graniczącym z pewnością, taki harmonogram nie zostanie zaakceptowany przez Zamawiającego. Wywoła to negatywne dla wykonawcy skutki już na samym początku realizacji inwestycji z powodu niezłożenia właściwego harmonogramu w terminie, co doprowadzi do naliczenia kar umownych z tego tytułu.

Odwołujący 2 podkreślił, że wykonanie całości zamówienia do wyznaczonej daty jest nierealne i niemożliwe biorąc pod uwagę minimalne terminy przygotowywania dokumentacji projektowej, pozyskiwania decyzji, a także wykonania robót. Zgoda na przyjęcie terminu realizacji do 30.06.2026 r. powoduje, że wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko wykonania prac do tego czasu. Jednocześnie deklaruje, że jest to możliwe a jedynie wyjątkowe okoliczności, nie znane na obecny moment, będą mogły stanowić podstawę do zmiany terminu na podstawie § 19 umowy. Wykonawca deklarując wykonanie przedmiotu w dacie nierealnej i niemożliwej do dotrzymania, świadomie deklaruje w zasadzie nieprawdę i przyjmuje na siebie odpowiedzialność związaną z tym, że nie ukończy przedmiotu zamówienia przed tą datą.

Jak dalej Odwołujący 2 wskazał, postanowienie § 13 ust 3 wzoru umowy daje Zamawiającemu prawo odstąpienia od umowy w sytuacji nieotrzymania środków z powodu przekroczenia daty 30.06.2024 roku, ale nie daje wykonawcy żadnej gwarancji, że nie poniesie z tego tytułu sankcji lub, że Zamawiający z tego prawa skorzysta. Patrząc z innej perspektywy, nawet jak Zamawiający otrzyma przedłużenie finansowania i nie odstąpi od umowy, to wykonawca i tak pozostanie w zwłoce ponosząc tego negatywne konsekwencje, gdyż nie zdoła ukończyć przedmiotu umowy do daty, którą potwierdził składając ofertę. Wyznaczenie daty granicznej datą dzienną wynikającą z umów dofinansowania (wykonawca jedynie czyni takie założenie, gdyż Zamawiający nie przedłożył takich umów ani warunków z nich wynikających) z jednej strony jest według Zamawiającego uzasadnione, co w sposób formalny pozwala przyjąć taką datę

w rozumieniu przepisu art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, ale sposób praktyczny i rzeczywisty przerzuca na wykonawcę ryzyko Zamawiającego związane z potencjalną utratą dofinansowania co stanowi wyraz naruszenia klauzuli abuzywnej art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na niemożliwość dochowania powyższego terminu Odwołujący 2 zwrócił się do projektanta po stronie Zamawiającego – WUPROHYD Sp. z o.o. Biuro Projektów z siedzibą w Gdyni, który przygotowywał założenia (PFU) prośbą o określenie szacowanego czasu na same wykonanie prac projektowych do przedmiotowej inwestycji. W odpowiedzi Odwołujący 2 otrzymał harmonogram z którego wynika, że same prace projektowe do daty uzyskania pozwolenia na budowę zajmą ok. 56 tygodni, co daje ok. 13 miesięcy. Należy jednak zaznaczyć, że nie jest to koniec prac projektowych, gdyż w późniejszym okresie trwać będą prace nad projektami wykonawczymi, jak i samym harmonogramem, który, jak podkreślał projektant „jest mocno napięty” oraz zawiera bardzo optymistyczne i restrykcyjne liczone terminy tzw. co do dnia, nie uwzględniając potencjalnych przerw urzędowych, świątecznych lub samego obrotu korespondencji. Uzyskany od projektanta harmonogram prac projektowych składamy jako dowód na okoliczność niedoszacowania przez Zamawiającego czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie prac projektowych.

Odwołujący 2 wskazał, iż szacuje, że czas realny wykonania prac projektowych wyniesie ok. 14 miesięcy od daty zawarcia umowy. Jednocześnie umowa zawiera obowiązek wykonania robót budowlanych według stworzonego projektu co jest kolejnym czasochłonnym okresem rozpisywanym na około 19 miesięcy. Wykonawca szacuje, że termin wykonania całości przedmiotu zamówienia – w przybliżonym i w tzw. optymistycznym wariantcie wyniesie ok. 33 miesięcy od daty zawarcia umowy. Założone terminy przez Odwołującego 2 są poparte jego wiedzą i doświadczeniem w zakresie tego typu inwestycji.

Podsumowując Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej poprzez wyznaczenie określonego datą dzienną zbyt krótkiego terminu, który uniemożliwia prawidłowe i zgodne z prawem wykonanie zamówienia. W przypadku prac technologicznie złożonych, z uwzględnieniem wyżej wskazanych ograniczeń dochodzi do sytuacji, w której zobowiązanie wykonawcy staje się świadczeniem niemożliwym do spełnienia w trybie art. 387 § 1 kc (*§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna*) i jest to okoliczność znana już na etapie wszczęcia przedmiotowego postępowania, co czyni niniejsze odwołanie uzasadnionym i koniecznym.

Odnosnie zarzutu nr 3 Odwołujący 2 wskazał, że jego zdaniem zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy PZP, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji. Zamawiający w § 6 Projektu umowy wprowadziła uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy PZP, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia nie spełni celu wskazanego w Ustawie. Na dzień złożenia ofert nie będzie bowiem wiadomo, jaki wysokie ryzyko wzrostu cen powinni przyjąć Oferenci, Zamawiający z kolei otrzyma oferty, w których Oferenci mogą przyjąć różny stopień ryzyka związanego ze wzrostem cen, a skutkiem powyższego może być nieporównywalność ofert.

Według Odwołującego 2 odpowiednio sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- a) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- b) jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- c) sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- d) winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń;
- e) niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus.

Zamawiający w § 6 umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Dla oceny skuteczności wprowadzonych zasad kluczowe są trzy wskaźniki:

- a) wartość wskaźnika waloryzacji, która warunkuje dokonanie waloryzacji,
- b) wartość wskaźnika waloryzacji, o który waloryzowane jest wynagrodzenie,
- c) maksymalny limit określający kwotę, o którą podwyższeniu ulega wynagrodzenie Wykonawcy – określony w §6 ust. 2 Projektu Umowy na 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy określonego w §3.1 Umowy.

Następnie, jak przywoła Odwołujący 2, zgodnie z §6 ust. 1 pkt 3), wynagrodzenie Wykonawcy należne w danej transzy płatności podwyższa się wg następującego wzoru:

$$W_n = W_r \cdot (W_x - 10\%)^2$$

przy czym wskaźnik W_x oblicza się do miesiąca poprzedzającego miesiąc wystawienia faktury włącznie; w przypadku

braku danych GUS za ten miesiąc, przyjmuje się wartość z miesiąca poprzedniego;

Wn: wynagrodzenie należne wraz z waloryzacją

Wr: wynagrodzenie należne bez waloryzacji.

W następnej kolejności Odwołujący 2 przedstawił swoją argumentację wskazującą na jego zdaniem, niewłaściwe uregulowania dokonane w tym zakresie przez Zamawiającego.

Odwołujący 2 podniósł dalej, że ryzyko zmian cen produkcji budowlano - montażowej do 10% przeniesione na Wykonawcę na skutek umownych zasad przeprowadzenia waloryzacji, jest zbyt wysokie, biorąc pod uwagę, że prowadzone postępowanie odbywa się w warunkach wysokiej konkurencyjności, gdzie kryterium oceny ofert wykonawców o wadze 60% jest najniższa cena oferty (Rozdział XIX pkt 1 SWZ), pozostałe 40% to udzielony przez Oferenta okres rękojmi, gdyż realnie oznacza to, że wszyscy oferenci zaoferują maksymalny okres rękojmi, natomiast na punktację oferty będzie miała wpływ zaoferowana cena. Tym bardziej więc, stosowane przez oferentów narzuty, odpowiadające ocenie związanego ze wzrostem cen materiałów i innych kosztów mających wpływ na realizację inwestycji, które może być różnie przyjmowane przez oferentów, może zakłócać ocenę ofert pod kątem ich konkurencyjności.

Odwołujący 2 stoi zatem na stanowisku, że Wykonawca powinien w swojej ofercie uwzględniać jedynie normalne ryzyko wzrostu cen i kosztów wykonywania zamówienia. Z racji, że ostatnie lata były okresem znacznej zmienności (wzrostu) cen, zdaniem Odwołującego 2 zasadne byłoby odwołanie się do założeń polityki pieniężnej Państwa. Zgodnie z Uchwałą nr 5/2023 Rady Polityki Pieniężnej z dnia 5 września 2023r., ogłoszonej w Monitorze Polskim, w sprawie ustalenia założeń polityki pieniężnej na rok 2024r. Rada ogłosiła, że NBP będzie wykorzystywał strategię średniookresowego celu inflacyjnego na poziomie 2,5% z symetrycznym przedziałem odchyień o szerokości ± 1 punktu procentowego. Analogicznie, Uchwałą nr 5/2024 z dnia 3 września 2024r. w sprawie ustalenia założeń polityki pieniężnej na rok 2025r. Rada podtrzymała ww. wskaźnik. Odwołujący 2 proponuje zatem zmianę we wzorze, wskazanym w § 6 ust. 1 pkt 3) Projektu Umowy, polegającą na obniżeniu wskaźnika waloryzacyjnego o 2,5%, tj. o zwykły wzrost cen i kosztów wykonywania zamówienia, przyjmowany na podstawie założonego przez RPP średniookresowego celu inflacyjnego, który wykonawcy powinni założyć przy kalkulowaniu swojej oferty.

Jak podkreślił Odwołujący nr 2 kwestia waloryzacji wynagrodzenia w obecnej sytuacji rynkowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na konstruowanie ofert – ustalenie wynagrodzenia wykonawcy, stąd niezmiennie istotnym jest równomierne i racjonalne rozłożenie ryzyka zmiany cen pomiędzy Stronami, gdzie ustalenie ryzyka po stronie Wykonawcy wzrostu cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do 10%, pozostaje tego zaprzeczeniem. Art. 439 PZP został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to, aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych.

Odwołujący 2 podsumowując wskazał, iż powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen.

Odnosnie zarzutu nr 4 Odwołujący 2 wskazał, iż Zamawiający w § 15 ust. 7 wzoru umowy przewiduje konsekwencje niezłożenia oświadczeń podwykonawców tj. *Niekompletność dokumentacji odbiorowej lub oświadczeń podwykonawców uprawnia Zamawiającego do odmowy przystąpienia do odbioru lub w razie przystąpienia do odbioru – do jego przerwania do czasu uzupełnienia dokumentacji lub oświadczeń*. Jak zauważył odwołujący, niezłożenie oświadczeń podwykonawców jest więc warunkiem przystąpienia do odbioru a następnie jego dokonania do czasu ich przedłożenia. Z brzmienia przepisu można domniemać, że chodzi o cały zakres zgłoszony do odbioru a nie zakres wykonany przez podwykonawcę co tym bardziej potwierdza niezasadność postanowienia w świetle przepisów prawa.

W dalszej kolejności Odwołujący 2 wskazał na treść art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 447 ustawy Pzp jak również wskazał, iż przepis kodeksu cywilnego - art. 647 kc, natomiast w zakresie odbioru obiektu w odniesieniu do umów na roboty budowlane stanowi, że: *Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z 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*.

Odwołujący 2 wskazał, iż z przywołanych wyżej przepisów Pzp i kc wynika, przede wszystkim:

1. wykonawca przedkłada dowody zapłaty wynagrodzenia, a nie same oświadczenia podwykonawcy;
2. złożenie dowodów zapłaty wymagalnego podwykonawcom wynagrodzenia jest warunkiem zapłaty wynagrodzenia wykonawcy;
3. w razie braku przedłożenia odpowiednich dowodów Zamawiający, wstrzymuje wypłatę wynagrodzenia równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty
4. dokonanie odbioru obiektu jest obowiązkiem Zamawiającego i nie powinno być warunkowane innymi wymogami, niż

prawidłowe wykonanie robót;

5. biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów powszechnych wydanych na kanwie art. 647 kc odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (tak Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 20 czerwca 2023 r. I AGa 202/21) przez co z założenia wyklucza się możliwość odmowy odbioru z powodu rzeczy pobocznych, niezwiązanych wprost z realizacją prac.

Konkludując Odwołujący 2 wskazał, iż warunkując odbiór prac od przedłożenia oświadczeń podwykonawców, Zamawiający narusza przepisy kc i ustawy Pzp w zakresie, w jakim zapisy te dopuszczają możliwość złożenia innych dowodów zapłaty wynagrodzenia, a nie samych oświadczeń podwykonawców, dalej złożenie dowodów zapłaty ma związek i warunkuje wypłatę wynagrodzenia wykonawcy a nie odbiór wykonanych przez niego prac, ostatecznie wstrzymanie zapłaty z powodu braku przedłożenia dowodów wstrzymuje zapłatę odpowiedniej części wynagrodzenia (a nie całości wynagrodzenia) i nie ma wpływu na obowiązek odbioru przedmiotu umowy.

W złożonej pismem z dnia 19 listopada 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w tym doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2024 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych w tym doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu nr 2, zarzutu nr 3 i zarzutu nr 4 Zamawiający przedstawił swoje stanowisko, przedstawiające argumentację za ich oddaleniem.

Odwołując 2 w dniu 21 listopada 2024 r. złożył do akt sprawy dowód w postaci Harmonogramu, składanego na okoliczność braku realności terminu realizacji zamówienia ustalonego przez Zamawiającego w Postępowaniu jak i braku możliwości wykonania świadczenia w tym terminie oraz realnego czasu niezbędnego na wykonanie określonych prac.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie oraz pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego 1 i Odwołującego 2 interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego 1 i Odwołującego 2: NDI spółka akcyjna z siedzibą w Sopocie – zgłaszającego przystąpienie po w sprawie o sygn. akt: KIO 4088/24 i KIO 4090/24, Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku – zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 4088/24 i KIO 4090/24 Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie – zgłaszającego przystąpienie w sprawie o sygn. akt: KIO 4090/24. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba postanowiła dopuścić dowody: z dokumentacji postępowania, złożonych odwołań wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania złożone przez Zamawiającego, jak również dowód złożony przez Odwołującego 2 w dniu 21 listopada 2024 r. oraz wszelkich dowodów złożonych na posiedzeniu przez Odwołującego 1, Odwołującego 2 i Zamawiającego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający – Skarb Państwa Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa wejścia do Portu w Łebie w ramach Projektu: Budowa morskiego terminalu serwisowego offshore w Łebie”.

Opisany w treści odwołań oraz w odpowiedziach na odwołania stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła co następuje.

Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie KIO 4088/24, zaś Izba ustaliła, że do postępowania nie przystąpił

żaden wykonawca po stronie Zamawiającego, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania.

Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie KIO 4090/24, zaś Izba ustaliła, że do postępowania nie przystąpił żaden wykonawca po stronie Zamawiającego, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania.

Izba rozpoznała merytorycznie w pierwszej kolejności złożone odwołania KIO 4088/24 i KIO 4090/24 w zakresie zarzutu nr 2.

Izba uznała, że zarzut nr 2 zasługuje na uwzględnienie w obu odwołaniach w zakresie terminu wykonania zamówienia, który Zamawiający powinien określić w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach i tym samym nakazując Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia o zamówieniu pkt. 5.1.3, w Rozdziale VIII specyfikacji warunków zamówienia i w § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia, planowanego terminu wykonania zamówienia (przedmiotu umowy) w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

Na wstępie należy wskazać iż zgodnie z art. 436 pkt 1) ustawy *Pzp umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną*. Zasadą narzuconą przez ustawodawcę jest zatem, że Zamawiający określa termin zakończenia usług, dostaw lub robót budowlanych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną np. dotyczącą źródeł finansowania. Wprowadzona regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo, że nie miał wpływu na tą datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Działanie takie zmuszało wykonawców, aby uwzględniali oni związane z tym ryzyka kontaktowe i kosztowe (Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza).

Jak Zamawiający wskazał przedmiotowe zamówienie jest finansowane w ramach planu odbudowy i zwiększenia odporności Polski (tzw. Krajowy Plan Odbudowy zwany dalej: „KPO”). Następnie Zamawiający przywołał, że mając na uwadze część B2 załącznika do decyzji wykonawczej Rady Unii Europejskiej zmieniającej decyzję wykonawczą z dnia 17 czerwca 2022 r. w sprawie zatwierdzenia oceny planu odbudowy i zwiększenia odporności Polski, inwestycja zwarta jest w komponencie B: „Zielona Energia i Zmniejszenie Energochłonności”. W tabeli B2 załącznika: Kamienie milowe, wartości docelowe, wskaźniki i harmonogram monitorowania i realizacji na potrzeby bezzwrotnego wsparcia finansowego” oznaczono ją jako komponent: B.2.2.3 pod nr porządkowym: B38G oznaczając orientacyjny termin zakończenia inwestycji na II kwartał 2026 r. Jak następnie wskazał Zamawiający, potwierdzenie powyższego znajduje się na stronie 95 ww. załącznika do decyzji wykonawczej Rady Unii Europejskiej.

W ocenie składu orzekającego, powyższe nie można uznać, za przyczynę obiektywną uzasadniającą odstępianie od zasady ustalania planowanego terminu zakończenia robót liczbą dni, tygodni, miesięcy lub lat. Zauważenia wymaga, iż termin zakończenia inwestycji został określony jako orientacyjny na II kwartał 2026 r., a tym samym nie można wywieść z tego, iż jest to termin ostateczny, jak również termin, który nie może podlegać zmianie. Zamawiający nie przedstawił innych dowodów, ponad te wskazane powyżej, które by uzasadniały oznaczanie terminu realizacji zamówienia datą dzienną. Dlatego też, Izba nie miała podstaw aby nie uwzględnić tego zarzutu w takim zakresie, aby termin wykonania zamówienia Zamawiający powinien określić w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

Dodatkowo Odwołujący 2, jako dowód przedstawił „Planowany zakres rewizji Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększenia Odporności (dokument znajduje się na stronach). Odwołujący 2 wskazał, że jego zdaniem z dokumentu tego wynika, że dla Numeru Inwestycji B2.2.3 Budowa Infrastruktury terminalowej offshore, pod pozycją wersja zmieniona zostało wskazane: „zakończenie prac betonarskich pod morski terminal instalacyjny oraz zakończenie budowy w morskich terminalach serwisowych w Łebie, Ustce i Darłowie do 30 czerwca 2026.”, istnieje zatem możliwość robót po tym terminie z brakiem ryzyka utraty dofinansowania. Jak podniósł Odwołujący 2, w uzasadnieniu powyższego zostało wskazane, iż: „Poniesienie części nakładów inwestycyjnych po dniu 30 czerwca 2026 r. nie będzie wpływało na wysokość pomocy publicznej (dotacji) określonej pierwotnie we wniosku o objęcie przedsięwzięcia wsparciem.” Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż jest to tylko planowany zakres rewizji, który na chwilę obecną nie jest zatwierdzonym dokumentem, a tym samym na tej podstawie wywodzenie zmiany terminu wynikającego z KPO jest zbyt daleko idące. Jednak dostrzeżenia wymaga, iż pośrednio może to wskazywać ostatecznie na planowany kierunek zmian KPO w tym zakresie.

Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający wprowadził we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ § 19 postanowienia, z których wynika, iż Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w zakresie terminu

realizacji umowy, a tym samym należy założyć, iż data końcowa nie jest ostatecznie i bezwzględnie wymagana i może podlegać zmianom i modyfikacji przy założeniu okoliczności, na które wskazał sam Zamawiający.

W następnej kolejności Izba uznała, że zarzut nr 2 nie zasługiwał na uwzględnienie w obu odwołaniach w zakresie odnoszącym się do terminu realizacji zamówienia w sposób wskazujący, iż termin ten został określony przez Zamawiającego jako nierealny, niemożliwy i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności, utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, jak również niemożliwy do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ani Odwołujący 1, ani Odwołujący 2 nie udowodnili zdaniem Izby, że termin wskazany przez Zamawiającego jest termin nierealnym, a to właśnie na Odwołujących spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu, ponieważ z faktu tego wywodzi oni skutki prawne.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, w którym Sąd w szczególności podniósł, że: „(...) zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodne z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. (...) to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący.”

Odwołujący 1 przedstawił na posiedzeniu dowód nr 1, będący zestawieniem inwestycji o zbliżonym, jego zdaniem przedmiocie, który miałyby wykazać nierealność terminu realizacji zamówienia przewidzianego przez Zamawiającego, którego dotyczy odwołanie. Zauważenia wymaga, że niektóre z przywołanych w zestawieniu inwestycji nie były realizowane w takiej samej formule tj. „projektuj-buduj”, jak to którego dotyczy rozstrzygana sprawa. Zaś co do tych, które były w formule: „projektuj-buduj”, jak np. pozycja 2 w zestawieniu, Izba nie podziela poglądu Odwołującego 1, aby można określić je jako te o analogicznym zakresie realizacji. Należy zauważyć, że nie ma dwóch identycznych postępowań i jednak jest wiele innych uwarunkowań i zmiennych, które ostatecznie mają wpływ na określony termin realizacji. Według zapatrywań Izby, dowody te co najwyżej potwierdzały realizację wskazanych tam postępowań w zakreślonych ramach czasowych. Nie można tracić z pola widzenia, iż każde postępowanie dostosowane jest do możliwości, zakresu i potrzeb technicznych, właściwych dla miejsca i warunków, w ramach których zamówienie ma być zrealizowane.

Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 przedstawili także harmonogramy, z których ich zdaniem miałyby również wynikać, iż termin wskazany przez Zamawiającego jest nierealny do osiągnięcia. Zauważenia wymaga, iż w tak zaprezentowanych harmonogramach nawet obaj Odwołujący różnią się w poczynionych założeniach dotyczących poszczególnych terminów. Dlatego też, Zdaniem Izby na podstawie tak przedstawionych dowodów nie można stwierdzić, iż przedstawione terminy przez Odwołujących są prawidłowe i tylko w tych terminach jest możliwa realizacja zamówienia. Odwołujący przedstawiając te dowody wskazali jedynie, że są to terminy przez nich oczekiwane, a nie przy uwzględnieniu wszystkich możliwych zmiennych, obiektywnie minimalne.

Odwołujący 2 wraz z odwołaniem przedstawił również jako dowód, poglądowy harmonogram realizacji prac projektowych przygotowany przez wykonawcę WUPROHYD Sp. o.o. Biuro Projektów. Odwołujący 2 wskazał, iż dowód ten jest składany na okoliczność niedoszacowania przez Zamawiającego czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie prac projektowych. Zdaniem Odwołującego 2 skoro z harmonogramu opracowanego przez WUPROHYD Sp. o.o. Biuro Projektów wynika, że prace projektowe do daty uzyskania pozwolenia na budowę zajmą około 13 miesięcy, należy uznać tym samym, że Zamawiający nie doszacował czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie prac projektowych. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący 2 nie wskazał, jakimi założeniami kierował się podmiot opracowujący harmonogram, jakie warunki wziął pod uwagę, czy chociażby termin tak wskazany może ulec zmianie w przypadku zwiększenia np. zasobów ludzkich. Dalej Odwołujący 2 wskazał, że termin realizacji całości przedmiotu zamówienia w przybliżonym wariantcie wyniesie około 33 miesięcy. Odwołujący 2, jak zaznaczył tak wskazane szacunki oparł na swojej wiedzy i doświadczeniu w zakresie tego typu inwestycji. Należy podkreślić, iż skład orzekający nie neguje doświadczenia Odwołującego 2 w tego rodzaju przedsięwzięciach, jednak nie

przedłożył on wystarczających dowodów, z których można by było wyciągać wnioski, iż termin wskazany przez Odwołującego 2 jest terminem, który należy uznać za prawidłowy.

Reasumując o ocenie Izby zarówno Odwołujący 1, jak i Odwołujący 2 nie dostarczyli Izbie wystarczających dowodów które doprowadziłyby Izbę do przekonania, że wskazane przez Odwołujących terminy należy uznać za właściwe i jedyne możliwe dla wykonania przedmiotu zamówienia. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego można jedynie stwierdzić, że zarówno Odwołujący 1 i Odwołujący 2 jak i Zamawiający kierowali się odmiennymi założeniami co do wskazanych przez siebie terminów. Jednakże mając na uwadze powyższe, to na Odwołujących spoczywał ciężar przedstawienia argumentacji i dostarczenia dowodów na jej poparcie, aby przekonać Izbę, że termin określony przez Zamawiającego jest terminem nierealnym i niemożliwym do zrealizowania dla przedmiotowego zamówienia.

KIO 4090/24

Odnosząc się do zarzutu nr 3 wskazującego na naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 6 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w normalnych warunkach rynkowych, Izba wskazuje, iż żądanie w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że art. 439 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia”.

Biorąc pod uwagę treść projektu umowy wskazaną w § 6 Izba uznała, że klauzula waloryzacyjna ustanowiona przez Zamawiającego jest zgodna z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca nie ustanowił żadnego minimalnego poziomu waloryzacji ani też mechanizmów waloryzacji umowy, pozostawiając Zamawiającemu w tym zakresie swobodę w doprecyzowaniu tych elementów. Zamawiający w umowie określił wszystkie wymagania nakreślone przez ustawodawcę w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp m.in. wskazał poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, dający prawo stronom umowy żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, jak również sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z odesłaniem do odpowiedniego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów. Już z tego tylko względu odwołanie w tym zakresie należało oddalić.

Odwołujący w swoim zarzucie wskazywał również, naruszenie przez Zamawiającego art. 353¹ kodeksu cywilnego zgodnie z którym, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Izba dokonując oceny tego zarzutu, nie dopatrzyła się, aby ukształtowane przez Zamawiającego w § 6 umowy warunki waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy były w sprzeczności w stosunku do treści i celu umownego, a także do ustawy czy zasad współżycia społecznego.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący 2 nie wykazał, by klauzula waloryzacyjna wskazana w umowie miała charakter pozorny ze względu na przyjęty przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji. Dostrzeżenia wymaga, iż to Zamawiający jako organizator postępowania posiada najlepszą wiedzę w zakresie specyfiki i warunków mogących wpływać na zamówienie. Tym samym wiedza ta przekłada się na możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych. Odwołujący nie wykazał, dlaczego dopiero zmniejszenie wskaźnika waloryzacyjnego o 2,5 % w odniesieniu do kolejnych waloryzacji miałyby być zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że w projekcie umowy klauzula waloryzacyjna została

określona przez Zamawiającego prawidłowo, zgodnie z treścią art. 439 ustawy Pzp i zawiera wszystkie elementy, których przepis ten wymaga dla jej poprawności, dlatego też powyższy zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 wskazującego na naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 647 kc poprzez wprowadzenie do § 15 ust 7 wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia procedury odbiorowe przedmiotu umowy od przedstawienia oświadczeń podwykonawców, podczas gdy przepisy ustawy Pzp tj. art. 437 ust 1 pkt 4 i art. 447 ust 1 ustawy Pzp od złożenia dowodów zapłaty podwykonawcom warunkują jedynie zapłatę Wykonawcy wynagrodzenia a nie wstrzymywania i warunkowania odbioru robót, skład orzekający uznał zarzut ten za zasadny.

Jak stanowi art. 647 Kodeksu cywilnego: *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z 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.*

Zamawiający w § 15 ust. 1 wzoru umowy wskazał, że niekompletność dokumentacji odbiorowej lub oświadczeń podwykonawców uprawnia Zamawiającego do odmowy przystąpienia do odbioru lub w razie przystąpienia do odbioru – do jego przerwania do czasu uzupełnienia dokumentacji lub oświadczeń. Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego do obowiązków inwestora (w tym przypadku Zamawiającego) należy dokonanie odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przepisie próżno szukać uregulowań wskazujących, aby niekompletność dotycząca oświadczeń podwykonawców mogła być powodem do odmowy przystąpienia do odbioru lub w razie przystąpienia do niego powodował jego przerwanie do czasu uzupełnienia tych oświadczeń.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie co również wybrzmiało na rozprawie, wskazał, iż w związku z doświadczeniami wynikającymi z realizacji licznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przyjął zasadę dbałości o interesy podwykonawców, których słabsza pozycja negocjacyjna wobec generalnego wykonawcy sprawia że podwykonawcy nie ujawniają w odpowiedni sposób i we właściwym terminie swoich roszczeń, dlatego też wprowadził do umowy rzeczne postanowienie. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający posiada inne mechanizmy, które przewidział ustawodawca, aby móc chronić interesy podwykonawców.

Dlatego też uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż zarzut ten się potwierdził.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie KIO 4088/24 i częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie KIO 4090/24, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio ½ do ½ to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego KIO 4088/24 składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 27 200 zł). W związku z tym Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 200 zł, tytułu wpisu od odwołania, jednakże pomniejszoną o koszty wynagrodzenia pełnomocnika należne Zamawiającemu od Odwołującego.

Na koszty postępowania odwoławczego KIO 4090/24 składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł (łącznie 27 200 zł). Izba zniósła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....