

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Instalmedia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Targiele 8, 43-100 Tychy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Kliniczny Szpital Psychiatryczny SPZOZ w Rybniku**, ul. Gliwicka 33, 44-201 Rybnik

orzeka:

1Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów od 3 do 9 odwołania.

2Oddala odwołanie.

3Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Wykonawcę Instalmedia Sp. z o.o. z/s w Tychach i:

3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;

3.2zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika strony.

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 1410/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Kliniczny Szpital Psychiatryczny SPOZO w Rybniku, w trybie podstawowym na *Modernizację sieci ciepłowniczej c.o. c.w.u. oraz instalacji zimnej wody na terenie Klinicznego Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Rybniku – Etap II - powtórka* nr postępowania: DZp.380.2.20.2024.DPr.203), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.04.2024 r., 00288990 wobec czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia, wniesione zostało w dniu 22.04.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy „Instalmedia” Sp. z o.o. z/s w Tychach (sygn. akt KIO 1410/24).

Zamawiający zamieścił treść swz na platformie zakupowej w dniu 17.04.2024r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem:

- 1.Naruszenie treści art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP oraz art. 387 § 1 k.c. oraz art. 3531 i 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez określenie w § 9 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ terminu realizacji umowy na sześć miesięcy od daty zawarcia umowy, gdy jest to termin niemożliwy do dotrzymania z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a z których część leży wyłącznie po stronie Zamawiającego, jak szybkość dokonywania odbiorów, akceptacja dokumentacji projektowej czy termin dokonania wyboru prawa opcji a część poza możliwościami stron, jak oczekiwanie na wydanie odpowiednich zgód czy decyzji przez organy administracyjne;
- 2.Naruszenie treści art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 3531 k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, że nawet obiektywnie istniejące okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca, mogą nie spowodować przedłużenia terminu realizacji umowy z uwagi na brak zgody podmiotu trzeciego, czyli instytucji dotującej;
- 3.Naruszenie treści art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 3531 k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez umożliwienie w projekcie umowy (§ 2 ust. 9-11 projektu umowy) skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji na obszerny zakres zadania bez jednoczesnego przedłużenia terminu wykonania umowy o okres oczekiwania na skorzystanie z Zamawiającego ze skorzystania z prawa opcji;
- 4.Naruszenie treści art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, polegający na wskazaniu różnych

danych w samym SWZ, w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), który ma być w przyszłości załącznikiem do umowy oraz samym projektem umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, poprzez wskazanie w treści SWZ (pkt 4.1) zakresu robót modernizacji sieci ciepłych wraz z zimną wodą tylko dla ciągu B (połączenie od kotłowni do budynków Portierni, III, VII, IX i połączenie samej ziemnej wody z odczepem A i budynkiem Arteterapii) oraz zabudowę odrębnej instalacji hydrantowej dla całego Szpitala oraz ciągu D, C jako opcji, z której Zamawiający może, ale nie musi skorzystać, przy czym długość rurociągów ciągu B, D i C c.o., c.w.u. i c.w.u. cyrkulacja wynosi ok. 3160 mb, a zimnej wody ok. 1200 mb (PFU str. 15-17), podczas gdy Projekt umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) w § 2 ust. 1 – 5) przewiduje nie tylko zakres jak wyżej, ale dodatkowo mówi (§ 2 ust. 3), że „w zakres podstawowy modernizacji Odczepu B wchodzi dodatkowo przy instalacji c.o. montaż zaworów odcinających, zaworów regulacyjnych, filtrów siatkowych oraz termometrów dla wszystkich 6-ciu odczepów (nie tylko dla odczepu D) przy kolektorze powrotnym w kotłowni, bez sprecyzowania o jakie odczepy chodzi, oraz gdy PFU wymienia tylko 5 odczepów (B, C, D, E, F), (ponieważ odczep A został realizowany w I etapie, na podstawie odrębnego zamówienia publicznego);

5. Naruszenie treści art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, polegający na wskazaniu różnych danych w samym SWZ, w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), który ma być w przyszłości załącznikiem do umowy oraz samym projektem umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, przejawiającymi się w istnieniu sprzeczności poprzez wskazanie w PFU w pkt 1. „Zakres i podstawa opracowania” (str. 2), że „opracowanie obejmuje program funkcjonalno-użytkowy (zwany dalej PFU) wymiany sieci ciepłej centralnego ogrzewania (c.o.), ciepłej wody użytkowej (c.w.u.) i zimnej wody (z.w.). Planowana modernizacja obejmuje ciąg B (dokończenie – 5 budynków), C (4 budynki), D (8 budynków), E (3 budynki), F (10 budynków). Dodatkowo w zakresie modernizacji należy wykonać węzły cieplne zlokalizowane w piwnicach w/w budynków”, gdy w tytułach rysunków na str. 10 i 11 PFU oraz na str. 15 – 17 PFU wykazane są do realizacji ciągi B, C, D, E, F a z rysunków nie sposób odczytać wszystkich długości odcinków sieci do wymiany, natomiast z zestawień na str. 15 – 17 wynika, że do wymiany sieci c.o. i c.w.u. jest 5841 mb a zimnej wody 2250 mb, podczas gdy pkt 2.1.1. „Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych” (str. 6 PFU) określa łączną długość sieci c.o. c.w.u. i cyrkulacji c.w.u. (bez wskazania jakich ciągów to dotyczy) w ilości 5820 mb oraz długość wymiany rur zimnej wody o długości 2250 mb;
6. Naruszenie treści art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, polegający na wskazaniu różnych danych w samym SWZ, w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), który ma być w przyszłości załącznikiem do umowy oraz samym projektem umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, przejawiającymi się w istnieniu sprzeczności pomiędzy zapisami projektu umowy (§ 3 ust. 11 oraz § 5) oraz PFU (pkt 2.4 str. 22 PFU) dotyczących zasad i skutków odbiorów częściowych i odbioru końcowego, a w szczególności przewidującego w pkt 2.4 PFU, że „odbior projektu budowlanego i projektów, wykonawczych/technicznych nastąpi w ramach odbioru końcowego”, co jest sprzeczne z postanowieniami § 5 ust. 3 projektu umowy, który przewiduje z kolei, odbiór dokumentacji projektowej (odbior częściowy), która z chwilą jej zatwierdzenia, zgodnie z § 5 ust. 3 projektu umowy nie powinna być już podważana na etapie odbioru końcowego, podobnie dokonanie odbiorów częściowych, o których mowa w § 3 ust. 11 projektu umowy nie powinno być już podważane na etapie odbioru końcowego;
7. Naruszenie treści art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny, polegający na wskazaniu różnych danych w samym SWZ, w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), który ma być w przyszłości załącznikiem do umowy oraz samym projektem umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, przejawiającymi się w istnieniu sprzeczności pomiędzy zapisami projektu umowy (§ 2 ust. 6) oraz PFU (pkt 2.1 ppkt 4, str. 4 PFU) przewidującego różne ilości dostarczenia dokumentacji projektowej, a mianowicie projekt umowy mówi o dokumentacji stanowiącej przedmiot umowy w 3 egz. w formie pisemnej (3 egz. projektu budowlanego i wykonawczego, 3 egz. SWIORB) oraz 2 egzemplarzach na informatycznym nośniku danych – płycie CD w formacie odpowiednio pdf i dwg, natomiast PFU mówi o 5 egzemplarzach w wersji papierowej oraz wersji elektronicznej na nośniku CD;
8. Naruszenie przepisu art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjne wskazanie zakresu zobowiązania budowy sieci hydrantowej, która to sieć nie jest wymieniona w PFU jako sieć dla całego Szpitala a zakres budowy jedynie ogólnie wskazany w projekcie umowy wskazującym, że do wykonania jest projekt i budowa „całościowej odrębnej instalacji hydrantowej” (§ 2 ust. 1) i że

„instalacja hydrantowa ma być wykonana w sposób obejmujący wszystkie budynki Klinicznego Szpitala Psychiatrycznego co do wydajności i rozmieszczenia zgodna z obowiązującymi warunkami p.pożarowymi wraz z wykonaniem komory w której nastąpi rozdział instalacji wodociągowej na instalację hydrantową oraz pozostałą instalację zimnej wody na cele bytowe po ze zredukowanym ciśnieniem (konieczny montaż reduktora ciśnienia)” (§ 2 ust. 2) a dodatkowo wskazany został Załącznik nr 9 do SWZ „Przykładowy przedmiar instalacji hydrantowej”, przez co Zamawiający nie określił precyzyjnie wymagań oraz nie udostępnił innych materiałów opisujących zakres realizacji przez co zakres opisany w SWZ i dokumentach doń załączonych nie uwzględnia wszystkich informacji mających wpływ na sporządzenie oferty (a ponadto nazwa załącznika „przykładowy” sugeruje, że nie oddaje on rzeczywistego zakresu prac do wykonania, a jedynie wskazuje jakie czynności należy przewidzieć do wykonania);

9.Naruszenie przepisu art. 16 pkt 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP w zw. z 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie, z jednej strony, że w zakres zamówienia wchodzi zaprojektowanie i zbudowanie sieci hydrantowej, a z drugiej, pominięcie w SWZ, projekcie umowy czy PFU faktu, że sieć hydrantowa ma być przeprowadzona, między innymi, na terenie parku szpitalnego w ramach obiektu Zamawiającego, który to park jest odrębnie zaliczony jako zabytek (zieleni zabytkowa) [patrz § 4 ust. 1 pkt 21 projektu umowy] przy jednoczesnym zaniechaniu wskazania które dokładnie drzewa i krzewy stanowią zieleni zabytkową i jakie są ich granice przestrzenne (w szczególności bryły korzeniowe, których średnica dochodzi do dwóch-trzech średnic korony drzewa), dla którego odrębnie należy dokonywać uzgodnień z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków, i to z dodatku z innym, niż dla reszty obiektu, albowiem zgodnie z porozumieniem pomiędzy Miejskim Konserwatorem Zabytków w Rybniku a Konserwatorem Wojewódzkim uzgodnień dotyczących, między innymi, budynków i ich zespołów, będzie dokonywać Miejski Konserwator Zabytków, ale już uzgodnienia dotyczące zieleni zabytkowej nadal pozostają wyłączną kompetencją Konserwatora Wojewódzkiego, co wpływa na termin dokonywania uzgodnień i ich treść

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji swz i projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 3) stosownie do wskazań zawartych w uzasadnieniu odwołania, tj.

1. zmiany § 9 ust. 1 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„Strony ustalają, że Wykonawca uzyska pozwolenie na budowę w terminie do sześciu miesięcy od daty zawarcia umowy. Termin realizacji umowy wynosi sześć miesięcy od daty prawomocności decyzji o pozwoleniu na budowę.”

lub ewentualnie

„Strony ustalają, że termin realizacji zakresu podstawowego umowy wynosi dziesięć miesięcy od daty zawarcia umowy. Termin realizacji zakresu objętego prawem opcji wynosi dziesięć miesięcy od daty doręczenia wykonawcy oświadczenia o skorzystaniu przez Zamawiającego z wykonania prawa opcji.”

bądź ewentualnie

„Strony ustalają, że termin realizacji umowy wynosi dwanaście miesięcy od dnia zawarcia umowy.”

2. usunięcie § 9 ust. 6 projektu umowy;

3. wskazanie przez Zamawiającego dokładnego zakresu zadania poprzez doprowadzenie do wzajemnej zgodności postanowień SWZ, projektu umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) i Programu Funkcjonalno-Użytkowego w zakresie wskazanym w zarzutach 4 do 6 Odwołania, czyli dokładne określenie przedmiotu zamówienia, podjęcie decyzji o odbiorze częściowym dokumentacji projektowej oraz wybór ilości egzemplarzy dokumentacji do przekazania;

4. wskazanie przez Zamawiającego dokładnego zakresu przebiegu instalacji hydrantowej bądź umożliwienie złożenia oferty w tym zakresie w postaci kosztorysu wykonania robót w oparciu o obmiar końcowy bądź wyłączenia zadania budowy tej instalacji z zadania;

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, do której załącznikiem była informacja o wprowadzonych zmianach w dokumentacji zamówienia (swz) z 29.04.2024 r. i 10.05.2024 r. Zamawiający w części uwzględnił zarzuty dokonując zmiany zapisów swz. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania (pismo z 10.05.2024 r.).

Odwolujący na posiedzeniu wycofał zarzuty od 3-9 odwołania i podtrzymał zarzuty 1 i 2 dotyczące terminu realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia.

Izba na posiedzeniu na podstawie art. 530 Ustawy skierowała odwołanie do rozpoznania w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego, tj. naruszenia przez Zamawiającego:

- 1.art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP oraz art. 387 § 1 k.c. oraz art. 3531 i 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, poprzez określenie w § 9 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ terminu realizacji umowy na sześć miesięcy od daty zawarcia umowy, gdy jest to termin niemożliwy do dotrzymania z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a z których część leży wyłącznie po stronie Zamawiającego, jak szybkość dokonywania odbiorów, akceptacja dokumentacji projektowej czy termin dokonania wyboru prawa opcji a część poza możliwościami stron, jak oczekiwanie na wydanie odpowiednich zgód czy decyzji przez organy administracyjne;
- 2.art. 433 pkt 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 3531 k.c. w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez wskazanie w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, że nawet obiektywnie istniejące okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności wykonawca, mogą nie spowodować przedłużenia terminu realizacji umowy z uwagi na brak zgody podmiotu trzeciego, czyli instytucji dotującej.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

W zakresie podtrzymanym odwołanie zasadniczo sprowadza się do zakwestionowania terminu realizacji, który Zamawiający w swz określił na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy (rozdział 5 swz).

Zamawiający w SWZ (pkt 4.1) określił szczegółowo zakres robót modernizacyjnych sieci. Przedmiotem zamówienia jest modernizacja sieci ciepłowniczej c.o. i c.w.u. oraz instalacji zimnej wody dla ciągu B (połączenie od kotłowni do budynków Portierni, III, VII, IX i połączenie samej instalacji zimnej wody z odczepem A i budynku Arteterapii) oraz zabudowa odrębnej instalacji hydrantowej dla całego Szpitala (przykładowy przedmiar określony w Załączniku nr 9 do SWZ oraz uzupełnieniu do PFU) oraz ciągu D, C, - zamówienia z prawa opcji na terenie Klinicznego Szpitala Psychiatrycznego SPZOZ w Rybniku - realizowana na zasadzie zaprojektuj i buduj. Zakres prac podzielony został na zakres podstawowy i prawo opcji. Zamawiający przewidział możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej w dniu 22.04.2024 r., co nie jest obowiązkowe dla złożenia oferty (pkt 4.19 swz).

Projekt umowy (Załącznik nr 3 do SWZ) w § 2 ust. 1 – 5 przewiduje powyższy zakres, a także dodatkowo stanowi w § 2 ust. 3, że w zakres podstawowy oprócz modernizacji Odczepu B wchodzi przy kolektorze powrotnym c.o. w budynku kotłowni montaż armatury t.j.: zaworu odcinającego, zaworu regulacyjnego, filtra siatkowego oraz termometru po jednym komplecie dla wszystkich 6-ciu odczepów (nie tylko dla odczepu D) także do odczepu A, który nie został w czasie ostatnich robót zamontowany. Powyższy aspekt był również poruszany na wizji lokalnej poprzedniego przetargu, unieważnionego (obecna wizja lokalna nie odbyła się z powodu braku zainteresowania). Odczepy E i F pomimo iż znajdują się w PFU nie są przedmiotem zamówienia. Wynika to bezpośrednio z projektu umowy, gdzie określony został zakres podstawowy dot. odczepów B oraz H Sieci hydrantów natomiast zakres prawa opcji dot. Odczepów C,D.

Zamawiający w PFU str. 15 wskazał ilości metrów sieci do wymiany w ciągach B, C, D, E, F, istniejące w kanałach przełazowych, zaznaczone również w PFU str. 8 na schemacie – plan sytuacyjny sieci ciepłowniczej, jako *sieci c.o. i c.w.u. prowadzone w chodnikach podziemnych* (zaznaczone kolorem niebieskim). W PFU str. 12 Zamawiający wskazał, iż *Do dyspozycji Wykonawców będą udostępnione do wglądu posiadane przez Zamawiającego dokumentacje techniczne istniejących instalacji i inwentaryzacje architektoniczne. Zaznacza się, że każdy z Wykonawców ubiegających się o zamówienie powinien we własnym zakresie dokonać wizji lokalnej i zweryfikować udostępnione w programie funkcjonalno-użytkowym informacje, rysunki techniczne i projekty budowlane ze stanem rzeczywistym. Każdy zainteresowany otrzyma możliwość swobodnego dokonania wizji lokalnej oraz obmiarów poszczególnych niezbędnych pomieszczeń i instalacji, w terminie uzgodnionym przez Zamawiającego.*

W umowie o dofinansowanie z dnia 25.04.2024 r. zawartej z Województwem Śląskim, na podstawie, której Zamawiający ma otrzymać dofinansowanie do kwoty 4 mln zł, nie większej niż 94,64% zadania inwestycyjnego „Modernizacja sieci ciepłowniczej c.o. i c.w.u. oraz instalacji zimnej wody” w ramach dotacji celowej, określone zostały warunki tego dofinansowania. Zgodnie z par. 3 ust. 10 wniosek końcowy Zamawiający zobowiązany jest przedłożyć do 29 listopada 2024 r., na podstawie którego nastąpić ma przekazanie środków nie później niż do 31.12.2024 r. Oddanie do użytku przeprowadzonej inwestycji lub uruchomienie zakupionej aparatury powinno nastąpić nie później niż w ciągu 6 miesięcy od zakończenia zadania. Zgodnie z par. 6 ust. 1 Podmiot leczniczy traci prawo do dotacji (w całości lub w części) w przypadku nie złożenia wniosku końcowego w terminie **do 29 listopada 2024 r., stanowiącym termin realizacji**

zadania.

Zamawiający we wzorze umowy w par. 9 ust. wzoru umowy (załącznik nr 3 do swz) wskazał w zakresie terminu realizacji umowy:

Pkt 5 – W razie zaistnienia okoliczności niezawinionych przez Strony o charakterze Siły wyższej (m.in. niekorzystane warunki atmosferyczne), które spowodują, że wykonie przedmiotu umowy nie będzie możliwe w terminie określonym w ust. 1 powyżej, Zamawiający nie będzie naliczał kar umownych za zwłokę, o których mowa w § 12 ust. 1 i 2 umowy, pod warunkiem, że o zajściu takich okoliczności Wykonawca poinformuje niezwłocznie Zamawiającego na piśmie, a Zamawiający wyrazi zgodę na przedłużenie terminu realizacji umowy, pod warunkiem określonym w pkt 7 poniżej.

6. Ze względu na to, że inwestycja realizowana jest z dotacji, możliwość przedłużenia terminu realizacji zamówienia uwarunkowana jest otrzymaniem zgody na przedłużenie umowy instytucji dotującej. W przypadku braku zgody na przedłużenie umowy z instytucji dotującej Zamawiający nie może wyrazić zgody na przedłużenie terminu realizacji umowy.

7. Konieczność wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych powinna zostać zgłoszona przez Wykonawcę Inspektorowi Nadzoru Inwestorskiego Zamawiającego na piśmie, a także potwierdzona protokołem konieczności zatwierdzonym przez Zamawiającego.

Izba oddaliła odwołanie.

Zasadniczą dla obu zarzutów podniesionych w odwołaniu było kwestia ustalenia terminu zakończenia robót wskazanego w swz w wymiarze 6 miesięcy dla całości zadania inwestycyjnego realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj. Przy czym część robót związanych z wymianą istniejącej sieci nie będzie wymagała uzyskania pozwolenia na budowę oraz wymaganych w tym celu uzgodnień. Zamawiający i Odwołujący zgodnie bowiem wskazywali, iż w przypadku istniejących kanałów przelazowych wykonawca może przystąpić do wymiany sieci bez konieczności oczekiwania na uzyskanie pozwolenia budowlanego. Ponieważ okoliczność ta nie została w żaden sposób skomentowana na etapie formułowania zarzutów, dopiero na rozprawie została przez Zamawiającego wskazana na odparcie twierdzeń Odwołującego, w szczególności co do konieczności oczekiwania przez okres co najmniej 133 dni z rozpoczęciem prac.

Izba w oparciu o ustalenia poczynione z udziałem stron na rozprawie przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, w których wskazywał na ilości metrów sieci istniejącej w kanałach (str. 15 PFU), jak również oświadczenie samego Odwołującego, w którym szacował czas na wykonanie wszystkich prac na ok. 4,5 – 5 m-cy. Ponadto, jako niesporne przyjęła, iż szacowany czas konieczny na uzyskanie pozwolenia budowlanego dla części robót, w którym nie będzie można rozpocząć prac, wyniesie 133 dni. Należy również wskazać, iż zakres zamówienia został podzielony na zakres podstawowy i objęty prawem opcji.

Oddalając odwołanie Izba uwzględniła okoliczności wskazane na rozprawie, a dotyczące możliwości przystąpienia do realizacji części prac bez konieczności uzyskania decyzji pozwolenia na budowę, tj. prace w istniejących już kanałach przelazowych. Całości argumentacji w zakresie zbyt krótkiego terminu, tj. 6 m-cy Odwołujący opierał na wyłączeniu z tego okresu czasu koniecznego na uzyskanie wszystkich zgód i uzgodnień, wskazując ostatecznie w replice do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie na 133 dni, jako wyłączonych z realizacji ze 183 dni (6 m-cy). Zamawiający wskazał na rozprawie zapisy PFU wraz z mapą inwestycji, które pozwalały przyjąć jako niesporną okoliczność związaną z istniejącymi kanałami przelazowymi, w których istnieje możliwość położenia rur bez konieczności prowadzenia robót budowlanych. Wykonawca miał możliwość udziału w wizji lokalnej, co nie odbyło się i nie zostało w żaden sposób skomentowane na rozprawie. Mając na uwadze postanowienia swz, w których Zamawiający wskazywał na możliwość sprawdzenia na miejscu istniejącego stanu sieci, rezygnacja z udziału w wizji faktycznie mogła prowadzić do pominięcia istotnego faktu, jakim jest stan istniejącej sieci określonej w PFU do wymiany. Odwołujący dopiero na rozprawie odnotował fakt wskazania w PFU infrastruktury prowadzonej w chodnikach podziemnych – zaznaczonych na schemacie, str. 8 PFU, wskazując, iż aktualną pozostaje kwestia budowy sieci hydrantowej.

Ponieważ w odwołaniu okoliczność ta w ogóle nie była poruszona, Izba uznała, iż ustalenie rzeczywistego udziału robót w istniejących kanałach przelazowych w całości prac nie zmienia w sposób zasadniczy ustalenia, iż w okresie pełnych 6 miesięcy jest możliwość wykonania części prac przed uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę. Okoliczność ta wskazuje zatem na możliwość rozłożenia prac na pełen okres realizacji zadania od zawarcia umowy. W sytuacji gdy sam Odwołujący określa realny czas wykonania wszystkich robót na 4,5 - 5 miesięcy, w ocenie składu orzekającego jest możliwość realizacji zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego, choć może to wymagać większych nakładów osobowych i sprzętowych, co będzie miało wpływ na cenę oferty. Nie można również pominąć, że zamówienie zostało podzielone na zamówienie podstawowe i objęte prawem opcji i to Zamawiający ostatecznie będzie decydował w jakim zakresie prace zostaną zlecone do wykonania, co może również oznaczać zawężenie przedmiotu zamówienia do

części podstawowej. Ponieważ Zamawiający jest uzależniony od finansowania zewnętrznego i związany umową na dofinansowanie, w której termin zakończenia został określony w sposób „sztywny” datą 29.11.2024 r., zmiana terminu określonego w dokumentacji pozostaje poza gestią Zamawiającego, co również zostało ujęte w kwestionowanym zapisie wzoru umowy, w którym wskazuje się na konieczność uzyskania zgody na zmianę terminu realizacji od instytucji finansującej. Może to rodzić ryzyko braku ofert lub uzyskania ofert z cenami wyższymi z uwagi na konieczność zwiększenia nakładów w krótkim okresie czasu, nie oznacza jednak, iż spełnienie świadczenia jest niemożliwe.

Zamawiający obecnie ograniczył w sposób zasadniczy zakres rzeczowy robót w stosunku do postępowania poprzedzającego obecne zamówienie, które unieważnił, pozostawiając ten sam termin wykonania.

Obecne postanowienia nie naruszają przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Dotyczy to również zapisów umowy, które zasadniczo nie odnoszą się do odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. Ponieważ kwestionowane postanowienia par. 9 ust. 6 umowy pozostają w związku z terminem zakończenia prac, który to termin w ocenie składu orzekającego obiektywnie może być dotrzymany, Izba oddalając zarzut nr 1 uznała za niezasadny zarzut nr 2. Wykonawca na zasadach ogólnych może dochodzić prawnie w drodze powództwa sądowego, w sytuacji gdy dojdzie w jego ocenie do obciążenia go odpowiedzialnością kontraktową za zdarzenia, za które nie ponosił odpowiedzialności. Fakt, iż zapisy umowy mogą wskazywać na przerzucenie ryzyka kontraktowego na stronę odwołującą nie prowadzi jeszcze do stwierdzenia naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca:.....