Sygn. akt KIO 1367/24, KIO 1391/24, KIO 1398/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Maria Kacprzyk
Ernest Klauziński
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2024 roku, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez:

A. wykonawcę HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1367/24),

B. wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1391/24),

C. wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1398/24),

w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej

przy udziale uczestnika po stronie Odwołującego:

A. wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1367/24, KIO 1398/24

B. wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1367/24, KIO 1391/24, KIO 1398/24

orzeka:

I. Sprawa o sygn. KIO 1367/24:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

a) zarzutu nr 1 w części odnoszącej się do konieczności uzupełnienia warunku o definicję Rozbudowy,

b) zarzutu nr 2,

c) zarzutu nr 3,

d) zarzutu nr 4 w części dotyczącej określenia w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 3 Części I SWZ wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych,

e) zarzutu nr 5 w części dotyczącej warunku udziału określonego w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 4 Części I SWZ – dot. funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w zakresie dotyczącym określenia w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych,

f) zarzutu nr 6,

g) zarzutu nr 7 w części, tj. w zakresie powiązanym z wnioskiem zawartym w pkt IV.7 lit. e. odwołania, to jest w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego zmiany pkt 4.4 Części IV SWZ poprzez jego wykreślenie oraz w zakresie powiązanym z częścią wniosku zawartego w pkt IV.7 lit. g), to jest w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego zmiany pkt 2.13 Załącznika D do Części IV SWZ (omyłkowo oznaczonego w treści pkt IV.7 lit. g. Odwołania jako pkt 2.12) polegającej na usunięciu z treści tego pkt 2.13 Załącznika D zobowiązania Wykonawcy do zapewnienia kompatybilności dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem funkcjonującym już u Zamawiającego,

h) zarzutu nr 8 w części dotyczącej „uznania za wadę istotną wady, której istnienie więcej niż nieznacznie zmniejsza wartość przedmiotu Umowy lub jej części”,

i) zarzutu nr 9 lit. b,

j) zarzutu nr 10 lit. b w części dotyczącej „nałożenia na Wykonawcę w pkt 13.10.2 Części IV SWZ – wzorze umowy obowiązku udzielenia osobie wskazanej przez Zamawiającego stosownego pełnomocnictwa oraz przeniesienia na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości w sytuacji, gdy nie jest możliwe jednoczesne skuteczne udzielenie pełnomocnictwa do realizacji uprawnień w imieniu Wykonawcy oraz przeniesienie na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości – w przypadku przeniesienia roszczenia udzielenie pełnomocnictwa byłoby bezzasadne, a także z pominięciem obowiązujących przepisów KPC dotyczących pełnomocnictwa procesowego”,

k) zarzutu nr 13,

l) zarzutu nr 14,

ł) zarzutu nr 16 w części wskazującej na wprowadzenie postanowienia o wskazanej w zarzucie treści „niezależnie od tego czy polecenia te mają racjonalne i umowne uzasadnienie", a to z uwagi na dokonaną przez Zamawiającego zmianę polegającą na wskazaniu, że instrukcje Zamawiającego mają być uzasadnione oraz niesprzeczne z Umową oraz przepisami prawa,
m) zarzutu nr 17,
n) zarzutu nr 18 w części w jakiej zarzut obejmował brak jednoznacznego sprecyzowania jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac wynikających z Umowy,
o) zarzutu nr 19,
p) zarzutu nr 20 oraz nr 22,
2)w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3) kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

II. Sprawa o sygn. KIO 1391/24:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
a) zarzutu nr 1,
b) zarzutu nr 2,
c) zarzutu nr 3 – częściowo w zakresie Doświadczenia Kierownika kontraktu opisanego w pkt 2.4 lit. b) SWZ lit. ii), doświadczenia Kierownika budowy opisanego w pkt 2.4 lit. b) SWZ lit. iii) – częściowo w zakresie długości doświadczenia (po zmianie 5 lat) oraz w zakresie definicji Budynku Referencyjnego (str. 19 SWZ w całości żądanie zmiany definicji Budynku Referencyjnego),
d) zarzutu nr 4 – częściowo w zakresie:
- załącznika A. Definicje - dotyczącym pkt 1.5 oraz pkt 1.37,
- projektu umowy – dotyczącym pkt 2.3.5 wraz z odesłaniem do tego punktu w pkt 2.3.4,
e) zarzutu nr 4 lit. e),
f) zarzutu 4 lit. h) w zakresie w zakresie terminu przekazywania informacji dot. Maszyn i Urządzeń ustanowionego w punkcie 8.1. projektu umowy,
g) zarzutu 4 lit. k), ł), m), n),
h) zarzutu 4 lit. o) w zakresie dotyczącym pkt 20.11.1 projektu umowy w zakresie lit. (i),
i) zarzutu 4 lit. s) w zakresie dotyczącym pkt 27.1 oraz 27.7 projektu umowy,
j) zarzutu nr 4 dotyczącego Załącznika nr 6 Harmonogramu Rzeczowego – częściowo w zakresie Kamieni Milowych skreślonych przez Zamawiającego , tj. 3,5,8,9,10,12,13,14 oraz 16,
2.w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3.kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

III. Sprawa o sygn. akt KIO 1398/24:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 2,3,4,7 oraz 8,
2.w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3.kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

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: …….....

…….....

…….....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych - Budowa budynku technicznego T o funkcji centrum przetwarzania danych z budynkiem biurowym, budynkiem wartowni oraz towarzyszącą infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu i wieżą telekomunikacyjną w Sulejówku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2024 r. pod numerem 217376-2024.

KIO 1367/24

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Odwołujący_1 – HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art.16 pkt 1-3 w zw.zart.17ust.1 pkt1 i 2 w zw. z art. 112 ust.1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. a) Części I Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy, zgodnie z którym Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej dwie inwestycje polegające na realizacji obiektów wybudowanych od podstaw (bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku i urządzeń budowlanych lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych) z których każdy spełnia poniższe warunki:

i. jest obiektem Data Center i:

ii. realizacja tego obiektu obejmowała co najmniej roboty budowlane w branżach:

• architektonicznej,

• konstrukcyjnej,

i roboty budowlane w zakresie instalacji w branżach:

• telekomunikacyjnej,

• sanitarnej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej wentylację, klimatyzację (w tym klimatyzację precyzyjną) oraz instalacje wodociągowe i kanalizacyjne,

• elektrycznej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej dwutorowe zasilanie i zasilanie to zawierało na każdy tor układ zasilania gwarantowanego (bezprzerwowego) i układ zasilania

rezerwowego z agregatów prądotwórczych,

• instalację Stałego Urządzenia Gaśniczego przeznaczonego dla ochrony Strefy Przetwarzania Danych i:

iii. Strefa Przetwarzania Danych w obiekcie Data Center spełnia co najmniej parametry określone poniżej:

• posiada moc zasilania gwarantowanego przeznaczonego wyłącznie do zasilania urządzeń IT zlokalizowanych w Strefie Przetwarzania Danych o wartości co najmniej 500 kW na każdy tor zasilania i:

• zawiera co najmniej 100 szt. Szaf Rack,

lub

i. ma powierzchnię co najmniej 350 m2,

i

iv. Został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla niego decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.

Przez obiekt *Data Center* należy rozumieć:

• budynek lub budynki i urządzenia budowlane przeznaczone do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania,

przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług, w którym części obiektu Data
Center, poza Strefą Przetwarzania Danych, przeznaczone są głównie do obsługi tej Strefy (w tym administrowania zasobami IT) lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu,
lub
• budynek wielofunkcyjny wraz z urządzeniami budowlanymi, w którym istnieje część budynku
wydzielona pożarowo (jako osobna strefa lub strefy pożarowe) i funkcjonalnie od pozostałej części budynku i część ta posiada niezależny węzeł zasilania, i instalacja chłodzenia jest wykonana jako wydzielona wyłącznie na potrzeby tej części budynku, i część ta przeznaczona jest wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług, i pomieszczenia w tej części budynku, poza Strefą Przetwarzania Danych, przeznaczone są głównie do obsługi tej Strefy (w tym administrowania zasobami IT) lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu.
Przez *Przebudowę* należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych (z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji), w efekcie których powstał obiekt Data Center, którego nowopowstałe elementy aranżacji spełniają warunki opisane w ppkt a) tiret ii, iii, iv, przy czym do nowopowstałych elementów nie są zaliczane elementy istniejące w obiekcie przed Przebudową.
Zamawiający wymaga by wartość wykonanych robót budowlanych Przebudowy była nie niższa niż 35.000.000,00 zł netto.
Przez *Strefę Przetwarzania Danych* należy rozumieć wydzieloną stałymi przegrodami budowlanymi część obiektu Data Center, w której umieszczono sprzęt zapewniający wykonywanie podstawowych funkcji obiektu Data Center tj. przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych i w tej wydzielonej części parametry środowiskowe zostały zapewnione za pomocą instalacji klimatyzacji precyzyjnej, przeznaczonej wyłącznie do chłodzenia tej części, i układ zasilania jest co najmniej układem dwutorowym i posiada układ zasilania gwarantowanego wraz z układem podtrzymania z agregatu prądotwórczego dla pełnej mocy bilansowej.
Zamawiający uznaje, że - w rozumieniu wymogów z poprzedniego zdania - również zasilanie z układów DRUPS spełnia kryterium zasilania z agregatu prądotwórczego i zasilania gwarantowanego (przy zastosowaniu układu no-break).
Stałe Urządzenia Gaśnicze oznaczają urządzenia przeciwpożarowe, które są trwale związane z obiektem budowlanym i które samoczynnie uruchamiają się po wykryciu pożaru oraz posiadają własny zapas środka gaśniczego.
Wartości podane we właściwych dokumentach składanych na potwierdzenie zdolności technicznych i zawodowych wymaganych przez Zamawiającego w walucie innej niż złoty polski należy przeliczyć wg średniego kursu danej waluty ogłoszonego przez NBP na dzień, w którym podpisano protokołu odbioru końcowego, a w przypadku gdy w dniu tym NBP nie opublikowało średniego kursu danej waluty Zamawiający dokona przeliczenia według ostatniego kursu opublikowanego przed dniem podpisania protokołu odbioru końcowego, podczas gdy:
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu realizacji obiektów wybudowanych od podstaw (bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku i urządzeń budowlanych lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych) w sytuacji gdy obiekty typu Data Center w dużej liczbie przypadków lokowane są w już istniejących budynkach, po dokonaniu odpowiednej przebudowy lub rozbudowy i adaptacji, zaś zdolność wykonawcy do realizacji budynku od podstaw może wynikać również z realizacji obiektu w drodze jego przebudowy lub rozbudowy;
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu realizacji obiektów Data Center, przez które należy rozumieć budynek wielofunkcyjny w którym istnieje część budynku, w której pomieszczenia przeznaczone są głównie do obsługi Strefy Przetwarzania Danych, rozumianej jako wydzieloną stałymi przegrodami budowlanymi część obiektu Data Center, w którym umieszczono sprzęt zapewniający wykonywanie podstawowych funkcji obiektu Data Center, lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu, w sytuacji gdy w dużej liczbie przypadków Strefy Przetwarzania Danych lokowane są w ramach obiektów, które pełnią również inne funkcje niż tylko przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych, zaś realizacja budynku wielofunkcyjnego, w którym istnieje Strefa Przetwarzania Danych, rozumiana jako część obiektu, w której umieszczono sprzęt zapewniający przetwarzanie danych, pozwala na wykazanie zdolności Wykonawcy do realizacji obiektów typu Data Center;

- narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujące zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
2) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b} Lp. 1. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca wykaże, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:
Funkcja: Kierownik kontaktu:
Treść warunku - Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:
Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera).
Doświadczenie zawodowe:
ii. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Kierownika kontraktu przez okres co najmniej 12 miesięcy (bez przerwy) przy realizacji co najmniej jednego obiektu Data Center i obiekt ten został odebrany poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego i uzyskano dla niego pozwolenie na użytkowanie i:
iii. posiada minimum 7-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy
realizacji Budynków Referencyjnych.
Zamawiający za spełnienie warunku uzna również pełnienie funkcji Kierownika projektu lub
Kierującego zadaniem inwestycyjnym (umową).
Liczba wymaganych osób: 1.
- podczas gdy określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy realizacji Budynków Referencyjnych, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia 5-letnie doświadczenie, narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujących zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
3) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 2. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w
postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca wykaże, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:
Funkcja: Kierownik budowy:
Treść warunku - Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:
Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera).
Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności
konstrukcyjno-budowlane.
Doświadczenie zawodowe:
i. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pe/nil funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych;
i
ii. czas pełnienia funkcji kierownika budowy nie może być krótszy niż 12 miesięcy {bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i;
i
iii. posiada minimum 7-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji Budynków Referencyjnych;
Liczba wymaganych osób: 1.
- podczas gdy określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji Budynków Referencyjnych, w sytuacji gdy należyte

doświadczenie zapewnia 5-letnie doświadczenie, narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujące zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
4) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 3. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca wykaże, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:
Funkcja: Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych;
Treść warunku - Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:
Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera).
Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowalnymi w specjalności
instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych.
Doświadczenie zawodowe:
i. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych,
cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie
i
ii. czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i),
i
iii. w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej każdego obiektu wskazanego w tiret i),
i
iv. posiada minimum 7-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych,
gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych.;
podczas gdy:
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7- letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia 5-letnie doświadczenie oraz
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu pełnienia funkcji kierownika robót w
specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia pełnienie funkcji przy realizacji jednego obiektu Data Center przez okres 18 miesięcy (bez przerwy) zamiast wymaganych przez Zamawiającego 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego z dwóch obiektów Data Center narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujące zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
5) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 4. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności

technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca wykaże, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:
Funkcja: Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
Treść warunku - Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:
Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera).
Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności
instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych
Doświadczenie zawodowe:
i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie
i
ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i),
i
iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej każdego obiektu wskazanego w tiret i)
iv). posiada minimum 7-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji
Budynków Referencyjnych;
podczas gdy:
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7- letniego
doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia 5-letnie doświadczenie oraz
- określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu pełnienia funkcji kierownika robót w
specjalności robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia pełnienie funkcji przy realizacji jednego obiektu Data Center przez okres 18 miesięcy (bez przerwy) zamiast wymaganych przez Zamawiającego 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego z dwóch obiektów Data Center;
narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujące zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;
6) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 362 Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 5. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, zgodnie z którym Wykonawca wykaże, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje następującymi osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia:
Funkcja: Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;
Treść warunku - Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:
Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera).
Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności
instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.
Doświadczenie zawodowe:
i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych,

i

ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 6 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i),

i

iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w odbiorach końcowych branży telekomunikacyjnej każdego obiektu wskazanego w tiret i),

i

posiada minimum 7-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych podczas gdy:

-określenie w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w sytuacji gdy należyte doświadczenie zapewnia 5-letnie doświadczenie, narusza zasadę przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny oraz zasadę udzielenia zamówienia zapewniającego najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych uzasadnioną charakterem zamówienia, określa warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz określa warunki nie obejmujące zdolności technicznych i zawodowych umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości;

7) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 362 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 161O z późn. zm., dalej jako: ,,KC") poprzez ich błędne zastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia (w pkt 1.33 oraz 1.49 Załącznika A do Części IV SWZ -wzór umowy oraz pkt 1.4.1, 2.1, 4.4. i 4.9 Części IV SWZ - wzór umowy oraz pkt 2.12 Załącznika D do Części IV SWZ wzór umowy), w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;

8) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. art. 353^1 w zw. z art. 647 KC poprzez sformułowanie pkt 1.66 Załącznika A do Części IV SWZ - wzór umowy w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane i zasadą współdziałania przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegające na zdefiniowaniu pojęcia Wady Istotnej poprzez określenie przykładowego katalogu okoliczności skutkujących uznaniem wady za istotną, jak również uznanie za wadę istotną wady, której istnienie więcej niż nieznacznie zmniejsza wartość przedmiotu Umowy lub jego części, podczas gdy pod pojęciem Wady Istotnej powinny być rozumiane wyłącznie okoliczności określone w pkt (i) do (v) wprowadzonej przez Zamawiającego definicji, co w konsekwencji narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy;

9) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. art. 353^1 KC poprzez ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

a. wprowadzeniu w pkt 13.2 Części IV SWZ - wzorze umowy postanowienia, zgodnie z którym Wykonawca nie będzie zobowiązany do usunięcia na swój koszt powstałej w okresie

Gwarancji i Rękojmi Wady wynikłej w następstwie okoliczności określonych w tym postanowieniu, w ramach których pominięte zostały okoliczności związane z normalnym zużyciem lub uszkodzeniami mechanicznymi spowodowanymi przez Zamawiającego lub osoby trzecie;

b. wprowadzeniu w pkt 13.2 Części IV SWZ - wzorze umowy postanowienia zgodnie z którym Wykonawca nie może uchylić się od obowiązku usunięcia Wady nawet w przypadku wykazania, iż zgodnie z niniejszym punktem za daną Wadę nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że w przypadku dokonania usunięcia Wady, za którą Wykonawca nie ponosił odpowiedzialności, przysługiwało mu będzie wynagrodzenie o wartości odpowiadającej rynkowemu kosztowi usunięcia Wady. Celem uniknięcia wątpliwości wskazuje się, iż w przypadku nieterminowego wykonania zobowiązania do dokonania naprawy Wady, choćby Wykonawca nie ponosił za nią odpowiedzialności, Zamawiającemu przysługiwało będzie prawo dochodzenia kar umownych i naprawienia szkody;

10) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art, 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 w ZW, z art. 58 KC w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 87 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1550 z późn. zm., dalej jako: ,,KPC") poprzez ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami prawa, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

a. nałożeniu na Wykonawcę w pkt 13.1O.1 Części IV SWZ - wzorze umowy obowiązku przeniesienia na Zamawiającego swoich praw w zakresie gwarancji jakości wynikających z zawartych przez niego umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów bez
jednoczesnego zobowiązania Zamawiającego do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków Wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji oraz zwolnienia Wykonawcy, w odpowiednim zakresie, z obowiązków Wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji;
b. nałożeniu na Wykonawcę w pkt 13.10.2 Części IV SWZ - wzorze umowy obowiązku udzielenia osobie wskazanej przez Zamawiającego stosownego pełnomocnictwa oraz przeniesienia na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości w sytuacji, gdy nie jest możliwe jednoczesne skuteczne udzielenie pełnomocnictwa do realizacji uprawnień w imieniu Wykonawcy oraz przeniesienie na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości - w przypadku przeniesienia roszczenia udzielenie pełnomocnictwa byłoby bezzasadne, a także z pominięciem obowiązujących przepisów KPC dotyczących pełnomocnictwa procesowego oraz bez jednoczesnego zobowiązania Zamawiającego, w przypadku przeniesienia na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego, do zwolnienia Wykonawcy z zobowiązania do naprawienia szkody w stosunku do Zamawiającego;

11) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 353^1, art. 471, art. 473 § 1, art. 483 § 1 i art. 484 KC, poprzez określenie kary umownej w pkt 17.1.3 Części IV SWZ - wzoru umowy, za zwłokę w realizacji Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji Nr 1 lub Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji Nr 2 w wysokości 1,0 (słownie: jeden procent) % odpowiednio Wynagrodzenia za Wykonanie Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji nr 1 lub Wynagrodzenia za Wykonanie Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji nr 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki od terminu określonego odpowiednio w pkt 9.1.4 i 9.1.5 Umowy, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego;

12) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 58 w zw. z art. art. 353^1 w zw. z art. 471 w zw. z art. 472 § 2 w zw. z art. 652 KC poprzez wprowadzenie w pkt 18.2.2. Części IV SWZ - wzoru umowy odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie ryzyka w sytuacji, gdy odpowiedzialność Wykonawcy powinna być ukształtowana na zasadzie winy, na zasadach ogólnych, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

13) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. 58 w zw. z art. art. 353^1 w zw. z art. 471 w zw. z art. 472 § 2 KC, poprzez określenie w pkt 18.4.1 Części IV SWZ - wzór umowy ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy do równowartości 100 (stu) % Wynagrodzenia, w sytuacji gdy podstawowym zobowiązaniem Zamawiającego z Umowy jest zaplata na rzecz Wykonawcy 100 (stu) % Wynagrodzenia, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

14) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. art. 353^1 w zw. z art. 471 w zw. z art. 472 § 1 i 2 KC, poprzez wprowadzenie w pkt 19.1 Części IV SWZ - wzór umowy postanowienia zgodnie z którym poza innymi wyłączeniami odpowiedzialności wyraźnie przewidzianymi w niniejszej Umowie, Strony nie odpowiadają jedynie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy w zakresie spowodowanym działaniem siły wyższej, w sytuacji gdy odpowiedzialność Wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy powinna być ukształtowana na zasadzie winy, na zasadach określonych w KC, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej

konkurencji;

15) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. art. 8 ust. 1 oraz art. 433 pkt 4) Pzp w związku z art. 353^1 oraz art. 58 KC w zw. z art. 5 KC poprzez przyznanie Zamawiającemu w Części IV SWZ wzór umowy (pkt 24.1 .2 lit. h, 2.1.4 Części IV SWZ) uprawnienia do jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, generując tym samym ryzyka niemożliwe do skalkulowania, co narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

16) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art . 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 w zw. z art. art. 353^1 w zw. z art. 471 w zw. z art. 472 § 1 i 2 KC, poprzez wprowadzenie w pkt 30.3 Części IV SWZ - wzór umowy postanowienia zgodnie z którym W przypadku sporu na Terenie Budowy w okresie przebywania innych wykonawców koordynatorem prac w zakresie współpracy Wykonawcy z innymi wykonawcami jest Zamawiający. W przypadku, gdy Wykonawca nie będzie działał zgodnie z instrukcjami Zamawiającego lub uniemożliwi lub ograniczy innym wykonawcom wykonanie prac, Wykonawca zobowiązany jest do zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów tego wykonawcy oraz Zamawiającego, niezależnie od tego czy polecenia te mają racjonalne i umowne uzasadnienie, czy brak niezastosowania się do poleceń może mieć jakikolwiek wpływ na wykonanie prac przez innych wykonawców lub na należyte wykonanie Umowy przez Wykonawcę, czy też niezależnie od wagi i rodzaju naruszeń czy też zawinienia Wykonawcy, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

17) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

a. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku przerwania wykonywania Robót i Prac na okres dłuższy niż 7 (siedem} dni (pkt 20.1.3 lit. d) Części IV SWZ - wzór umowy), niezależnie od tego czy przerwa w realizacji Robót i Prac może w jakikolwiek sposób mieć wpływ (zagrozić) terminowi wykonania przedmiotu umowy lub poszczególnych Etapów, niezależnie od wagi i rodzaju naruszeń czy też zawinienia Wykonawcy, co w rezultacie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego;

b. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku gdy Wykonawca nie stosuje się do poleceń Zamawiającego (pkt 20.1.3 lit. e) Części IV SWZ - wzór umowy), niezależnie od tego czy polecenia te mają racjonalne uzasadnienie, czy brak niestosowania się do poleceń może mieć jakikolwiek wpływ na należyte wykonanie Umowy przez Wykonawcę czy też od wad i rodzaju naruszeń, co w rezultacie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego;

c. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku nieprzedstawienia lub nie uzyskania akceptacji Zamawiającego co do Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia (pkt 20.1.3 lit. n) Części IV SWZ - wzór umowy}, co w powiązaniu z brakiem określenia przesłanek dla odmowy przez Zamawiającego akceptacji tego harmonogramu, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego;

18) art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 433 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, poprzez określenie projektowanych postanowień pkt 26.1 Części IV SWZ - wzór umowy w zakresie prawa Zamawiającego do żądania od Wykonawcy zawieszenia realizacji któregokolwiek lub wszystkich zobowiązań (w tym Robót lub Prac} wynikających z Umowy, w sposób całkowicie arbitralny, bez ograniczenia dopuszczalnego maksymalnego okresu takiego zawieszenia, co uprawnia Wykonawcę do odstąpienia od odpowiednio od części lub całości Umowy dopiero po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia biegu okresu zawieszenia;

19) 19. art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 465 ust. 1 i 8 w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 1 w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie w pkt 2.20 Załącznika C do Części IV SWZ - wzoru umowy postanowienia zgodnie z którym zgłoszenie przez Zamawiającego w formie pisemnej sprzeciwu lub zastrzeżenia oznacza bezskuteczność wobec Zamawiającego umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub Podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i

stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

20) art. 16 pkt 1 - 3 w z:w. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 1 w z:w. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie w pkt 3.5 Załącznika C do Części IV SWZ - wzoru umowy postanowienia zgodnie z którym Wykonawca zapewni, by wszystkie uprawnienia przysługujące Zamawiającemu wobec Wykonawcy, Zamawiający mógł wykonywać także wobec Podwykonawców i dalszych podwykonawców, z którymi zostały zawarte Umowy o podwykonawstwo, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

21) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 362 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 w zw. z art. 651 w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie po stronie Wykonawcy, w tym w szczególności w pkt 1.3 Załącznika D do Części IV SWZ - wzoru umowy, zobowiązania do dokonywania stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego i zobowiązania do zgłaszania bez zbędnej zwłoki Zamawiającemu konieczności odstępstw do tej dokumentacji w trakcie realizacji Umowy i uzgodnienia z Zamawiającym takich odstępstw, bez jednoczesnego uwzględnienia, że weryfikacja powinna odbywać się mając na uwadze, że będzie ona dokonywana przez wykonawcę a nie przez projektanta, z zachowaniem należytej staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych, z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności oraz wyłącznie na potrzeby związane z realizacją robót budowlanych wynikających z tej dokumentacji, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

22) art. 16 pkt 1 -3 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 1 w zw. z art. 362 w zw. z art. 433 pkt 3) w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 581 w zw. 638 § 1 i 2 z art. i art. 656 §1 w zw. z art. 353^1 w zw. z art. 5 KC poprzez wprowadzenie w pkt 3.16 Załącznika G do Części IV SWZ - wzoru umowy postanowienia zgodnie z którym Okres Gwarancji Urządzeń Materiałów, Robót oraz Prac objętych daną naprawą zostaje przedłużony o okres wyłączenia ich z eksploatacji, w tym o okres ich naprawy, przy czym przedłużony okres Gwarancji jakości na te Urządzenia i Materiały, Roboty, Prace po usunięciu wady nie może być krótszy niż 1 rok od daty usunięcia Wady, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy oraz równowagę stron umowy i stanowi ukształtowanie postanowień warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i z przekroczeniem granicy dopuszczalnej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji;

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący_1 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania:

1. zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. a) Części I SWZ oraz pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy poprzez:

a. określenie, że: ,,Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej dwie inwestycje polegające na

realizacji obiektów wybudowanych od podstaw (bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu, istniejącego uprzednio budynku i urządzeń budowlanych) lub powstałych w wyniku Przebudowy lub Rozbudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych, z których każdy spełnia poniższe warunki: (...)" przy jednoczesnym wprowadzeniu dodatkowej definicji Rozbudowy, sformułowanej na zasadach analogicznych do przedstawionej przez Zamawiającego definicji Przebudowy, o następującym brzmieniu: „Przez Rozbudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w

wyniku których nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych (w tym także charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w efekcie których powstał obiekt Data Center, którego nowopowstałe elementy aranżacji spełniają warunki opisane w ppkt a) tiret ii; iii, iv, przy czym do nowopowstałych elementów nie są zaliczane elementy istniejące w obiekcie przed rozbudową. Zamawiający wymaga by wartość wykonanych robót budowlanych rozbudowy była nie niższa niż 35 000.000,00 zł netto;"

b. zmianę definicji obiektu Data Center w ten sposób, że przez obiekt Data Center należy rozumieć również:

„budynek wielofunkcyjny wraz z urządzeniami budowlanymi, w którym istnieje część budynku

(zwana dalej Strefą Przetwarzania Danych) wydzielona pożarowo (jako osobna strefa lub strefy pożarowe) i funkcjonalnie od pozostałej części budynku i część ta posiada niezależny węzeł zasilania, i instalacja chłodzenia jest wykonana jako wydzielona wyłącznie na potrzeby tej części budynku, i część ta przeznaczona jest wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług, i pomieszczenia w tej części budynku, poza Strefą Przetwarzania Danych, przeznaczone są głównie do obsługi tej Strefy (w tym administrowania zasobami IT) lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu. "

Przy jednoczesnej modyfikacji definicji Strefy Przetwarzania Danych, przez którą należy rozumieć „wydzieloną stałymi przegrodami budowlanymi część obiektu Data Center, w której umieszczono sprzęt zapewniający wykonywanie podstawowych funkcji obiektu Data Center tj. przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych i w tej wydzielonej części parametry środowiskowe zostały zapewnione za pomocą instalacji klimatyzacji precyzyjnej, przeznaczonej wyłącznie do chłodzenia tej części, i układ zasilania jest co najmniej układem dwutorowym i posiada układ zasilania gwarantowanego wraz z układem podtrzymania z agregatu prądotwórczego dla pełnej mocy bilansowe/ Zamawiający uznaje, że - w rozumieniu wymogów z poprzedniego zdania - również zasilanie z układów DRUPS spełnia kryterium zasilania z agregatu prądotwórczego i zasilania gwarantowanego (przy zastosowaniu układu nobreak).", a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 6 Części Ili SWZ - Wykaz wykonanych robót budowlanych, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału;

2. nakazanie zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 1. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9.Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, poprzez obniżenie wymaganego doświadczenia zawodowego osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika kontraktu, z 7 lat na 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy realizacji Budynków Referencyjnych, a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 7 Części III SWZ - Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału;

3. nakazanie zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 2. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, poprzez obniżenie wymaganego doświadczenia zawodowego osoby, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy z 7 lat na 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji Budynków Referencyjnych, a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 7 Części III SWZ - Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału;

4. nakazanie zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 3. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia poprzez zmianę wymaganego doświadczenia zawodowego osoby, która będzie pełnić funkcję

Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, w następujący sposób:

Doświadczenie zawodowe:

i. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej ~~dwóch~~ jednego obiektu Data Center, gdzie ~~w każdym z nich~~ instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i ~~każdy~~ z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla niego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie

i

ii. czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 18 miesięcy (bez przerwy)
dla ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i), lub w przypadku więcej niż jednego obiektu wskazanego w tiret i) nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego z dwóch obiektów wskazanych w tiret i);

i

iii. w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i),
i posiada minimum ~~7-letnie~~ 5- letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych,
wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych.;
a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 7 Części Ili SWZ - Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału;
5. nakazanie zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 4. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, poprzez zmianę wymaganego doświadczenia zawodowego osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych elektroenergetycznych, w następujący sposób:
Doświadczenie zawodowe:
i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej ~~dwóch~~ jednego obiektu Data Center, gdzie ~~w każdym z nich~~ instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i ~~każdy z nich~~ został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla niego decyzję o pozwoleniu na użytkowanie

i

ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 18 miesięcy (bez przerwy) dla ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i), lub w przypadku więcej niż jednego obiektu wskazanego w tiret i nie może być krótszy niż 9 miesięcy(bez przerwy) dla każdego z dwóch obiektów
wskazanych w tiret i,

i

iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i),

i

posiada minimum ~~7-letnie~~ 5- letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych; a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 7 Części Ili SWZ - Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału
6. nakazanie zmiany Rozdziału VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 5. Części I SWZ oraz w pkt 5.1.9. Ogłoszenia o zamówieniu wprowadzającego warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej osób, którymi dysponuje Wykonawca, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, poprzez obniżenie wymaganego doświadczenia zawodowego osoby, która będzie pełnić funkcję kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych z 7 lat na 5 lat doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i rządzeń telekomunikacyjnych, a w konsekwencji nakazanie również zmiany Wzoru nr 7 Części Ili SWZ - Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w sposób uwzględniający zmianę warunku udziału.
7. nakazanie zmiany postanowień Części IV SWZ - wzoru Umowy, wraz z załącznikami, wprowadzających opis przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, bez uwzględnienia
wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przez nadanie im następującego brzmienia:
a. pkt 1.33 Załącznika A do Części IV SWZ - wzór umowy:
„Prace - wszystkie pozostałe czynności (nie będące realizacją Dokumentacji Formalnej, Dokumentacji Technicznej lub Robót) niezbędne do realizacji Przedmiotu Umowy ~~Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z jej przeznaczeniem~~, w szczególności zapewniające uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie,
b. pkt 1.49 Załącznika A do Części IV SWZ - wzór umowy:
„Roboty - wszystkie roboty budowlane niezbędne do realizacji Przedmiotu Umowy ~~Zamówienia i użytkowania Obiektu~~

~~zgodnie z jej przeznaczeniem~~.

c. pkt 1.4.1 Części IV SWZ - wzór umowy: „po przeanalizowaniu SWZ, w tym w szczególności Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, uznaje, iż ~~dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności~~ Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego;

d. pkt 2.1 Części IV SWZ - wzór umowy, „Z zastrzeżeniem postanowień pkt 2.8, 2.9, 2.10 Zamawiający zamawia, a Wykonawca zobowiązuje się w terminie i na zasadach ustalonych Umową zrealizować Zamówienie „Wykonanie robót budowlanych - Budowa budynku technicznego T o funkcji centrum przetwarzania danych z budynkiem biurowym, budynkiem wartowni oraz towarzyszącą infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu i wieżą telekomunikacyjną w Sulejówku" o zakresie opisanym w Umowie, w tym w Załączniku nr 1 do Umowy. Wykonawca zobowiązuje się zrealizować Zamówienie zgodnie z Umową, w tym zgodnie z Wymogami Prawa i Zasadami Wiedzy Technicznej oraz Standardowymi Specyfikacjami Funkcjonalnymi i Standardami Technicznymi. Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały,~~a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy~~. Wykonawca obowiązany jest realizować Umowę zapewniając we własnym zakresie i na własny koszt niezbędne Urządzenia i Materiały, które odpowiadają jakości wynikającej z wymagań Zamawiającego określonych w SWZ i Umowie, Wymogów Prawa i Zasad Wiedzy Technicznej, a także Personel Wykonawcy w odpowiedniej ilości i o odpowiednich kwalifikacjach lub zaakceptowanych przez Zamawiającego Podwykonawców i dalszych podwykonawców.

e. pkt 4.4. Części IV SWZ - wzór umowy - poprzez jego wykreślenie w całości,

f. pkt 4.9 Części IV SWZ - wzór umowy: „W przypadku gdy konieczna będzie zmiana Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, w tym w szczególności z innych przyczyn, niż wady tej dokumentacji, Wykonawca dokona niezbędnych zmian Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub zapewni zmienioną Dokumentację Formalną Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest, jeżeli okaże się to konieczne, w wyniku naniesionych zmian do Dokumentacji Technicznej Zamawiającego w przypadkach określonych w zdaniu poprzednim, do uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę."

g. pkt 2.12 Załącznika D do Części IV SWZ wzór umowy, poprzez jego wykreślenie w całości,

8. nakazanie zmiany postanowienia pkt 1.66 Załącznika A do Części IV SWZ - wzór umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wada Istotna - Wada choćby usuwalna, której istnienie ~~w szczególności~~: (i) uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu Umowy lub jego części, (ii) zmniejsza funkcjonalność przedmiotu Umowy lub jego części, (iv} istotnie ogranicza normalne wykorzystanie przedmiotu Umowy lub jego części zgodnie z celem Umowy lub celem, któremu odbierana część przedmiotu Umowy miała służyć, (v) odbiera przedmiotowi Umowy lub jego części cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w Umowie, (~~vi) więcej niż nieznacznie zmniejsza wartość przedmiotu Umowy lub jego części~~."

9. nakazanie zmiany postanowienia pkt 13.2 Części IV SWZ - wzór umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca nie będzie zobowiązany do usunięcia na swój koszt powstałej w okresie Gwarancji i Rękojmi Wady wynikłej w następstwie następujących okoliczności:

13.2.1 eksploatacji dotkniętego Wadą elementu Obiektu przez Zamawiającego niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającemu przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,

13.2.2 braku terminowej wymiany materiału eksploatacyjnego lub części szybkozużywające się przez Zamawiającego, które spowodowały powstanie Wady, niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającego przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,

13.2.3 z zastrzeżeniem pkt 8 Umowy, modyfikacji lub zmian w elementach Obiektu dokonanych przez Zamawiającego lub osoby trzecie niezgodnie z Umową lub bez uprzedniej pisemnej zgody Wykonawcy na dokonanie takiej modyfikacji lub zmiany,

13.2.4 siły wyższej,

13.2.5 normalnego zużycia,

13.2.6 uszkodzeń mechanicznych spowodowanych przez Zamawiającego lub osoby trzecie;

Obowiązek wykazania, że Wada powstała z przyczyn, o których mowa w niniejszym pkt 13.2 spoczywa na Wykonawcy. ~~Wykonawca nie może uchylić się od obowiązku usunięcia Wady zgodnie z pkt 13.3. – 13.10,~~

~~nawet w przypadku wykazania, iż zgodnie z niniejszym pkt 13.2 za daną Wadę nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że w przypadku dokonania usunięcia Wady, za którą Wykonawca nie ponosił odpowiedzialności, przysługiwało mu będzie wynagrodzenie o wartości odpowiadającej rynkowemu kosztowi usunięcia Wady. Celem uniknięcia wątpliwości wskazuje się, iż w przypadku nieterminowego wykonania zobowiązania do dokonania naprawy Wady, choćby Wykonawca nie ponosił za nią odpowiedzialności, Zamawiającemu przysługiwało będzie prawo dochodzenia kar umownych i naprawienia szkody.~~".

10. Nakazanie zmiany postanowienia pkt 13.1o Części IV SWZ - wzoru umowy poprzez:

a. zobowiązanie Zamawiającego do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków Wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji oraz zwolnienia Wykonawcy, w odpowiednim zakresie z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji;

b. nadanie pkt 13.10.2 Części IV SWZ - wzoru umowy następującego brzmienia:

„Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność z tytułu gwarancji jakości za całość przedmiotu Zamówienia bez względu na to, czy określone Prace, Roboty lub Urządzenia i Materiały zostaną wykonane osobiście przez Wykonawcę, czy też przez jego Podwykonawców lub dostawców. Jeśli dane Prace, Roboty, lub Urządzenia i Materiały zostaną wykonane lub dostarczone przez Podwykonawcę lub dostawcę, Wykonawca pozostanie odpowiedzialny wobec Zamawiającego bez względu na posiadanie własnych gwarancji jakości uzyskanych od Podwykonawcy lub dostawcy, a także bez względu na faktyczną możliwość wykonywania uprawnień z takich gwarancji jakości przez Wykonawcę. Jeśli Wykonawca nie będzie w należyty sposób wykonywał powyższych obowiązków w odniesieniu do Prac, Robót lub Urządzeń i Materiałów wykonanych lub dostarczonych przez Podwykonawców lub dostawców, Zamawiający - po wezwaniu do usunięcia naruszeń w terminie 7 dni - może (z zastrzeżeniem innych uprawnień określonych w Umowie} podjąć działania w celu realizacji uprawnień z powyższych gwarancji jakości w imieniu Wykonawcy, do czego Wykonawca niniejszym nieodwołalnie upoważnia Zamawiającego. ~~W przypadku, gdyby Zamawiający realizując w imieniu Wykonawcy uprawnienia z tytułu gwarancji jakości chciał wystąpić z roszczeniami gwarancyjnymi przeciwko Podwykonawcy lub dostawcy na drogę sądową, na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązuje się do udzielenia osobie wskazanej przez Zamawiającego stosownego pełnomocnictwa~~ oraz przeniesienia na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości. ~~W umowach z Podwykonawcami oraz dostawcami Wykonawca jest zobowiązany zawierać informację o udzieleniu Zamawiającemu takiego upoważnienia zgodnie z niniejszym pkt 13.10.2. Umowy. Jednocześnie Wykonawca zapewnia, że Podwykonawcy oraz dostawcy w umowach z dalszymi podwykonawcami i dostawcami będą zawierali informację o udzieleniu takiego upoważnienia Zamawiającemu przez Wykonawcę zgodnie z niniejszym pkt 13.10.2 Umowy.~~

11. nakazanie zmiany postanowienia pkt 17.1.3 Części IV SWZ - wzoru umowy poprzez obniżenie kary umownej do 0,01%;

12. nakazanie zmiany postanowienia pkt 18.2.2. Części IV SWZ -wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Ponadto od chwili protokolarnego przejęcia Terenu Budowy przez Wykonawcę do chwili protokolarnego zwrotu Terenu Budowy Wykonawca ponosi ~~na zasadzie ryzyka~~ na zasadach ogólnych odpowiedzialność za:(...)",

13. nakazanie zmiany postanowienia pkt 18.4.1 Części IV SWZ - wzoru umowy przez usunięcie zapisu wprowadzającego ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego do równowartości 100% Wynagrodzenia, ewentualnie zmianę poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Za wyjątkiem zobowiązań wynikających z Gwarancji i Rękojmi, odpowiedzialność każdej ~~ze Stron~~ Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy ograniczona jest do równowartości 100 (stu) % Wynagrodzenia, a odpowiedzialność Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania niniejszej Umowy ograniczona jest do równowartości 100 (stu) % Wynagrodzenia, które to ograniczenie nie obejmuje odpowiedzialności Zamawiającego z tytułu zobowiązania do zapłaty Wynagrodzenia."

14. nakazanie zmiany postanowienia pkt 19.1 Części IV SWZ - wzór umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„~~Poza innymi wyłączeniami odpowiedzialności wyraźnie przewidzianymi w niniejszej Umowie~~, Strony nie odpowiadają jedynie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy w zakresie spowodowanym działaniem siły wyższej, w szczególności Strona dotknięta siłą wyższą będzie zwolniona z obowiązków przez taki czas i w takim zakresie, w jakim realizacja danego zobowiązania nie jest możliwa, jednakże pod warunkiem niezwłocznego powiadomienia drugiej Strony o zaistniałej sytuacji i udowodnieniu niemożności spełnienia świadczenia zgodnie z postanowieniami niniejszego pkt 19.",

15. nakazanie zmiany postanowień Części IV SWZ - wzoru Umowy poprzez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron na poziomie 90% Wynagrodzenia, w odniesieniu do postanowień wprowadzających po stronie Zamawiającego uprawnienie do ograniczenia zakresu zamówienia:

16. nakazanie zmiany postanowienia pkt 30.3 Części IV SWZ - wzór umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku sporu na Terenie Budowy w okresie przebywania innych wykonawców koordynatorem prac w zakresie współpracy Wykonawcy z innymi wykonawcami jest Zamawiający. W przypadku, gdy Wykonawca bez uzasadnienia, z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność, nie będzie działał zgodnie z uzasadnionymi instrukcjami Zamawiającego zgodnymi z Umową oraz przepisami prawa lub bez uzasadnienia, z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność, uniemożliwi lub ograniczy innym wykonawcom wykonanie prac, Wykonawca zobowiązany jest do zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów tego wykonawcy oraz Zamawiającego."
17. nakazanie zmiany postanowień Części IV SWZ -wzoru Umowy poprzez wykreślenie postanowień pkt 20.1.3 lit. d, e oraz n;
18. nakazanie zmiany postanowień pkt 26.1 Części IV SWZ - wzór umowy poprzez:
a. jednoznaczne sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac wynikających z Umowy;
b. wprowadzenie dopuszczalnego maksymalnego okresu takiego zawieszenia w wysokości łącznie 3 miesiące;
c. skrócenie, w pkt 26.5 Części IV SWZ -wzór umowy, okresu po upływie którego Wykonawca
będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy, z 6 miesięcy do 3 miesięcy;
19. nakazanie zmiany postanowień pkt 2.20 Załącznika C do Części IV SWZ - wzoru umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„Zgłoszenie przez Zamawiającego w formie pisemnej sprzeciwu lub zastrzeżenia ~~oznacza bezskuteczność wobec Zamawiającego umowy zawartej pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą lub Podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami i~~ jest także równoznaczne ze zgłoszeniem sprzeciwu w rozumieniu art. 6471 Kodeksu cywilnego - w odniesieniu do Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane w zakresie i znaczeniu wynikającym z tego przepisu."
20. nakazanie zmiany postanowień pkt 3.5 Załącznika C do Części IV SWZ - wzoru umowy poprzez jego wykreślenie;
21. nakazanie zmiany postanowień SWZ, w tym w szczególności pkt 1.3 Załącznika D do Części IV SWZ
- wzoru umowy, poprzez zmianę postanowień w zakresie dotyczącym zobowiązania Wykonawcy do stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego i zobowiązania do zgłaszania bez zbędnej zwłoki Zamawiającemu konieczności odstępstw do tej dokumentacji w trakcie realizacji Umowy i uzgodnić z Zamawiającym takie odstępstwa, poprzez doprecyzowanie tego zobowiązania w ten sposób, że weryfikacja powinna odbywać się przy uwzględnieniu, że będzie ona dokonywana przez wykonawcę a nie przez projektanta, z zachowaniem należytej staranności wymaganej od wykonawcy robót budowlanych, z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności oraz wyłącznie na potrzeby związane z realizacją robót budowlanych wynikających z tej dokumentacji;
22. nakazanie zmiany postanowienia pkt 3.16 Załącznika G do Części IV SWZ - wzór umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Okres Gwarancji Urządzeń i Materiałów, Robót oraz Prac objętych daną naprawą zostaje przedłużony o okres wyłączenia ich z eksploatacji, w tym o okres ich naprawy, ~~przy czym przedłużony okres Gwarancji jakości na te Urządzenia i Materiały, Roboty, Prace po usunięciu Wady nie może być krótszy niż 1 rok od daty usunięcia Wady~~."

W piśmie procesowym z dnia 17 maja 2024 r. Odwołujący Hochtief złożył oświadczenie, co do wycofania:
a) zarzutu nr 1 w części odnoszącej się do konieczności uzupełnienia warunku o definicję Rozbudowy,
b) zarzutu nr 2,
c) zarzutu nr 3,
d) zarzutu nr 4 w części dotyczącej określenia w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 3 Części I SWZ wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych,
e) zarzutu nr 5 w części dotyczącej warunku udziału określonego w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. b) Lp. 4 Części I SWZ – dot. funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w zakresie dotyczącym określenia w ramach przedmiotowego warunku wymogu posiadania minimum 7-letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych,
f) zarzutu nr 6,
g) zarzutu nr 7 w części, tj. w zakresie powiązanym z wnioskiem zawartym w pkt IV.7 lit. e. Odwołania, to jest w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego zmiany pkt 4.4 Części IV SWZ poprzez jego wykreślenie oraz w zakresie powiązanym z częścią wniosku zawartego w pkt IV.7 lit. g), to jest w odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego zmiany pkt 2.13 Załącznika D do Części IV SWZ (omyłkowo oznaczonego w treści pkt IV.7 lit. g.

Odwołania jako pkt 2.12) polegającej na usunięciu z treści tego pkt 2.13 Załącznika D zobowiązania Wykonawcy do zapewnienia kompatybilności dostarczonego oprogramowania z oprogramowaniem funkcjonującym już u Zamawiającego,

h) zarzutu nr 8 w części dotyczącej „uznania za wadę istotną wady, której istnienie więcej niż nieznacznie zmniejsza wartość przedmiotu Umowy lub jej części",

i) zarzutu nr 9 lit. b,

j) zarzutu nr 10 lit. b w części dotyczącej „nałożenia na Wykonawcę w pkt 13.10.2 Części IV SWZ – wzorze umowy obowiązku udzielenia osobie wskazanej przez Zamawiającego stosownego pełnomocnictwa oraz przeniesienia na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości w sytuacji, gdy nie jest możliwe jednoczesne skuteczne udzielenie pełnomocnictwa do realizacji uprawnień w imieniu Wykonawcy oraz przeniesienie na Zamawiającego roszczenia odszkodowawczego wobec dostawcy lub Podwykonawcy z tytułu gwarancji jakości – w przypadku przeniesienia roszczenia udzielenie pełnomocnictwa byłoby bezzasadne, a także z pominięciem obowiązujących przepisów KPC dotyczących pełnomocnictwa procesowego",

k) zarzutu nr 13,

l) zarzutu nr 14,

ł) zarzutu nr 16 w części wskazującej na wprowadzenie postanowienia o wskazanej w zarzucie treści „niezależnie od tego czy polecenia te mają racjonalne i umowne uzasadnienie", a to z uwagi na dokonaną przez Zamawiającego zmianę polegającą na wskazaniu, że instrukcje Zamawiającego mają być uzasadnione oraz niesprzeczne z Umową oraz przepisami prawa,

m) zarzutu nr 17,

n) zarzutu nr 18 w części w jakiej zarzut obejmował brak jednoznacznego sprecyzowania jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac wynikających z Umowy,

o) zarzutu nr 19,

p) zarzutu nr 20 oraz nr 22,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sprawa KIO 1391/24

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Odwołujący_2 - PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego poprzez:

•wymaganie wykazania doświadczenia w budowie w dwóch obiektów Data Center (serwerowi) spełniających każda oddzielnie wszystkie parametry techniczne określone przez Zamawiającego w pkt 2.4 lit. a) SWZ [Zarzut nr 1];

•wymaganie wykazania doświadczenia w budowie obiektów Data Center w okresie ostatnich 7 lat, co istotnie ogranicza możliwość wykazania dwóch inwestycji o parametrach określonych w pkt 2.4 lit. a) SWZ [Zarzut nr 2];

2)art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ustalenie w stosunku do kadry technicznej wymagań (i) nieproporcjonalnych, (ii) nadmiernych dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikających z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego w postaci: (i) wykazania doświadczenia w kierowaniu i nadzorowaniu robotami budowlanymi z okresu ostatnich 7 lat przed terminem składania ofert; (ii) wymaganie wykazania określonej liczby miesięcy bez przerw w realizacji inwestycji; (iii) wymaganie w przypadku kierownika robót branży sanitarnej i kierownika robót branży elektrycznej doświadczenia wyłącznie przy realizacji obiektów Data Center o określonych parametrach; (iv) wymaganie co najmniej 7-letniego doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji budowlanych [Zarzut nr 3;]

3)art. 431 Pzp, art. 433 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353^1 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp oraz pozostałych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia, co spowodowało, że postanowienia przyszłej umowy na roboty budowlane naruszają zasadę swobody umów, zasady współżycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron. Z uwagi na zakres zaskarżenia postanowień projektu umowy zarzuty dotyczące tych postanowień oraz postulowany zakres zmian wraz z uzasadnieniem przedstawiono łącznie w pkt. III.4 Uzasadnienia [Zarzut nr 4].

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący_2 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany pkt 2.4 lit. a) SWZ oraz pkt 5.1.9 ogłoszenia w następujący sposób:

„2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich ~~7 lat~~ 10 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej dwie inwestycje polegające na realizacji Budynków Referencyjnych. Budynek Referencyjny oznacza:
− obiekt Data Center, wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych; lub
−budynek użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 8.000 m2, w którym wykonano pomieszczenie serwerowni i który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadający fundamenty i dach, wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych,
−w którym zrealizowano roboty branż:
architektonicznej; konstrukcyjnej; telekomunikacyjnej; sanitarnej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej wentylację, klimatyzację oraz instalacje i sieci wodociągowe i kanalizacyjne; elektrycznej;
−uzyskał pozwolenie na użytkowanie i został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego.
Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek opisany w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj.Dz.U.2022.1225)".
2) i 3) Odwołujący_2 wniósl o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 2.4 SWZ poprzez wykreślenie lub zmianę następujących postanowień:

Lp.	Funkcja	Treść warunku – Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe
1.	Kierownik kontraktu	**Wykształcenie**: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Doświadczenie zawodowe:** i)~~w okresie ostatnich **7 lat** przed upływem terminu składania ofert~~ pełnił funkcję **Kierownika kontraktu** przez okres co najmniej **12 miesięcy ~~(bez przerwy)~~** przy realizacji co najmniej jednego ~~obiektu Data Center~~ **Budynku Referencyjnego** i obiekt ten został odebrany poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego i uzyskano dla niego pozwolenie na użytkowanie ii)posiada minimum ~~**7-letnie**~~ **5-letnie doświadczenie** w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu ~~przy realizacji Budynków Referencyjnych~~. **Zamawiający za spełnienie warunku uzna również pełnienie funkcji Kierownika projektu lub Kierującego zadaniem inwestycyjnym (umową).**
2.	Kierownik budowy	**Wykształcenie:** wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia:** budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. **Doświadczenie zawodowe:** i) ~~w okresie ostatnich **7 lat** przed upływem terminu składania ofert~~ **pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych** przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych; i ii) czas pełnienia funkcji kierownika budowy nie może być krótszy niż **12 miesięcy ~~(bez przerwy)~~** dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) posiada minimum ~~**7-letnie**~~ **5-letnie** doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy **lub kierownika robót**

3.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych	**Wykształcenie:** wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia:** budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowalnymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. **Doświadczenie zawodowe:** i) ~~w okresie ostatnich **7 lat** przed upływem terminu składania ofert~~ pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej **dwóch Budynków Referencyjnych** ~~obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej **500 kW** i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie~~ i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy n i ż **9 miesięcy (~~bez przerwy~~)** dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum ~~**7-letnie**~~ **3-letnie** doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych.

4.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych	**Wykształcenie:** wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia:** budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. **Doświadczenie zawodowe:** ~~i) w okresie ostatnich **7 lat** przed upływem terminu składania ofert~~ pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch **Budynków Referencyjnych** ~~obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej **500 kW na każdy tor** i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie~~ i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż **9 miesięcy** ~~**(bez przerwy)**~~ dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iv) posiada minimum ~~**7-letnie**~~ **3-letnie** doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych
5.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych	**Wykształcenie**: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia**: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. **Doświadczenie zawodowe:** i)~~w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert~~ pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych, i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 6 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), iii) ~~w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w odbiorach końcowych branży telekomunikacyjnej każdego obiektu wskazanego w tiret i),~~ i iii) posiada minimum ~~**7-letnie**~~ **3-letnie** doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

- zmiana definicji Budynku Referencyjnego (str. 19 SWZ) w następujący sposób: Budynek Referencyjny oznacza:

-obiekt Data Center, wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych;
lub
-budynek użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 8.000 m2, w którym wykonano pomieszczenie serwerowni i który jest trwale związany z gruntem, wydzielony ? z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadający fundamenty i dach, wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku lub powstałych w wyniku Przebudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych, w którym zrealizowano roboty branż:
•architektonicznej;
•konstrukcyjnej;
•telekomunikacyjnej;
•sanitarnej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej wentylację, klimatyzację oraz instalacje i sieci wodociągowe i kanalizacyjne;
•elektrycznej.
-uzyskał pozwolenie na użytkowanie i został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego.
Przez budynek użyteczności publicznej rozumie się budynek opisany w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj.Dz.U.2022.1225).
a) Odwołujący_2 wniósł także o dokonanie następujących zmian pkt 1.4.1,.pkt 1.4.3, pkt 1.4.4, pkt 1.4.5 i pkt 1.4.6 projektu umowy:
„1.4.1 po przeanalizowaniu SWZ, w tym ~~w szczególności~~ Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy ~~oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową~~, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego;
1.4.3 przed złożeniem Oferty zapoznał się z ~~niezbędną~~ dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia ~~dostępną~~ przekazaną przez Zamawiającego (tj. Dokumentacją Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentacją Formalną Zamawiającego) przed złożeniem Oferty i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał ~~wszystkie~~ informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy;
1.4.4 Zamawiający umożliwił mu dokonanie wizji lokalnej Terenu Budowy i oświadcza, że ~~akceptuje~~ zapoznał się z panującymi na nim warunkami (w tym, że istniejący stan Terenu Budowy nie zawiera przeszkód, które mogły zostać wykryte podczas wizualnej inspekcji ~~i w sposób niekorzystny mogą wpłynąć na możliwość realizacji Zamówienia~~) i możliwości wprowadzenia zabezpieczeń Terenu Budowy przed szkodami w majątku Zamawiającego lub ze strony lub wobec osób trzecich, uznając, iż pozwalają one na realizację Umowy ~~w ramach ustalonego Wynagrodzenia~~;
1.4.5 starannie skalkulował Wynagrodzenie i jest ono wystarczające dla realizacji Umowy zgodnie z Dokumentacją Techniczną Zamawiającego i Dokumentacją Formalną Zamawiającego, w tym pokrycia wszelkich związanych z tym kosztów, w tym związanych z nabyciem Urządzeń i Materiałów, zapewnieniem Sprzętu, świadczeń Podwykonawców i dalszych podwykonawców, robocizną, podatkami, ubezpieczeniami, ustanowieniem Zabezpieczeń, wydatkami ogólnymi i wszelkimi innymi (niewskazanymi powyżej) kosztami, których poniesienie przez Wykonawcę będzie konieczne dla realizacji Umowy zgodnie z Dokumentacją Techniczną Zamawiającego i Dokumentacją Formalną Zamawiającego;
1.4.6 skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie ~~, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter~~ na podstawie danych przekazanych przez Zamawiającego (Dokumentacja Techniczna Zamawiającego i Dokumentacja Formalna Zamawiającego).
b) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 2.1 projektu umowy:
„2.1 Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać ~~wszelkie~~ Prace, Roboty oraz dostarczyć ~~wszelkie~~ Urządzenia i Materiały, a także dokonać ~~wszelkich~~ innych czynności i zrealizować ~~wszelkie~~ zobowiązania niezbędne do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z Dokumentacją Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentacją Formalną Zamawiającego ~~dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy~~.
Załącznik A (Definicje):
„Dokumentacja Formalna – oznacza niestanowiące Dokumentacji Formalnej Zamawiającego:
1.3.1. Decyzje Ostateczne, raporty, umowy, operaty szacunkowe, oświadczenia oraz wszelkie inne dokumenty (w tym

dokumenty poświadczające zapewnienie dostaw mediów niezbędnych dla realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu), niezbędne do należytego wykonania Umowy;

1.3.2. ~~wszelkie~~ inne dokumenty konieczne do realizacji Przedmiotu Umowy, zgodnie z wymaganiami określonymi w Załączniku nr 1 do Umowy;

1.3.3. zgody, pozwolenia i uzgodnienia, opinie, zaświadczenia, inne decyzje i dokumenty wymagane zgodnie z Wymogami Prawa, sporządzone lub uzyskane w toku realizacji Umowy oraz decyzje i dokumenty wymagane dla realizacji Zamówienia oraz użytkowania Obiektu".

„1.5. Dokumentacja Techniczna – oznacza niestanowiącą Dokumentacji Technicznej Zamawiającego:

(i) wszelką dokumentację projektową i techniczną~~, w tym Projekt Wykonawczy,~~ […]"

„1.37. Projekt Wykonawczy – oznacza wykonywane przez ~~Wykonawcę~~ Zamawiającego projekty wykonawcze o zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do realizacji Zamówienia, które uzupełniają i uszczegóławiają Projekt Budowlany."

„1.63. Urządzenia i Materiały – ~~wszelkie~~ urządzenia, instalacje, w tym instalacje sieci uzbrojenia terenu, ~~inne~~ elementy niezbędne do produkcji Urządzeń i Materiałów i realizacji Robót lub Prac oraz inne materiały, w tym połączone funkcjonalnie w ramach Obiektu i służące jej użytkowaniu, będące przedmiotem dostaw lub Robót objętych Zamówieniem.

c) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 2.3 projektu umowy + Załącznik A (Definicje):

Załącznik A:

„1.69. Wynagrodzenie – ma znaczenie określone w pkt 12.1 Umowy wynagrodzenie netto należne Wykonawcy z tytułu realizacji ~~wszelkich czynności niezbędnych~~ do wykonania Przedmiotu Umowy skalkulowane zgodnie z postanowieniem pkt 11 Umowy".

„1.49. Roboty – ~~wszystkie~~ roboty budowlane niezbędne do realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z ~~jej przeznaczeniem~~ z Dokumentacją Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentacją Formalną Zamawiającego.

~~„1.33. Prace – wszystkie pozostałe czynności (nie będące realizacją Dokumentacji Formalnej, Dokumentacji Technicznej lub Robót) niezbędne do realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z jej przeznaczeniem, w szczególności zapewniające uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie".~~

Projekt umowy:

„2.3 W ramach realizacji Umowy Wykonawca w szczególności:

2.3.1 z uwzględnieniem pkt 4.3 – 4.9 Umowy, wykona lub zapewni wykonanie ~~niezbędnej do realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem~~ Dokumentacji Technicznej oraz wykona lub zapewni wykonanie lub uzyska na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną Wykonawcy;

~~2.3.4 z zastrzeżeniem pkt 2.3.5 i 2.3.6, zrealizuje wszystkie obowiązki i wymagania nałożone w decyzjach administracyjnych, zarówno przekazanych przez Zamawiającego Wykonawcy, jak i pozyskanych przez Wykonawcę (w tym przede wszystkim w Decyzjach Ostatecznych), przy czym nałożone w tych decyzjach obowiązki dokonywania działań periodycznych Wykonawca będzie realizował do końca roku kalendarzowego, w którym przeprowadzony zostanie Odbiór Końcowy Techniczny.~~

~~2.3.5 w przypadku obowiązków i wymagań nałożonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji, zapewni ich realizację do momentu ich całkowitego wykonania (w tym również tych wykraczających poza termin Odbioru Końcowego);~~

~~2.3.6 poniesie wszelkie opłaty wynikające z decyzji administracyjnych pozyskanych przez Wykonawcę, a w przypadku opłat periodycznych będzie je ponosił do podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego Technicznego;~~"

d) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 2.3 projektu umowy:

„2.4 W zakres realizacji Umowy wchodzą również: Dokumentacja Techniczna, Dokumentacja Formalna, dostawa Urządzeń i Materiałów, Roboty i Prace, ~~których konieczność wykonania ujawni się w trakcie realizacji Umowy, a~~ które doświadczony wykonawca przy dołożeniu należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru jego działalności, powinien był przewidzieć w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia, na podstawie Wymogów Prawa, Zasad Wiedzy Technicznej i postanowień wzoru Umowy. Jednocześnie w zakres realizacji Umowy wchodzą: naprawienie szkód wyrządzonych przez zawinione działanie lub zaniechanie działania Wykonawcy w związku z realizacją Umowy osobom trzecim lub przez osoby trzecie, którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy lub za które ponosi odpowiedzialność, a w przypadku wystąpienia bezpośredniego zagrożenia szkodą w środowisku lub szkody w środowisku spowodowanej bezpośrednio lub pośrednio przez zawinione działanie lub zaniechanie działania Wykonawcy przeprowadzenie na własny koszt wszelkich wymaganych działań, chyba że wystąpienie bezpośredniego zagrożenia szkody w środowisku lub szkoda w środowisku nastąpiły wskutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający lub nastąpiły jako konsekwencja zanieczyszczenia środowiska istniejącego przed przejęciem Terenu Budowy przez Wykonawcę. Działania Wykonawcy powinny nosić charakter działań profesjonalnego podmiotu

wykonującego umowę w trybie „pod klucz". Formuła „pod klucz" oznacza dokonanie ~~wszelkich~~ czynności potrzebnych do osiągnięcia przez Przedmiot Umowy parametrów technicznych, charakterystyk ruchowych, poziomu bezpieczeństwa i innych cech określonych w niniejszej Umowie~~, nawet jeżeli czynności takie nie zostały w niej wyraźnie wymienione~~. Wykonawca ma prawo odmówić wykonania robót lub prac, jeżeli wykaże, że dane prace lub roboty nie stanowią Robót lub Prac w rozumieniu Umowy, a w związku z tym nie były częścią Oferty Wykonawcy ~~i wykonanie tych robót lub prac nie jest potrzebne do osiągnięcia przez Przedmiot Umowy parametrów technicznych, charakterystyk ruchowych, poziomu bezpieczeństwa i innych cech określonych w niniejszej Umowie~~."

e) Odwołujący wnosi o dokonanie następujących zmian pkt 2.6 projektu umowy:

„2.6 Przy realizacji Umowy Wykonawca obowiązany jest stosować się do pisemnych poleceń Zamawiającego, w szczególności w sytuacji wskazanej w pkt 30 Umowy [Współpraca na Terenie Budowy], chyba że powodowałoby to zmianę zakresu Zamówienia lub jest sprzeczne z Umową ~~lub mogło z jakichkolwiek innych przyczyn narazić Zamawiającego albo osoby trzecie na szkodę lub na szkodę ze strony osób trzecich, o czym Wykonawca obowiązany jest bezzwłocznie pisemnie poinformować Zamawiającego. W razie niewykonania tego obowiązku Wykonawca odpowiedzialny jest za wszelkie szkody wynikające z realizacji Umowy zgodnie z poleceniami Zamawiającego, w tym także za szkody wyrządzone osobom trzecim lub przez osoby trzecie którymi Wykonawca posługuje się przy wykonywaniu Umowy lub za które ponosi odpowiedzialność~~.".

f) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 5.1.5 projektu umowy

„5.1.5 Wykonawca jest zobowiązany uruchomić i utrzymywać w okresie od wejścia w życie Umowy do zakończenia okresu Gwarancji i Rękojmi działający ~~całodobowo~~ w godzinach 8-16 przez 7 dni w tygodniu kanał (telefoniczny i elektroniczny) do kontaktu z Przedstawicielem Wykonawcy lub wskazaną przez niego osobą".

g) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 3.14 oraz pkt 7.3 projektu umowy:

„3.14 Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Zamawiającemu oraz osobom upoważnionym przez Zamawiającego dostępu do wszystkich miejsc realizacji Umowy oraz wglądu do wszystkich materiałów i dokumentów związanych z jej realizacją, po uprzednim uzgodnieniu zakresu i terminu udostępnienia".

„7.3 Po przejęciu Terenu Budowy, Wykonawca w porozumieniu z Zamawiającym i na zasadach określonych w Załączniku nr 1 do Umowy, zorganizuje zaplecze socjalno-biurowe dla potrzeb własnych. W uzgodnionym zakresie Wykonawca zapewni i będzie utrzymywał na swój koszt, w obrębie swojego zaplecza socjalno-biurowego – w bezpośrednim sąsiedztwie lub w obrębie Terenu Budowy - pomieszczenia biurowe i systemy informatyczne z przeznaczeniem dla personelu Zamawiającego oraz zespołu ekspertów wskazanego przez Zamawiającego. Na polecenie Zamawiającego Wykonawca obowiązany jest zapewnić, ~~bez żadnych ograniczeń~~ po uprzednim uzgodnieniu zakresu i terminu (jednakże z zastrzeżeniem konieczności przestrzegania przez nich postanowień planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ)), wstęp na Teren Budowy innym wykonawcom działającym na rzecz Zamawiającego oraz umożliwić im wykonywanie – w zakresie powierzonym im przez Zamawiającego – robót budowlanych, prób, testów, innych usług lub dostaw związanych z realizacją Zamówienia.".

1. Zgodnie z pkt 18.2.2 projektu umowy, od chwili protokolarnego przejęcia Terenu Budowy przez Wykonawcę do chwili protokolarnego zwrotu Terenu Budowy Wykonawca ponosi na zasadzie ryzyka odpowiedzialność za:

(a)szkody powstałe na Terenie Budowy oraz związane z oddziaływaniem Robót i Prac na osoby trzecie (w szczególności posiadaczy nieruchomości przyległych);

(b)szkody w środowisku i bezpośrednie zagrożenia szkodą w środowisku spowodowane bezpośrednio lub pośrednio przez Wykonawcę, przy czym odpowiedzialność Wykonawcy nie wygasa po protokolarnym zwrocie Terenu Budowy, jeżeli szkoda w środowisku lub bezpośrednie zagrożenie szkodą w środowisku ujawniło się dopiero po dokonaniu protokolarnego zwrotu Terenu Budowy, chyba, że szkoda w środowisku wynika z okoliczności powstałych przed przekazaniem Terenu Budowy Wykonawcy, w szczególności zanieczyszczenia powstałego przed przekazaniem Terenu Budowy Wykonawcy;

(c)ochronę zinwentaryzowanych instalacji i urządzeń podziemnych i naziemnych objętych Terenem Budowy oraz będących w jego bezpośrednim sąsiedztwie w zakresie, w jakim Roboty i związane z nimi Prace mogą na nie oddziaływać;

(d) nadzór, zabezpieczenie i przekazanie informacji Zamawiającemu oraz organom administracji o znaleziskach o charakterze historycznym i archeologicznym bądź niebezpiecznych, m.in. niewypałach i niewybuchach;

(e)nadzór i zabezpieczenie Urządzeń i Materiałów oraz Sprzętu.

h) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 8.1.1 i pkt 8.6 projektu umowy:

„8.1 Wszystkie Urządzenia i Materiały muszą być:

8.1.1 nowe, wyprodukowane w okresie ~~6 (sześciu) miesięcy~~ 18 (osiemnastu) miesięcy przed ich zainstalowaniem lub wykorzystaniem, odpowiedniego rodzaju i jakości, zgodne z wymogami określonymi w Umowie, w tym zgodne z Wymogami Prawa i Zasadami Wiedzy Technicznej oraz Standardowymi Specyfikacjami Funkcjonalnymi i Standardami

Technicznymi, wymogami określonymi w Dokumentacji Technicznej, Dokumentacji Formalnej oraz w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, o jakości nie niższej niż określona w Dokumentacji Technicznej uzgodnionej przez Zamawiającego lub w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany przed ich wbudowaniem lub zastosowaniem, w terminie 30 dni przed ich wbudowaniem ~~pozwalającym na ich zaakceptowanie~~, przesłać Zamawiającemu do akceptacji ~~wyczerpującą~~ informację określającą proponowane Urządzenia i Materiały. Odstępstwa od tych zasad wymagają uprzedniej pisemnej akceptacji Zamawiającego.

Urządzenia i Materiały nie mogą pochodzić z demontażu";

„8.6 Przy różnicach zdań dotyczących cech Urządzeń i Materiałów oraz urządzeń, dla których istnieją procedury kontrolne przewidziane w Umowie, a także w sprawach dotyczących dopuszczalności lub przydatności metod lub Sprzętu wykorzystywanych przy przeprowadzaniu prób, testów i badań, każda ze Stron może zlecić wykonanie próby, testu lub badania do powszechnie uznanego, niezależnego od Stron, ~~a w przypadku gdy testy zleca Wykonawca zaakceptowanego przez Zamawiającego~~, polskiego zakładu badawczego."

j) Odwołujący wnosi o dokonanie następujących zmian pkt 9.1.2 projektu umowy + Załącznik nr 6 Harmonogram rzeczowy:

„9.1.2 z zastrzeżeniem postanowień pkt 2.3.5, 9.1.4, 9.1.5, wykonania wszystkich pozostałych obowiązków przewidzianych w pkt 3 Umowy [Obowiązki Wykonawcy] w terminie 19 miesięcy od daty ~~zawarcia Umowy.~~ przekazania Terenu Budowy."

Załącznik nr 6 Harmonogram rzeczowy – skreślenie Kamieni Milowych: 1-6, 8-10, 12-14, 16-17, 19.

k) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 13.2 projektu umowy:

„13.2 Wykonawca nie będzie zobowiązany do usunięcia na swój koszt powstałej w okresie Gwarancji i Rękojmi Wady wynikłej w następstwie następujących okoliczności:

13.2.1 eksploatacji dotkniętego Wadą elementu Obiektu przez Zamawiającego niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającemu przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,

13.2.2 braku terminowej wymiany materiału eksploatacyjnego lub części szybkozużywającej się przez Zamawiającego, które spowodowały powstanie Wady, niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającego przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,

13.2.3 z zastrzeżeniem pkt 8 Umowy, modyfikacji lub zmian w elementach Obiektu dokonanych przez Zamawiającego lub osoby trzecie niezgodnie z Umową lub bez uprzedniej pisemnej zgody Wykonawcy na dokonanie takiej modyfikacji lub zmiany,

13.2.4 siły wyższej.

Obowiązek wykazania, że Wada powstała z przyczyn, o których mowa w niniejszym pkt 13.2 spoczywa na Wykonawcy. ~~Wykonawca nie może uchylić się od obowiązku usunięcia Wady zgodnie z pkt 13.3. – 13.10, nawet w przypadku wykazania, iż zgodnie z niniejszym pkt 13.2 za daną Wadę nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że w przypadku dokonania usunięcia Wady, za którą Wykonawca nie ponosił odpowiedzialności, przysługiwało mu będzie wynagrodzenie o wartości odpowiadającej rynkowemu kosztowi usunięcia Wady. Celem uniknięcia wątpliwości wskazuje się, iż w przypadku nieterminowego wykonania zobowiązania do dokonania naprawy Wady, choćby Wykonawca nie ponosił za nią odpowiedzialności, Zamawiającemu przysługiwało będzie prawo dochodzenia kar umownych i naprawienia szkody.~~".

l) Odwołujący wnosi o dokonanie następujących zmian pkt 13.2 projektu umowy + Załącznik G:

„13.3 Szczegółowe warunki Gwarancji określa załącznik G do Umowy. W odniesiony do tej części Przedmiotu Umowy, która nie została uwzględniona w Tabeli nr 1 i 3 Załącznika G do Umowy, Wykonawca w okresie Rękojmi i Gwarancji zobowiązany jest zrealizować obowiązki określone w pkt 13.4 – 13.7 Umowy w terminach określnych w pkt 13.4 – 13.7 Umowy." – Zmiana terminów usuwania wad określonych w Załączniku G do Umowy

„13.4 Wykonawca w czasie nie dłuższym niż ~~24 godziny~~ 48 godzin od chwili otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego, z którego wynika, że Wada ma charakter Wady Istotnej:

13.4.1.potwierdzi otrzymanie zgłoszenia;

13.4.2.stawi się na Obiekcie oraz zabezpieczy obiekt lub urządzenie/a przed rozszerzaniem się skutków zakłócenia;

13.4.3.udokumentuje Wadę Istotną, uszkodzenie lub zakłócenie poprzez opis rodzaju i skali, jak również opis i dokumentację fotograficzną;

13.4.4.usunie Wadę Istotną ~~i wynikłe z niej uszkodzenia i zakłócenia w Obiekcie~~".

„13.5 W przypadku, gdy usunięcie Wady Istotnej w terminie wskazanym w pkt 13.3 powyżej nie będzie obiektywnie możliwe z przyczyn technicznych lub technologicznych, Wykonawca w terminie ~~12 godzin~~ 24 godzin od chwili otrzymania zgłoszenia, niezależnie od czynności, o których mowa w pkt

13.4.1 – 13.4.3 powyżej:

13.5.1opracuje harmonogram prac w formie wykresu Gantta i uzyska jego zatwierdzenie przez Zamawiającego;

13.5.2przystąpi do usuwania Wady Istotnej.".

Załącznik G:

− zmiana terminów usuwania wad określonych w Załączniku G do Umowy;

− nadanie następujące brzmienia lit. b) w Załącznika G do Umowy

„b) Zakup i dostawę części eksploatacyjnych i części zamiennych, ~~utrzymanie magazynu części eksploatacyjnych i części zamiennych służących zapewnieniu i utrzymaniu Gwarancji (w tym gwarancji dostawców i producentów) systemów, urządzeń i instalacji~~,"

ł) Odwołujący_2 wniósł wnosi o dokonanie następujących zmian pkt 17 i pkt 18 projektu umowy:

− obniżenie stawki dziennej i podstawy naliczania kary umownej:

•Pkt 17.1.2 + Harmonogram Rzeczowy – obliczanie kar umownych od wartości danego etapu (Kamienia Milowego) w przypadku niedotrzymania terminu realizacji etapu;

•Pkt 1.4 -obniżenie do 2000 zł w przypadku lit. a) oraz 1000 zł w przypadku lit. b) stawki dziennej kary umownej;

•Pkt 17.1.5 – Pkt 17.1.14 - obniżenie do 1000 zł stawki dziennej kary umownej;

•Pkt 17.1.15 oraz Pkt17.1.16 - obniżenie do 10.000 zł stawki dziennej kary umownej;

•Pkt 17.1.20 - obniżenie do 1000 zł stawki dziennej kary umownej;

„17.2.1 W przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości ~~15 (piętnaście) %~~ 10 (dziesięć) % Wynagrodzenia".

„18.4.2 Całkowita łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu wszystkich kar umownych zastrzeżonych w Umowie ograniczona jest do równowartości ~~25 % Wynagrodzenia~~ 10 % Wynagrodzenia"

m) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 19.1 projektu umowy:

„19.1 ~~Poza innymi wyłączeniami odpowiedzialności wyraźnie przewidzianymi w niniejszej Umowie~~, Strony nie odpowiadają ~~jedynie~~ za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy w zakresie spowodowanym działaniem siły wyższej, w szczególności Strona dotknięta siłą wyższą będzie zwolniona z obowiązków przez taki czas i w takim zakresie, w jakim realizacja danego zobowiązania nie jest możliwa, jednakże pod warunkiem niezwłocznego powiadomienia drugiej Strony o zaistniałej sytuacji i udowodnieniu niemożności spełnienia świadczenia zgodnie z postanowieniami niniejszego pkt 19."

n) Odwołujący wnosi o dokonanie następujących zmian pkt 20.1.3 i pkt 20.2.4 projektu umowy:

− skreślenie pkt 20.1.3 lit. d) i lit. e);

− skreślenie pkt 20.2.4;

o) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 20.3.1, pkt 20.8 i pkt 20.11.1 projektu umowy:

„20.3 Wykonawca może odstąpić od niniejszej Umowy, w drodze pisemnego oświadczenia doręczonego Zamawiającemu, w terminie 30 dni od dnia ~~razie~~ zaistnienia którejkolwiek z poniższych okoliczności:

20.3.1 opóźnienia przez Zamawiającego w zapłacie ~~bezspornych~~ i wymagalnych należności Wykonawcy wynikających z niniejszej Umowy o co najmniej 30 (trzydzieści) dni po upływie dodatkowego terminu wskazanego w doręczonemu Zamawiającemu wezwaniu Wykonawcy do zapłaty takich należności, który to dodatkowy termin nie może być krótszy niż 30 (trzydzieści) dni;"

„20.8 W przypadku odstąpienia od Umowy zgodnie z powyższymi zasadami, Zamawiający ~~ma prawo~~ ~~dokonania~~ dokona Odbioru Bilansującego na podstawie Protokołu Inwentaryzacyjnego według zasadach określonych poniżej.".

„20.11 Protokół Inwentaryzacyjny będzie stanowił podstawę dla Wykonawcy do wystawienia faktury VAT, na podstawie której Zamawiający w oparciu o Szczegółowy Harmonogram Realizacji Zamówienia lub odpowiednio na zasadach opisanych w pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]:

20.11.1 pokryje rozsądne, uzasadnione i udokumentowane koszty, poniesione przez Wykonawcę w związku z będącymi w toku opracowywania częściami Dokumentacji Technicznej lub będącymi w toku opracowywania lub uzyskiwania częściami Dokumentacji Formalnej, będącymi w toku Robotami i Pracami, stosownie do stopnia ich zaawansowania, a rozpoczętymi do chwili otrzymania oświadczenia o wstrzymaniu realizacji Umowy, pod warunkiem (i) stwierdzenia ich przydatności dla dalszej realizacji ~~przedmiotu zamówienia, (ii) dokonania ich inwentaryzacji zgodnie z pkt 20.8 – 20.10 powyżej oraz (iii) przeniesienia przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego praw majątkowych autorskich, praw i obowiązków ze wskazanych przez Zamawiającego Umów o Podwykonawstwo oraz praw i obowiązków z umów dotyczących nabycia Urządzeń i Materiałów. Zwrot kosztów dotyczyć będzie jedynie tych części Dokumentacji Technicznej, Dokumentacji Formalnej, Robót i Prac oraz~~

~~Urządzeń i Materiałów, których poprawność i przydatność dla realizacji przedmiotu zamówienia zostanie potwierdzona w Protokole Inwentaryzacyjnym~~, a także (…)

p) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 24.1.6 projektu umowy:

~~„24.1.6 zmiany w zakresie zastąpienia Wykonawcy innym, nowym wykonawcą – w przypadku wystąpienia takiej konieczności w toku realizacji Umowy".~~

r) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 24.1.5 lit. b) projektu umowy:

„24.1.5 zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy:
(b) w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych Wymogów Prawa, w szczególności obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych, w okresie obowiązywania Umowy, w zakresie uwzględniającym te zmiany, z ~~zastrzeżeniem, że prawo do żądania zmiany~~ ~~Wynagrodzenia nie przysługuje w sytuacji, gdy Wykonawca- działając z należytą starannością - mógł i powinien był uwzględnić taką zmianę lub wprowadzenie nowych Wymogów Prawa w kalkulacji~~ ~~Wynagrodzenia przedstawionej w Ofercie~~; Kwota o jaką zmieni się Wynagrodzenie za wykonanie
Umowy zostanie określona w postaci kwoty ryczałtowej ustalonej przez Strony na zasadach opisanych w pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]; lub (…)
s) Odwołujący_2 wniósł o dokonanie następujących zmian pkt 26 i pkt 27 projektu umowy:
„26.5 W przypadku upływu 6 (sześciu) miesięcy od daty rozpoczęcia biegu okresu zawieszenia i jednocześnie, nieprzekazania przez Zamawiającego zawiadomienia o wznowieniu realizacji, Wykonawca w terminie 30 dni będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy. W okresie zawieszenia realizacji robót Wykonawcy przysługuje zwrot uzasadnionych i udokumentowanych dodatkowych i koniecznych kosztów".
„27.1 W razie konieczności wstrzymania realizacji całości lub części Umowy w następstwie wydania decyzji administracyjnej, decyzji organu postępowania przygotowawczego lub orzeczenia sądowego
Wykonawca jest zobowiązany ~~w ramach Wynagrodzenia~~ wykonać Roboty Zabezpieczające Konieczne oraz pozostałe Roboty Zabezpieczające, Prace i Roboty przygotowawcze dla późniejszego podjęcia realizacji Umowy niezależnie od innych następstw przewidzianych w Umowie lub wynikających z przepisów prawa".
„27.6 W razie wstrzymania realizacji Umowy na okres dłuższy niż 90 (dziewięćdziesiąt) dni w sytuacji wskazanej powyżej, jeżeli wstrzymanie realizacji Umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy~~, Zamawiający~~ każda ze Stron ma prawo odstąpić od Umowy ~~ze skutkiem na dzień wstrzymania realizacji Umowy~~, w części lub w całości w terminie 30 dni, i Strony dokonają Odbioru Bilansującego na podstawie Protokołu Inwentaryzacyjnego zgodnie z pkt 20.8 - 20.12 Umowy".
„27.7 W razie wstrzymania realizacji Umowy na okres dłuższy niż 90 (dziewięćdziesiąt) dni, jeśli wstrzymanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający może od Umowy odstąpić w całości lub części. Jeżeli Zamawiający odstąpi w całości ~~Strony będą zobowiązane do wzajemnego zwrotu spełnionych świadczeń,~~ Strony dokonają Odbioru Bilansującego na podstawie Protokołu Inwentaryzacyjnego zgodnie z pkt 20.8 - 20.12 Umowy.".
28.8 Bez uszczerbku dla pkt 27.2 powyżej, w przypadku gdy:
27.8.1 wstrzymanie realizacji Umowy nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, Wykonawca w terminie 7 (siedmiu) dni od dnia ustania wstrzymania realizacji, przedstawi Zamawiającemu zestawienie dodatkowych i koniecznych, udokumentowanych kosztów, jakie poniósł na skutek wstrzymania realizacji Umowy.
Zamawiający zweryfikuje zestawienie kosztów przekazane przez Wykonawcę, i~~w przypadku jego akceptacji,~~ zwróci Wykonawcy poniesione koszty. ~~W przypadku braku akceptacji zestawienia przekazanego przez Wykonawcę, w tym zwłaszcza braku akceptacji wysokości lub zasadności wskazanych kosztów, do rozliczenia zastosowanie znajdą postanowienia pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia].~~"
„27.8.2 wstrzymanie realizacji Umowy nastąpiło z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponoszą zarówno Zamawiający i Wykonawca, Wykonawca w terminie 7 (siedmiu) dni od dnia ustania wstrzymania realizacji, przedstawi Zamawiającemu zestawienie dodatkowych i koniecznych, udokumentowanych kosztów, jakie poniósł na skutek wstrzymania realizacji Umowy. Zamawiający zweryfikuje zestawienie kosztów przekazane przez Wykonawcę, i~~w przypadku jego akceptacji,~~ zwróci Wykonawcy połowę poniesionych przez niego kosztów. ~~W przypadku braku akceptacji zestawienia przekazanego przez Wykonawcę, w tym zwłaszcza braku akceptacji wysokości lub zasadności wskazanych kosztów, do rozliczenia zastosowanie znajdą postanowienia pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia].
W piśmie procesowym Odwołujący_2 oświadczył o wycofaniu:
a) zarzutu nr 1,
b) zarzutu nr 2,
c) zarzutu nr 3 – częściowo w zakresie Doświadczenia Kierownika kontraktu opisanego w pkt 2.4 lit. b) SWZ lit. ii), doświadczenia Kierownika budowy opisanego w pkt 2.4 lit. b) SWZ lit. iii) – częściowo w zakresie długości doświadczenia (po zmianie 5 lat) oraz w zakresie definicji Budynku Referencyjnego (str. 19 SWZ w całości żądanie zmiany definicji Budynku Referencyjnego),
d) zarzutu nr 4 – częściowo w zakresie:
- załącznika A. Definicje - dotyczącym pkt 1.5 oraz pkt 1.37,
- projektu umowy – dotyczącym pkt 2.3.5 wraz z odesłaniem do tego punktu w pkt 2.3.4,
e) zarzutu nr 4 lit. e),
f) zarzutu 4 lit. h) w zakresie w zakresie terminu przekazywania informacji dot. Maszyn i Urządzeń ustanowionego w punkcie 8.1. projektu umowy,

g) zarzutu 4 lit. k), ł), m), n),
h) zarzutu 4 lit. o) w zakresie dotyczącym pkt 20.11.1 projektu umowy w zakresie lit. (i),
i) zarzutu 4 lit. s) w zakresie dotyczącym pkt 27.1 oraz 27.7 projektu umowy,
j) zarzutu nr 4 dotyczącego Załącznika nr 6 Harmonogramu Rzeczowego – częściowo w zakresie Kamieni Milowych skreślonych przez Zamawiającego , tj. 3,5,8,9,10,12,13,14 oraz 16,
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Sprawa KIO 1398/24

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Odwołujący_3 – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. a) SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca wykazał się wskazanym tam doświadczeniem w okresie ostatnich 7 lat;
2) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zdefiniowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) „Budynku Referencyjnego" (pojęcia używanego w warunkach zamówienia) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmiarowy, polegające na wymogu, aby w ramach niego zrealizowano roboty z branży architektonicznej oraz aby Budynek Referencyjny miał powierzchnię użytkową co najmniej 8 000 m2;
3) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) pkt 1 tiret ii) SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca dysponował kierownikiem kontraktu, który posiada minimum 7-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy realizacji Budynków Referencyjnych o powierzchni użytkowej 8 000 m kw.)
4) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) pkt 2 tiret i) oraz iii) SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca dysponował kierownikiem budowy, który w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych (tiret i);
5) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) pkt 3 tiret i) oraz iii) in fine SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, który w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie (tiret i)
6) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) pkt 4 tiret i) oraz iii) in fine SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie (tiret i);
7) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b) pkt 5 tiret i) SWZ nieproporcjonalnego i nadmiarowego warunku udziału w postępowaniu w postaci wymogu, aby wykonawca dysponował kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, który w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych,
8) art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: KC) oraz art. 353^1 KC poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych; – oraz innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania.
Odwołujący_3 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:
1) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. a)

SWZ poprzez zmianę okresu, w jakim wykonawca może wykazać zdobyte doświadczenie z 7 na 12 lat;
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b w zakresie definicji „Budynku Referencyjnego" poprzez wykreślenie słowa „architektonicznej" oraz zmniejszenie powierzchni użytkowej do 3 000 m2;
3) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b pkt 1 tiret ii) w sposób następujący: „posiada minimum 7- letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy realizacji Budynków Referencyjnych";
4) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b pkt 2 tiret i) w sposób następujący: „w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego Budynku Referencyjnego";
5) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b pkt 3 tiret i) w następujący sposób: „w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie";
6) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b pkt 4 tiret i) w następujący sposób: „w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej jednego obiektu Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie";
7) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w rozdz. VII ust. 2.4 lit. b pkt 5 tiret i) w następujący sposób: „w okresie ostatnich 12 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji co najmniej jednego Budynku Referencyjnego;
8) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści projektowanych postanowień umowy w sposób określony w kolumnie trzeciej Tabeli nr 1 – Załączniku nr 1 do Odwołania.
W piśmie z dnia 13 maja 2024 r. Odwołujący_3 oświadczył o wycofaniu zarzutów nr 2,3,4,7 oraz 8.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie
i uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

<u>Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.</u>

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołań.
Izba ustaliła, że odwołania zostały wniesione w terminie, nie zawierają braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od nich wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp.
Izba stwierdziła także, że Odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołań, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.
Izba umorzyła postępowania odwoławcze KIO 1367/24, KIO 1391/24 oraz 1398/24 w zakresie opisanym w sentencji wyroku na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp w związku z wycofaniem części zarzutów przez Odwołujących.

Sprawa KIO 1367/24

Zarzut nr 1

Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 9 maja 2024 r. dokonał modyfikacji SWZ w tym warunku opisanego w Rozdziale VII pkt 2.4. lit. a) części I SWZ dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób:
a) Wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej dwie inwestycje polegające na realizacji obiektów wybudowanych od podstaw (bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku i urządzeń budowlanych lub powstałych w wyniku Przebudowy lub Rozbudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych) z których każdy spełnia poniższe warunki:
i. jest obiektem Data Center

i
ii. realizacja tego obiektu obejmowała co najmniej roboty budowlane w branżach:
• architektonicznej,
• konstrukcyjnej,
i roboty budowlane w zakresie instalacji w branżach:
• telekomunikacyjnej,
• sanitarnej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej wentylację,
klimatyzację (w tym klimatyzację precyzyjną) oraz instalacje wodociągowe i kanalizacyjne,
• elektrycznej w zakresie instalacji obejmujących co najmniej dwutorowe zasilanie i zasilanie to zawierało na każdy tor układ zasilania gwarantowanego (bezprzerwowego) i układ zasilania rezerwowego z agregatów prądotwórczych,
• instalację Stałego Urządzenia Gaśniczego przeznaczonego dla ochrony Strefy Przetwarzania Danych
i
iii. Strefa Przetwarzania Danych w obiekcie Data Center spełnia co najmniej parametry określone poniżej:
• posiada moc zasilania gwarantowanego przeznaczonego wyłącznie do
zasilania urządzeń IT zlokalizowanych w Strefie Przetwarzania Danych o wartości co najmniej 500 kW na każdy tor zasilania
i
➢ zawiera co najmniej 100 szt. Szaf Rack,
lub
➢ ma powierzchnię co najmniej 350 m2,
i
iv. Został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla niego decyzję o pozwoleniu na użytkowanie.
Przez obiekt Data Center należy rozumieć:
• budynek lub budynki i urządzenia budowlane przeznaczone do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej dostępności usług, w którym części obiektu Data Center, poza Strefą Przetwarzania Danych, przeznaczone są głównie do obsługi tej Strefy (w tym administrowania zasobami IT) lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu, lub
• budynek wielofunkcyjny wraz z urządzeniami budowlanymi, w którym istnieje część budynku wydzielona pożarowo (jako osobna strefa lub strefy pożarowe) i funkcjonalnie od pozostałej części budynku i część ta posiada niezależny węzeł zasilania, i instalacja chłodzenia jest wykonana jako wydzielona wyłącznie na potrzeby tej części budynku, i część ta przeznaczona jest wyłącznie do zgrupowania pomieszczeń, połączeń i obsługi urządzeń techniki informatycznej (IT) oraz sprzętu sieci telekomunikacyjnych zapewniających usługi przechowywania, przetwarzania i dostarczania danych wraz z pełnym wyposażeniem i infrastrukturą do dystrybucji energii i zapewnienia parametrów środowiskowych oraz koniecznego poziomu odporności i zabezpieczeń wymaganych w celu zapewnienia pożądanej
dostępności usług, i pomieszczenia w tej części budynku, poza Strefą Przetwarzania Danych,
przeznaczone są głównie do obsługi tej Strefy (w tym administrowania zasobami IT) lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi
oraz bezpieczeństwa obiektu.
Przez Przebudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych (z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji), w efekcie których powstał obiekt Data Center, którego nowopowstałe elementy aranżacji spełniają warunki opisane w ppkt a) tiret ii, iii, iv, przy czym do nowopowstałych elementów nie są zaliczane elementy istniejące w obiekcie przed Przebudową.
Zamawiający wymaga by wartość wykonanych robót budowlanych Przebudowy była nie niższa niż 35.000.000,00 zł netto.
Przez Rozbudowę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych (w tym także charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, w efekcie których powstał obiekt Data Center, którego nowopowstałe elementy aranżacji spełniają warunki opisane w ppkt a) tiret ii; iii, iv, przy czym do nowopowstałych elementów nie są zaliczane elementy istniejące w obiekcie przed Rozbudową.
Zamawiający wymaga by wartość wykonanych robót budowlanych Rozbudowy była nie niższa niż 35.000.000,00 zł netto.

Przez Strefę Przetwarzania Danych należy rozumieć wydzieloną stałymi przegrodami budowlanymi część obiektu Data Center, w której umieszczono sprzęt zapewniający wykonywanie podstawowych funkcji obiektu Data Center tj. przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych i w tej wydzielonej części parametry środowiskowe zostały zapewnione za pomocą instalacji klimatyzacji precyzyjnej, przeznaczonej wyłącznie do chłodzenia tej części, i układ zasilania jest co najmniej układem dwutorowym i posiada układ zasilania gwarantowanego wraz z układem podtrzymania z agregatu prądotwórczego dla pełnej mocy bilansowej. Zamawiający uznaje, że - w rozumieniu wymogów z poprzedniego zdania - również zasilanie z układów DRUPS spełnia kryterium zasilania z agregatu prądotwórczego i zasilania gwarantowanego (przy zastosowaniu układu *no-break*).
Stałe Urządzenia Gaśnicze oznaczają urządzenia przeciwpożarowe, które są trwale związane z obiektem budowlanym i które samoczynnie uruchamiają się po wykryciu pożaru oraz posiadają własny zapas środka gaśniczego.

Izba zważyła:

Stosownie do art. art. 112 ust. 1 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. Brak określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób odpowiadającym takim wytycznym stanowi naruszenie art. 16 pkt. 1 i 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.
Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.
Izba analizując treść sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu stwierdziła, że warunek określony w Rozdziale VII pkt 2.4 lit. a) części I SWZ jest zgodny z przytoczonymi wyżej przepisami Pzp.
Przypomnieć należy, że Odwołujący_1 wskazywał, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych jest niejasny i nieprecyzyjny ze względu na umieszczenie nawiasu w jego treści. Izba z powyższym stanowiskiem się nie zgodziła.
W ocenie składu orzekającego z treści sformułowanego warunku udziału w postępowaniu w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że aby wykazać się wymaganym doświadczeniem możliwe jest posłużenie się doświadczeniem przy wykonaniu dwóch inwestycji polegających na realizacji obiektów wybudowanych od podstaw, jak również powstałych w wyniku przebudowy i rozbudowy istniejącego budynku lub budynków i urządzeń budowlanych spełniających konkretne wymagania opisane w warunku. Powyższe zostało również wprost potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie. Ponadto wskazać należy, że Zamawiający dokonał wydłużenia okresu czasu z 7 do 10 lat, w którym możliwe jest posłużenie się doświadczeniem przy realizacji ww. inwestycji. W konsekwencji w ocenie Izby powyższe modyfikacje w sposób znaczący wpłynęły na możliwość posłużenia się doświadczeniem w celu spełnienia warunku udziału.
Izba nie podzieliła również zarzutów dotyczących określenia w ramach ww. warunku wymogu realizacji obiektów Data Center, przez które należy rozumieć budynek wielofunkcyjny w którym istnieje część budynku, w której pomieszczenia przeznaczone są głównie do obsługi Strefy Przetwarzania Danych, rozumianej jako wydzieloną stałymi przegrodami budowlanymi część obiektu Data Center, w którym umieszczono sprzęt zapewniający wykonywanie podstawowych funkcji obiektu Data Center, lub stanowią niezbędny element aranżacji wymagany dla zapewnienia potrzeb socjalnych obsługi oraz bezpieczeństwa obiektu, w sytuacji gdy w dużej liczbie przypadków Strefy Przetwarzania Danych lokowane są w ramach obiektów, które pełnią również inne funkcje niż tylko przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych, zaś realizacja budynku wielofunkcyjnego, w którym istnieje Strefa Przetwarzania Danych, rozumiana jako część obiektu, w której umieszczono sprzęt zapewniający przetwarzanie danych, pozwala na wykazanie zdolności Wykonawcy do realizacji obiektów typu Data Center. Odwołujący_1 wskazywał, że Zamawiający dopuszczając możliwość wykazania się doświadczeniem przy inwestycji dotyczącej budynku wielofunkcyjnego, poprzez posłużenie się definicją Strefy Przetwarzania Danych doprowadził do sytuacji, w której potencjalny budynek referencyjny wcale nie może być budynkiem wielofunkcyjnym, tylko powinien być budynkiem, którego podstawową funkcją jest przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych i budynek ten co prawda może posiadać również inne funkcje, jednakże jego podstawową funkcją jest przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych.
Izba uznała, że powyższe stanowisko nie znajduje uzasadnienia w treści definicji budynku wielofunkcyjnego zawartego w ww. warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, co zresztą potwierdził na rozprawie sam Zamawiający, budynek referencyjny może pełnić szereg różnych funkcji, nie tylko przetwarzanie, przechowywanie i przesyłanie danych. Budynek ten może być więc budynkiem wielofunkcyjnym, w którym istnieje Strefa Przetwarzania Danych, nie zaś tylko i wyłącznie sama Strefa Przetwarzania Danych. W konsekwencji Izba uznała, że sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie narusza zasady proporcjonalności oraz nie prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu. Końcowo wskazać należy, że Odwołujący_1 nie wykazał w jakikolwiek sposób, że sformułowany warunek powoduje niemożność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w żądanym zakresie.

Zarzut nr 4 oraz nr 5

Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2.4. lit. b lp. 3 i lp. 4 ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący konieczności dysponowania osobami, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, który w wyniku dokonanych modyfikacji SWZ w dniu 9 maja 2024 r. brzmi w sposób następujący:

3.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych	**Wykształcenie**: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia**: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowalnymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. **Doświadczenie zawodowe:** i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych.	**1**

4.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych	**Wykształcenie**: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). **Uprawnienia**: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. **Doświadczenie zawodowe:** i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych.	**1**

Odwołujący_1 domagał się modyfikacji ww. warunków w następujący sposób:

i) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej ~~dwóch~~ jednego obiektów Data Center, gdzie ~~w każdym z nich~~ instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i ~~każdy z nich~~ został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie

i

ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 18 miesięcy (bez przerwy) dla ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i), lub w przypadku więcej niż jednego obiektu wskazanego w tiret i) nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego z dwóch obiektów wskazanych w tiret i)

i

iii) w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej ~~każdego~~ obiektu wskazanego w tiret i).

Izba zważyła:

W ocenie składu orzekającego zarzuty nr 4 oraz 5 nie zasługiwały na uwzględnienie. Zamawiający wykazał bowiem, że dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia konieczne jest dysponowanie kierownikiem robót sanitarnych oraz elektrycznych posiadających odpowiednie, wysokie doświadczenie. Dlatego też odnosząc się do wymogu posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych i sanitarnych w realizacji co najmniej dwóch zamówień dotyczących budowy budynków Data Center, Izba stwierdziła że wymóg taki jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia do określenia w warunku udziału w postępowaniu liczby zamówień, które należy wykonać, aby wykazać się określonym poziomem doświadczenia jest nie tylko zakres przedmiotu zamówienia, ale i jego specyfika, a tu niewątpliwie, zdaniem składu orzekającego, wyjątkowa. Izba uznała, że jednokrotne pełnienie określonych ww. funkcji, nawet przez dłuższy okres czasu nie gwarantuje nabycia doświadczenia w takim stopniu, aby zdobyć doświadczenie konieczne przy realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia polegającego na budowie budynku pełniącego funkcję przetwarzania danych realizacji o wysokich wymogach, jakie ma Zamawiający. W ocenie Izby dopiero dwukrotna, zakończona powodzeniem realizacja, gwarantuje nabycie umiejętności, mogących skutkować powtarzalnością zachowania wysokiej jakości wykonanych prac i usług. W konsekwencji Izba uznała warunek udziału w postępowaniu polegający na wymogu wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych i

elektrycznych przy budowie co najmniej dwóch obiektów Data Center za uzasadniony i zgodny z przepisami Pzp.

Zarzut nr 7:

Izba ustaliła:

Odwołujący zakwestionował:

a) pkt 1.33 Części IV SWZ - Załącznik A „*Prace – wszystkie pozostałe czynności (nie będące realizacją Dokumentacji Formalnej, Dokumentacji Technicznej lub Robót) niezbędne do realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z jej przeznaczeniem, w szczególności zapewniające uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie*".

b) 1.49 Części IV SWZ - Załącznik A „*Roboty – wszystkie roboty budowlane niezbędne do realizacji Zamówienia i użytkowania Obiektu zgodnie z jej przeznaczeniem*".

c) 1.4.1 Części IV SWZ wzór umowy –„*po przeanalizowaniu SWZ, w tym w szczególności Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego*",

d) pkt 2.1. Części IV SWZ – wzór umowy w następującym zakresie: „*Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały, a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy*".

f) pkt 4.9 Części IV SWZ – wzór umowy: „*W przypadku gdy konieczna będzie zmiana Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego z innych przyczyn, niż wady tej dokumentacji, Wykonawca dokona niezbędnych zmian Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub zapewni zmienioną Dokumentację Formalną Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest, jeżeli okaże się to konieczne, w wyniku naniesionych zmian do Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, do uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę*.".

Izba zważyła:

Analizując postanowienia Wzoru umowy, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zasada swobody umów, wyrażona w art. 353^1 kc. na gruncie zamówień publicznych doznaje trojakiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353 1 oraz art. 5 k.c.). Trzeba także mieć na uwadze, że Zamawiający stoi na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i dąży do zagwarantowania należytego wykonania umowy, a zatem przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia zamierzonego celu, czego skutkiem może być niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społecznych. Z tych względów, w doktrynie wskazuje się, że ryzyko Zamawiającego znacznie przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występują w sytuacji zawarcia umowy między przedsiębiorcami.

Niespornym między stronami było to, że wynagrodzenie ustalone w tym zamówieniu publicznym ma charakter ryczałtowy, który polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że strony, decydując się na przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego, muszą liczyć się z jej bezwzględnym charakterem, który zgodnie z art. 632 § 1 k.c. polega na tym, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. W takich sytuacjach jedynie sąd może podwyższyć wynagrodzenie lub orzec o rozwiązaniu umowy, zgodnie z art. 632 § 2 k.c. Wynagrodzenie ryczałtowe należy się za cały zarówno znany, jak i nieznany od początku przedmiot zamówienia.(np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97,wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt: I ACa 821/13). W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub koszów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę. Z drugiej strony cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jednoznacznym opisem

przedmiotu zamówienia, a zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie może uzasadniać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.
Zdaniem Izby, uwzględniając ryczałtowy charakter wynagrodzenia, zarzut nr 7 w części niewycofanej przez Odowłującego_1 okazał się niezasadny. W ocenie składu orzekającego niezasadne jest stanowisko Odwołującego_1, który domagał się wykreślenia z postanowienia umowy nr 2.1 sformułowań dotyczących obowiązku wykonania przez wykonawcę wszelkich prac, dostarczenia wszelkich urządzeń, zrealizowania wszystkich zobowiązań niezbędnych dla osiągnięcia rezultatu, również tych, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji zamówienia, nawet jeśli nie przewidziano ich wprost w umowie lub jej załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu umowy.
Podkreślić należy, że powyższe czynności są istotne i konieczne dla osiągnięcia celu umowy i możliwości wykorzystywania go zgodnie z jego przeznaczeniem. Analogicznie z uwagi na istotę wynagrodzenia ryczałtowego niezasadnym jest żądanie wykreślenia z definicji pracy i robót zobowiązania wykonawcy do wykonania wszystkich czynności niezbędnych do wykonania prac i robót w sposób umożliwiający użytkowanie Obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.
Izba oddaliła zarzut zawarty w punkcie 7 lit. f) dotyczący postanowienia pkt 4.9. Części IV SWZ, z uwagi na fakt, że na moment orzekania postanowienie to nie istnieje w wyniku dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji w dniu 9 maja 2024r. polegającej na jego wykreśleniu.
Odnosząc się do postanowienia pkt 2.13 załącznika D do Części IV SWZ – wskazać należy, że po modyfikacji dokonanej w dniu 9 maja 2024 r. ma on następujące brzmienie: „*Wykonawca (w uzgodnieniu z Zamawiającym) zobowiązany jest w okresie Gwarancji i Rękojmi do zapewnienia funkcjonalności oprogramowania uzgodnionego przez Strony oraz do dokonywania, w porozumieniu z Zamawiającym, niezbędnych uaktualnień i poprawek w oprogramowaniu, jeśli takie zostaną stworzone przez producenta oprogramowania. Z tego tytułu nie będzie należne Wykonawcy żadne dodatkowe wynagrodzenie*".
W ocenie składu orzekającego nie można uznać, że wprowadzone wyżej postanowienie jest niezgodne ze wskazanymi w zarzucie 7 przepisami. Podkreślić należy, że Zamawiający ma prawo oczekiwać, iż w okresie Gwarancji i Rękojmi uzgodnione oprogramowanie będzie uaktualniane i będą w nim wprowadzone poprawki, tym bardzie mając na uwadze charakter wynagrodzenia ryczałtowego.

Zarzut nr 8

Izba ustaliła, że po dokonanej w dniu 9 maja 2024 r. modyfikacji SWZ, pkt 1.66 Części IV SWZ – Załącznika A ma następujące brzmienie: „*1.66. Wada Istotna – Wada choćby usuwalna, której istnienie w szczególności: (i) uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu Umowy lub jego części, (ii) zmniejsza funkcjonalność przedmiotu Umowy lub jego części, (iv) istotnie ogranicza normalne wykorzystanie przedmiotu Umowy lub jego części zgodnie z celem Umowy lub celem, któremu odbierana część przedmiotu Umowy miała służyć, (v) odbiera przedmiotowi Umowy lub jego części cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w Umowie***"*.
Przypomnieć należy, że Odwołujący_1 podtrzymał żądanie dotyczące wykreślenia z ww. postanowienia sformułowania „w szczególności."
W ocenie Izby zarzut okazał się niezasadny. W ocenie składu orzekającego na obecnym etapie postępowania brak jest możliwości enumeratywnego wyliczenia okoliczności, które zostaną przez niego zakwalifikowane jako wada istotna. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo, aby na określonym etapie postępowania uznać, jeżeli zajdzie taka okoliczność, że dany zakres prac dotknięty jest wadą istotną, co pozwoli Zamawiającemu na negatywny ich odbiór.

Zarzut nr 9

Zgodnie z brzmieniem pkt 13.2 Części IV SWZ w brzmieniu nadanym w wyniku modyfikacji z dnia 9 maja 2024 r.:
13.2 Wykonawca nie będzie zobowiązany do usunięcia na swój koszt powstałej w okresie Gwarancji i Rękojmi Wady wynikłej w następstwie następujących okoliczności:
13.2.1 eksploatacji dotkniętego Wadą elementu Obiektu przez Zamawiającego niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającemu przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,
13.2.2 braku terminowej wymiany materiału eksploatacyjnego lub części szybkozużywającej się przez Zamawiającego, które spowodowały powstanie Wady, niezgodnie z instrukcjami Wykonawcy przekazanymi Zamawiającego przed rozpoczęciem eksploatacji danego elementu Obiektu przez Zamawiającego,
13.2.3 z zastrzeżeniem pkt 8 Umowy, modyfikacji lub zmian w elementach Obiektu dokonanych przez Zamawiającego lub osoby trzecie niezgodnie z Umową lub bez uprzedniej pisemnej zgody Wykonawcy na dokonanie takiej modyfikacji lub zmiany,
13.2.4 siły wyższej.
Odwołujący_1 żądał wprowadzenia jako wyłączające zobowiązanie Wykonawcy do usunięcia na swój koszt powstałej w okresie Gwarancji i Rękojmi Wady, a to związanej z normalnym zużyciem oraz uszkodzeniami mechanicznymi spowodowanymi przez Zamawiającego i osoby trzecie.

Izba zważyła:

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Podkreślić należy, że Odwołujący_1 poprzez ww. żądanie dąży do całkowitego wyeliminowania jego odpowiedzialności za powstałą wadę, a to przede wszystkim poprzez żądanie wprowadzenia sformułowania „normalne zużycie", które to w ocenie Izby wprost objęte jest świadczeniem gwarancyjnym. Ponadto wprost określono w ww. postanowieniach, że wykonawca nie odpowiada za wady powstałe z winy Zamawiającego. Ponadto w ocenie Izby mechaniczne uszkodzenie przez Zamawiającego nie może zostać zakwalifikowane jako Wada, za którą odpowiedzialność ponosiłby wykonawca. Dlatego też Izba zarzut oddaliła.

Zarzut 10

Postanowienie 13.10.1 Części IV SWZ - Na żądanie Zamawiającego Wykonawca przeniesie na Zamawiającego swoje prawa w zakresie gwarancji jakości wynikające z zawartych przez niego umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów. Przeniesienie praw dotyczących gwarancji jakości, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, nastąpi w zakresie i terminie wskazanym przez Zamawiającego. Dla uniknięcia wątpliwości, przeniesienie praw, o którym mowa powyżej, nie ogranicza odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi za wszelkie Prace, Roboty, Urządzenia i Materiały oraz całość urządzeń infrastruktury technicznej wykonanych w ramach Zamówienia, w zakresie, w jakim Zamawiający nie skorzysta z uprawnień do żądania takiego przeniesienia praw i w którym nie zostały one przeniesione. Wykonawca zobowiązuje się do zawierania w umowach z Podwykonawcami i dostawcami zgód Podwykonawców i dostawców na przeniesienie przez Wykonawcę na Zamawiającego praw przysługujących Wykonawcy z tytułu gwarancji jakości wynikających z takich umów.

Odwołujący_1 żądał modyfikacji ww. postanowienia poprzez zobowiązanie Zamawiającego do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków Wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji oraz zwolnienia Wykonawcy, w odpowiednim zakresie z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji.

Izba stwierdziła, że uwzględnienie żądania Odwołującego_1 prowadziłoby do sytuacji, w której w wyniku przejęcia obowiązków gwarancyjnych przez Zamawiającego i zwolnienia wykonawcy w tym zakresie z obowiązków wynikających z zawartych umów prowadziłoby do uszczuplenia prac i robót obciążających wykonawcę bez jednoczesnego pomniejszenia jego wynagrodzenia. W ocenie Izby z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odnosząc się do postanowienia pkt 13.10.2 Części IV SWZ wskazać należy, że Zamawiający dokonując w dniu 9 maja 2024 r. modyfikację SWZ wykonał w całości żądanie Odwołującego zawarte w odwołaniu. Podkreślić należy, że Odwołujący_1 stawiając zarzut w sposób wyraźny skonkretyzował w czym upatruje naruszenie oraz w jaki sposób w jego ocenie winny był być on zmodyfikowany. Izba uznała więc, że w niniejszym postępowaniu będącym odwołaniem na postanowienia SWZ, treść zarzutu należało interpretować przez pryzmat żądania. W konsekwencji w ocenie Izby powyższe więc czyni bezprzedmiotowe orzekanie w tym zakresie.

Zarzut 11

Izba ustaliła, że w wyniku dokonanej zmiany SWZ, w tym zaskarżonego postanowienia, pkt 17.1.3 Części IV SWZ ma następującą treść: „ Zamawiający zastrzega sobie możliwość naliczenia Wykonawcy kar umownych: za zwłokę w realizacji Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji Nr 1 lub Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji Nr 2 w wysokości 0,1 (słownie: jedna dziesiąta procent) % odpowiednio Wynagrodzenia za Wykonanie Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji nr 1 lub Wynagrodzenia za Wykonanie Zakresu Prac Objętych Prawem Opcji nr 12, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki od terminu określonego odpowiednio w pkt 9.1.4 i 9.1.5 Umowy".

Izba zważyła:

Wskazać należy, że klauzula objęta zarzutem odwołania dotyczy regulacji wzoru umowy w zakresie kar umownych, które według Odwołującego_1 są rażąco wygórowane. O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana" już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

W niniejszej sprawie oprócz gołosłownego wskazania, że zastrzeżona w punkcie 17.1.3. Części IV SWZ kara jest rażąco wygórowana, Odwołujący_1 nie przedstawił jakiegokolwiek stanowiska okoliczność tą potwierdzającego. Zabrakło Izbie analizy, czy też zestawienia wysokości potencjalnych kar do wartości zamówienia. Izba uznała więc, że zarzut nie został uzasadniony, a jednocześnie Zamawiający w modyfikacji z dnia 9 maja 2024 r. dokonał obniżenia kary z 1% do 0,1%. Odwołujący_1 również w tym zakresie nie wykazał, że kara jest rażąco wygórowana.

Zarzut 12

W punkcie 18.2.2 Części IV SWZ Zamawiający w wyniku modyfikacji nadał ww. postanowieniu następujące brzmienie:

„Ponadto od chwili protokolarnego przejęcia Terenu Budowy przez Wykonawcę do chwili protokolarnego zwrotu Terenu Budowy Wykonawca ponosi na zasadzie ryzyka odpowiedzialność za:

(a) szkody powstałe na Terenie Budowy oraz związane z oddziaływaniem Robót i Prac na osoby trzecie (w szczególności posiadaczy nieruchomości przyległych);

(b) szkody w środowisku i bezpośrednie zagrożenia szkodą w środowisku spowodowane bezpośrednio lub pośrednio przez Wykonawcę, przy czym odpowiedzialność Wykonawcy nie wygasa po protokolarnym zwrocie Terenu Budowy, jeżeli szkoda w środowisku lub bezpośrednie zagrożenie szkodą w środowisku ujawniło się dopiero po dokonaniu protokolarnego zwrotu Terenu Budowy, chyba że szkoda w środowisku wynika z okoliczności powstałych przed przekazaniem Terenu Budowy Wykonawcy, w szczególności zanieczyszczenia powstałego przed przekazaniem Terenu Budowy Wykonawcy;

(c) ochronę zinwentaryzowanych instalacji i urządzeń podziemnych i naziemnych objętych Terenem Budowy oraz będących w jego bezpośrednim sąsiedztwie w zakresie, w jakim Roboty i związane z nimi Prace mogą na nie oddziaływać;

(d) nadzór, zabezpieczenie i przekazanie informacji Zamawiającemu oraz organom administracji o znaleziskach o charakterze historycznym i archeologicznym bądź niebezpiecznych, m.in. niewypałach i niewybuchach; (e) nadzór i zabezpieczenie Urządzeń i Materiałów oraz Sprzętu.

Odpowiedzialność Wykonawcy nie obejmuje szkód, powstałych na skutek działań lub zaniechań Zamawiającego lub osób działających na zlecenie Zamawiającego.”.

Odwołujący_1 w odwołaniu żądał wykreślenia sformułowania „na zasadzie ryzyka” wyjaśniając, że sformułowane postanowienie narusza regulację art. 433 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okolicznością, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Odnosząc się do powyższego zarzutu i stanowiska Odwołującego_1 wskazać należy, że Zamawiający w wyniku modyfikacji SWZ dokonanej w dniu 9 maja 2024 r. w punkcie 18.2.2 Części IV SWZ wprost wskazał, że „odpowiedzialność Wykonawcy nie obejmuje szkód, powstałych na skutek działań lub zaniechań Zamawiającego lub osób działających na zlecenie Zamawiającego”. Zamawiający więc w sposób wyraźny wyłączył niniejszym postanowieniem odpowiedzialność wykonawców za szkody powstałe z winy Zamawiającego. Powyższe w ocenie Izby powoduje, że nie sposób uznać, iż ww. postanowienie jest niezgodne z art. 433 pkt 3 Pzp, a ty, samym zarzut należało oddalić.

Zarzut 15

Zgodnie z postanowieniem pkt 24.1.2 lit. h) Części IV SWZ – wzór umowy: *„Dopuszczalna jest zmiana Umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b - c, pkt 3, pkt 4 lub ust. 2 Prawa zamówień publicznych lub poniżej przewidziane okoliczności dokonania zmiany, przewidziane w wykonaniu normy prawnej wynikającej z art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a Prawa zamówień publicznych, z uwzględnieniem poniżej wskazanego zakresu tych zmian oraz warunków ich wprowadzenia: zmiany sposobu wykonania Zamówienia (np. zmiany technologii wykonania Przedmiotu Umowy, Urządzeń i Materiałów, zmiany rodzaju, technologii lub ilości Robót lub Prac, zmiany sposobu realizacji Robót lub Prac), spowodowanej m. in., choć nie wyłącznie: wykonanie niektórych Robót lub Prac lub dostawa niektórych Urządzeń i Materiałów okaże się zbędna lub w związku ze zmianą okoliczności wykonanie niektórych Robót i Prac lub dostawa niektórych Urządzeń i Materiałów nie leży w interesie publicznym lub interesie Zamawiającego*”.

Odwołujący wskazywał, że powyższe postanowienie wprowadza jednostronne ograniczenie zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości świadczenia stron, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zauważyć bowiem należy, że jak słusznie zauważył Zamawiający, zmiana umowy wymaga zgodnego oświadczenia woli zarówno Zamawiającego oraz wykonawcy realizującego zamówienie. Zaskarżone postanowienie nie dotyczy więc ograniczenia wartości lub wielkości świadczenia, o którym mowa w dotyczy tylko i wyłącznie wskazania okoliczności, które będą mogły skutkować ewentualną zmianą umowy.

Jednocześnie wskazać należy, że Izba uznała, że zarzut odwołania skierowany odnośnie postanowienia części IV SWZ zawartego w punkcie 2.1.4, nie podlegał sprostowaniu na obecnym etapie postępowania. Odwołujący_1 w odwołaniu wyraźnie wskazał inny numer wzoru umowy, a co istotne, nie jest rzeczą ani Zamawiającego ani Izby ustalanie zakresu przedmiotowego odwołania, tym bardziej, że w odwołaniu nie przytoczono treści zaskarżonego postanowienia, co uniemożliwiało jego ustalenie. W konsekwencji zarzut w tym zakresie podlegał oddaleniu, bowiem w umowie brak jest postanowienia pkt 2.1.4 Części IV SWZ.

Zarzut 16

Zamawiający w dniu 9 maja 2024 r. dokonał modyfikacji treści pkt 30.3 Części IV SWZ - wzór umowy nadając mu

następujące brzmienie: „W przypadku sporu na Terenie Budowy w okresie przebywania innych wykonawców koordynatorem prac w zakresie współpracy Wykonawcy z innymi wykonawcami jest Zamawiający. W przypadku, gdy Wykonawca nie będzie działał zgodnie z uzasadnionymi instrukcjami Zamawiającego, niesprzecznymi z Umową oraz przepisami prawa lub uniemożliwi lub ograniczy innym wykonawcom wykonanie prac, Wykonawca zobowiązany jest do zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów tego wykonawcy oraz Zamawiającego".
Odwołujący kwestionując zapis pkt 30.3 wzoru umowy wskazywał, że Zamawiający konstruując ww. zapis naruszył art. 433 pkt 3 Pzp, poprzez próbę przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności, w tym za wykonawców działających na rzecz Zamawiającego, za które wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności.
Izba oceniając kwestionowany zapis uznała, że nie sposób uznać, że narusza on przepisy art. 433 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo do wydawania poleceń, instrukcji, co przy zastrzeżeniu, że będą one „uzasadnione" powoduje niezasadność zarzutu. Podkreślić należy, że Zamawiający jako inwestor ma prawo czuwać nad prawidłowym przebiegiem robót. W ocenie Izby nie sposób również uznać za niezgodne z przepisami Pzp czy kodeksu cywilnego prawa postanowienia dotyczącego konieczności i prawa przebywania na terenie budowy innym wykonawcom. Przedmiotowe postanowienie nie wprowadza rozszerzenia odpowiedzialności na zasadzie winy, a jedynie ustala sposób postępowania na terenie budowy.

Zarzut 18

Zgodnie z dokonaną przez Zamawiającego w dniu 9 maja 2024 r. modyfikacją SWZ, pkt 26.1 wzoru umowy ma następujące brzmienie:
Zamawiający jest uprawniony do żądania od Wykonawcy zawieszenia realizacji któregokolwiek lub wszystkich zobowiązań (w tym Robót lub Prac) wynikających z Umowy, w przypadku;
26.1.1 wystąpienia kolizji z realizacją lub zmian w realizacji innych zadań (projektów), w tym prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją Przedmiotu Umowy lub mających wpływ na realizację Przedmiotu Umowy lub KSE;
26.1.2 wystąpienia na Terenie Budowy odmiennych warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych, odbiegających od przyjętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego;
26.1.3 wystąpienia na Terenie Budowy niezinwentaryzowanych lub błędnie zinwentaryzowanych instalacji lub obiektów, znalezisk archeologicznych, skażenia środowiska, znalezienie niewypałów, nie ujętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego;
26.1.4 wynikłym z sytuacji KSE.
Żądanie zawieszenia zostanie przekazane Wykonawcy pisemnym zawiadomieniem. Zawiadomienie określać będzie zakres zobowiązań Wykonawcy podlegający zawieszeniu, datę od której zawieszenie ma nastąpić, okres zawieszenia oraz przyczyny zawieszenia.
Ponadto Izba ustaliła, że w pkt 26.5 wzoru umowy postanowiono: „W przypadku upływu 6 (sześciu) miesięcy od daty rozpoczęcia biegu okresu zawieszenia i jednocześnie, nieprzekazania przez Zamawiającego zawiadomienia o wznowieniu realizacji, Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy."
Odwołujący domagał się w odwołaniu:
- wprowadzenia dopuszczalnego okresu zawieszenia w wysokości łącznie 3 miesiące,
- skrócenia w punkcie 26.5 Części IV SWZ, okresu po upływie którego Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy z 6 miesięcy do 3 miesięcy.
Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący w uzasadnieniu wskazywał, że brak ustalenia maksymalnego łącznego okresu na jaki może zostać wprowadzone zawieszenie jest zbyt dużym ryzykiem kontraktowym. Jednakże wskazać należy, że w postanowieniu pkt 26.5 wzoru umowy wynika wprost, że okres ten to 6 miesięcy, po którym to terminie, Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy.
Izba za nieuzasadnione uznała natomiast skrócenia w punkcie 26.5 Części IV SWZ, okresu po upływie którego Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia odpowiednio od części lub całości Umowy z 6 miesięcy do 3 miesięcy.
Odwołujący_1 nie przedstawił w tym zakresie żadnego stanowiska, które potwierdzać by miało zasadność zarzutu. W związku z powyższym Izba zarzut oddaliła w całości.

Zarzut nr 21

Zamawiający w punkcie 1.3. Załącznika D do Części IV SWZ ustalił, że: „Wykonawca zobowiązany jest dokonywać stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez Zamawiającego i jest zobowiązany zgłaszać bez zbędnej zwłoki Zamawiającemu, konieczność odstępstw od tej dokumentacji w trakcie realizacji Umowy i uzgodnić z Zamawiającym takie odstępstwa."
Odwołujacy_1 uzasadniając powyższy zarzut wskazał, że Zamawiający wprowadzając do SWZ zapisy dotyczące zobowiązania Wykonawcy do stałej weryfikacji poprawności i kompletności wszelkiej dokumentacji przekazywanej przez

Zamawiającego, dąży do nieuzasadnionego rozszerzenia zobowiązań Wykonawcy ponad te wynikające z realizacji zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych, a nie będącego zamówieniem na realizację inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj.

Izba co do zasady podziela stanowisko Odwołującego_1, iż wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za błędy i nieścisłości wynikające z dokumentacji projektowej przygotowanej przez Zamawiającego. Jednak w analizowanej sprawie taka sytuacja nie zachodzi, a argumentacja Odwołującego_1 w tym zakresie jest chybiona. Izba zwraca uwagę na postanowienie pkt 4.6 Wzoru umowy, w którym Zamawiający wprost określił, że ponosi wobec wykonawcy odpowiedzialność kontraktową za wady w przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej oraz dokumentacji formalnej Zamawiającego. Ponadto podkreślić należy, że w punkcie 4.7 Wzoru umowy Zamawiający wskazał, że „Jeżeli okaże się to konieczne w związku ze stwierdzonymi przez Wykonawcę wadami Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany będzie do naniesienia poprawek do przekazanej Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub zapewnienia poprawionej Dokumentacji Formalnej Zamawiającego".

W konsekwencji, Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego_1, obowiązek zmiany Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, wynikający z wad tej dokumentacji wskazanych przez Wykonawcę, leży po stronie Zamawiającego, co czyni powyższy zarzut niezasadnym.

Sprawa KIO 1391/24

Zarzut nr 3:

Lp.	Funkcja	Treść warunku – Kwalifikacje i doświadczenie zawodowe	Liczba wymaganych osób
1.	Kierownik kontraktu	Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). Doświadczenie zawodowe: iii)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję Kierownika kontraktu przez okres co najmniej 12 miesięcy (bez przerwy) przy realizacji co najmniej jednego obiektu Data Center i obiekt ten został odebrany poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego i uzyskano dla niego pozwolenie na użytkowanie i iv)posiada minimum 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika kontraktu przy realizacji Budynków Referencyjnych. Zamawiający za spełnienie warunku uzna również pełnienie funkcji Kierownika projektu lub Kierującego zadaniem inwestycyjnym (umową)	1
2.	Kierownik budowy	Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Doświadczenie zawodowe: v)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych i vi)czas pełnienia funkcji kierownika budowy nie może być krótszy niż 12 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i iii) posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji Budynków Referencyjnych.	1

3.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych	Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowalnymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych. Doświadczenie zawodowe: vii)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja klimatyzacji precyzyjnej miała jawną moc chłodniczą o wielkości co najmniej 500 kW i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie i viii)czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i ix)w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży sanitarnej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych przy realizacji Budynków Referencyjnych.	

4.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych	Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Doświadczenie zawodowe: x)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji co najmniej dwóch obiektów Data Center, gdzie w każdym z nich instalacja zasilania gwarantowanego była wykonana jako co najmniej dwutorowa i miała moc o wielkości co najmniej 500 kW na każdy tor i każdy z nich został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano dla każdego z nich decyzję o pozwoleniu na użytkowanie i ii) czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 9 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), Budynek Referencyjny oznacza: xi)obiekt Data Center lub b) obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą i xii)w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w końcowych odbiorach i testach funkcjonalnych branży elektrycznej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przy realizacji Budynków Referencyjnych	1
5.	Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych	Wykształcenie: wyższe techniczne (tj. posiadający tytuł zawodowy inżyniera). Uprawnienia: budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Doświadczenie zawodowe: xiii)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych przy realizacji co najmniej dwóch Budynków Referencyjnych, i xiv)czas pełnienia funkcji kierownika robót nie może być krótszy niż 6 miesięcy (bez przerwy) dla każdego obiektu wskazanego w tiret i), i xv)w okresie pełnienia ww. funkcji uczestniczył w odbiorach końcowych branży telekomunikacyjnej każdego obiektu wskazanego w tiret i), i posiada minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.	

Izba podtrzymuje stanowisko wyżej wyrażone odnośnie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania

kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz kierownikiem robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjnych i gazowych.
Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący_2 nie wykazał, że budynki referencyjne oraz Data Center to typowe budynki kubaturowe. Zamawiający na rozprawie podkreślał, że nieuzasadnione jest dokonywanie zmiany zgodnie z wnioskiem Odwołującego_2, ponieważ osoby, które będę pełniły kluczowe funkcje w okresie realizacji inwestycji muszą posiadać, w przypadku kierownika kontraktu – doświadczenie aktualne zdobyte podczas realizacji budynku Data Center, a w przypadku kierownika budowy – doświadczenie w pełnieniu tej właśnie funkcji, z uwagi na inny zakres zadań i odpowiedzialności niż w przypadku kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych. Izba w składzie orzekającym za uzasadnione uznała powyższe stanowisko, biorąc przede wszystkim pod uwagę charakter i znaczenie przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie. W ocenie Izby zasadne jest stanowisko Zamawiającego, że kluczowy personel tj. kierownik budowy i kontraktu muszą posiadać właśnie doświadczenie przy realizacji tego typu inwestycji, tym bardziej, że jak wyżej wskazano, Odwołujący_2 w żaden sposób nie wykazał podobieństwa budynku Data Center z budynkami kubaturowymi. W ocenie _składu orzekającego również uprawnione jest wymaganie Zamawiającego co do konieczności wykazania się przez określoną kadrę doświadczeniem w pełnieniu funkcji przez określony czas na inwestycji „bez przerwy". Powyższe w ocenie Izby zapewni Zamawiającemu wysoko wykwalifikowaną kadrę, która nabywała doświadczenie w konkretnych warunkach realizacji inwestycji przez dłuższy okres czasu. Ponadto wskazać należy, że wbrew stanowisku Odwołującego_2 Zamawiający nie wyłączył powyższym określeniem możliwości wykazania się personelem, który w okresie pełnienia funkcji przebywał na urlopie wypoczynkowym, czy krótkotrwałym zwolnieniu lekarskim. Powyższe jak wyjaśnił zamawiający nie spowoduje przerwania okresu referencyjnego. Izba za zasadny uznała również ustalony przez Zamawiającego okres wymaganego doświadczenia, co jak wyżej wskazano umożliwi i zapewni Zamawiającemu profesjonalną kadrę, dysponującą wymaganym, wysokim doświadczeniem.
W konsekwencji Izba zarzut nr 3 uznała za niezasadny.

Zarzut nr 4 a)-d)

W ocenie składu orzekającego, zasadne jest stanowisko Odwołującego_2, że wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za błędy, czy tym bardziej za wady dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Jednakże wskazać należy, w pkt. 4.6 wzoru Umowy, Zamawiający jednoznacznie określił, że ponowi on wobec Wykonawcy odpowiedzialność kontraktową za wady w przekazanej Wykonawcy Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała, że to Zamawiający będzie ponosił odpowiedzialność kontraktową za wady przekazanej wykonawcy Dokumentacji Technicznej Zamawiającego oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego. Zauważyć także należy, na co wskazywał Zamawiający że w pkt. 4.7 wzoru Umowy Zamawiający ustalił, iż w sytuacji „Jeżeli okaże się to konieczne w związku ze stwierdzonymi przez Wykonawcę wadami Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany będzie do naniesienia poprawek do przekazanej Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub zapewnienia poprawionej Dokumentacji Formalnej Zamawiającego". Wobec powyższego, ewentualny obowiązek zmiany Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, oraz Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, wynikający z wad tej dokumentacji wskazanych przez Wykonawcę, leży po stronie Zamawiającego, a więc nie można zgodzić się z Odwołującym_2, że wykonawcę będą obciążały ewentualne błędy jakie znajdą się w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Należy również zgodzić się z Zamawiającym, że brak jest możliwości w sposób enumeratywny wyliczenia wszystkich obowiązków wynikających ze sposobu realizacji umowy, a Zamawiający słusznie wskazywał, że chodzi o czynności, których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu umowy, czyli zrealizowania zamówienia w formule "pod klucz". Zarówno dla Zamawiającego jak i dla profesjonalnego wykonawcy oczywistym winno więc być, że nie są to czynności i zobowiązania, które mogą wykraczać poza zakres zamówienia, ale czynności wchodzące w jego zakres.
Podsumowując wskazać należy, że Izba w składzie orzekającym nie znalazła podstaw do modyfikacji zgodnie z żądaniem Odwołującego_2 stwierdzając, że zakwestionowane postanowienia stanowią oświadczenia wykonawcy o zapoznaniu się z wszelką dokumentacją przetargową, w tym dokumentacją projektową oraz dokumentacją formalną, zaakceptowaniu panujących warunków na terenie budowy, skalkulowaniu ryzyk, które mogą wystąpić przy realizacji umowy, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter w zakresie wynikającym z danych przekazanych przez Zamawiającego przed złożeniem oferty. Również istotne jest to, że Odwołujacy_2 nie wskazywał na rozprawie, że niemożliwe jest oszacowanie przez niego ewentualnych ryzyk, a jedynie, że powyższe wpłynie jedynie na wysokość zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty.
Uwzględniając powyższe, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzut 4 lit. f)

Nie zasługuje na uznanie żądanie Odwołującego w zakresie modyfikacji pkt 5.1.5. wzoru umowy stanowiący załącznik do Części IV SWZ dotyczący konieczności utrzymania w okresie od wejścia w życie Umowy do zakończenia okresu

Gwarancji Rękojmi działający całodobowo w godz. 8.00-16.00 przez 7 dni w tygodniu kanał (telefoniczny i elektroniczny) do kontaktu z Przedstawicielem Wykonawcy lub wskazaną przez niego osobą. Skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający, jako inwestor ma prawo żądać spełniania wysokich wymagań od wykonawców, terminowości realizacji ciążących na nich obowiązków, w szczególności, w sytuacji, gdy założeniem jest, aby inwestycja spełniała wysoki poziom bezpieczeństwa oraz ciągłości działania, niezależnie od zewnętrznych warunków atmosferycznych, technicznych, medialnych itp. Odwołujący_2 nie wykazał natomiast, że spełnienie tych wymogu jest niemożliwe. W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut 4 lit. g)

Izba uznała, że również żądanie Odwołującego_2 co do modyfikacji pkt 3.14 wzoru umowy nie zasługiwało na uwzględnienie. Po pierwsze wskazać należy, że żądanie Odwołującego_2 co do uprzedniego poinformowania wykonawcy o wstępie na teren budowy oraz o planowanym wglądzie do materiałów i dokumentów związanych z realizacją budowy powodowałoby pozbawienie Zamawiającego prawa do kontroli miejsca realizacji Umowy. Nie jest bowiem wykluczone, że wykonawcy będąc uprzedzeni o planowanej kontroli w konkretnym dniu powzięliby wszelkie starania w celu zapewnienia w tym dniu prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy w tym stasowania się do wymogów prawa pracy oraz przepisów BHP. Podkreślić należy, że Zamawiający jako inwestor musi mieć prawo do nieograniczonego wstępu na teren budowy, wglądu do wszystkich materiałów i dokumentów związanych z realizacją umowy i prawo to nie powinno podlegać jakimkolwiek ograniczeniom.

Zarzut 8 lit. h)

Zarzut podlegał oddaleniu z uwagi na brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla wprowadzenia modyfikacji w punkcie 8.6 wzoru umowy.

Zarzut 8 lit. j)

Odwołujący_2 dążył do modyfikacji pkt 9.1.2. wzoru umowy poprzez określenie terminu realizacji umowy nie od daty zawarcia Umowy, a od momentu przekazania Terenu Budowy. Izba w składzie orzekającym nie znalazła podstaw do modyfikacji zgodnej z żądaniem Odwołującego_2. Zauważyć bowiem należy – na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie – że zgodnie z punktem 4.2.4 wzoru umowy „przekazanie Wykonawcy Terenu Budowy w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania Wykonawcy do przekazania Terenu Budowy, pod warunkiem uprzedniego spełnienia przez Wykonawcę wszelkich obowiązków warunkujących zgodnie z Umową możliwość przekazania Terenu Budowy, a w szczególności określonych w pkt 29.3 Umowy.”. Powyższe powoduje więc, że to od czynności wykonawcy zależy kiedy nastąpi przekazanie Terenu Budowy i mogłaby się zdarzyć sytuacja, kiedy to wykonawca odwlekał by w czasie zrealizowanie wymaganych obowiązków warunkujących możliwość przekazania Terenu Budowy. W związku z powyższym Izba uznała, że żądanie zawarte w lit. j) nie zasługiwało na uwzględnienie.

Również w ocenie składu orzekającego żądanie zmniejszenia ustalonej przez Zamawiającego liczby Kamieni Milowych (11) w załączniku nr 6 – Harmonogram Rzeczowy nie zasługiwało na uwzględnienie. W ocenie Izby Odwołujący_2 nie wykazał, że zrealizowanie ich we wskazanym okresie, zakresie jest niemożliwe. Ponadto fakt, że może się to wiązać z koniecznością sporządzania większej liczby raportów, przeprowadzania kontroli i weryfikacji wyników w żaden sposób nie uzasadnia żądania Odwołującego_2. Podkreślić należy, że przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, wykonawca jest w stanie oszacować koszty z tym związane i podjąć stosowne ustalenia i założenia przygotowując ofertę.

Zarzut 4 lit. l)

Izba za nieuzasadnione uznała również żądanie Odwołującego_2 wydłużenia terminu z 24 na 48 godzin do usunięcia Wady Istotnej w okresie rękojmi i gwarancji. Twierdzenia Odwołującego_2 stanowiły jedynie polemikę z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami co do zbyt krótkiego okresu czasu. Podkreślić należy, że w sytuacji gdy nie będzie obiektywne wykonanie naprawy w ww. czasie, to jak literalnie wynika z pkt 13.5 wzoru umowy na wykonawcy będzie ciążył obowiązek opracowania harmonogramu naprawy i następnie przystąpienie do usuwania Wady Istotnej. Nie jest więc tak jak twierdził Odwołujący_2, że brak usunięcia Wady Istotnej w określonym terminie będzie skutkował naliczeniem kar umownych. Izba uwzględniła również wyjaśnienia Zamawiającego który wskazywał, że krótkie terminy usunięcia Wad Istotnych wynikają ze specyfiki działalności prowadzonej przez Zamawiającego w przedmiocie zamówienia, która musi zapewniać możliwość niezakłóconego korzystania z obiektów.

Zarzut 4 lit. o)

W ocenie Izby nie sposób uznać, że przesłanka zawarta w pkt 20.3.1 wzoru umowy dotycząca odstąpienia od umowy przez wykonawcę ograniczona do możliwości skorzystania z niej w przypadku opóźnienia Zamawiającego w zapłacie wierzytelności bezspornych narusza przepisy Pzp. W ocenie Izby brak powyższego zastrzeżenia i ewentualna zapłata wierzytelności powodowałaby utratę przymiotu sporności i brak ewentualnego dochodzenia jej na późniejszym etapie. Co zaś się tyczy braku określenia terminu to wskazać należy, że Odowłującemu_2 umknęło postanowienie pkt 20.14 wzoru umowy, w którym Zamawiający wprost wskazał, że: „Jeżeli przepisy prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym

lub postanowienia Umowy nie przewidują innego terminu na wykonanie prawa odstąpienia od Umowy, oświadczenie o odstąpieniu od Umowy na mocy jakiegokolwiek postanowienia Umowy może zostać złożone przez każdą ze Stron w terminie 30 miesięcy od daty zawarcia Umowy, nie później jednak niż w terminie 6 miesięcy od dnia powzięcia przez Stronę wiadomości o zaistnieniu podstawy do odstąpienia od Umowy, z której dana Strona chce skorzystać, z zastrzeżeniem pkt 20.15 poniżej.".

Zarzut 4 lit. p)

Izba uznała, ze postanowienie punktu 24.1.6 wzoru umowy ma charakter ogólny i w związku z tym nie można uznać, że Zamawiający określił w sposób jednoznaczny kiedy możliwa jest zmiana podmiotowa umowy. Należy mieć jednak na uwadze, że w zakresie dopuszczalnych zmian umowy Zamawiający będzie zobligowany do stosowania przepisów ustawowych. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w Pzp jest realizacja umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę wybranego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 455 ust. 2 Pzp, stanowiący wyjątek do tej reguły dopuszcza zmiany podmiotowe po stronie wykonawców w następujących przypadkach: a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze przepisy Pzp nie budzi wątpliwości, że do zastąpienia wykonawcy innym wykonawcą może dojść wyłącznie w sytuacjach określonych ww. przepisie Pzp. W związku z powyższym, zatem Zamawiający dokonując zmiany podmiotowej umowy będzie musiał stosować przepisy ustawy i niezasadną jest argumentacja, że Zamawiający dokona zmiany umowy w sposób arbitralny.

Zarzut 4 lit. r)

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, iż pkt 24.1.5 lit. b) wzoru umowy nakłada na Wykonawcę obowiązek skalkulowania w ofercie okoliczności, których nie jest w stanie przewidzieć, oszacować i skalkulować w dacie składania ofert żaden Wykonawca. W ocenie Izby na wykonawców został nałożony obowiązek kalkulacji w cenie oferty jedynie tych zmian w zakresie wymogów prawa które byli oni w stanie działając z należytą starannością nie mogli uwzględnić. Nie sposób natomiast przyjąć, iż oczekiwaniem Zamawiającego jest objęcie kalkulacji, które nie wiadomo czy nastąpią, w jakiej gałęzi prawa, oraz z jakiej wysokości. Dlatego też Izba uznała zarzut w tym zakresie za niezasadny.

Zarzut 4 lit. s)

Odnosząc się do postulatu dotyczącego modyfikacji pkt 26.5 wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia, iż „w okresie zawieszenia realizacji robót Wykonawcy przysługuje zwrot uzasadnionych i udokumentowanych dodatkowych i koniecznych kosztów" wskazać należy, że w punkcie 26.6 wzoru umowy kwestia ta została już przez Zamawiającego uregulowana: „Wykonawca w terminie 7 (siedmiu) dni od dnia ustania zawieszenia, przedstawi Zamawiającemu zestawienie dodatkowych i koniecznych, udokumentowanych kosztów, jakie poniósł w związku z zawieszeniem realizacji. Zamawiający zweryfikuje zestawienie kosztów przekazane przez Wykonawcę, i w przypadku jego akceptacji, zwróci Wykonawcy poniesione koszty. W przypadku braku akceptacji zestawienia przekazanego przez Wykonawcę, w tym zwłaszcza braku akceptacji wysokości lub zasadności wskazanych kosztów, do rozliczenia zastosowanie znajdą postanowienia pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]". W konsekwencji zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do żądania wprowadzenia modyfikacji do punktu 27.8.1 oraz 27.8.2 wzoru umowy, to wskazać należy, ze zdaniem składu orzekającego celem wprowadzenia wskazanych zmian, jest pozbawienie Zamawiającego prawa do weryfikacji przedłożonego mu przez wykonawcę zestawienia kosztów. W ocenie Izby postanowienia ww. punktów w sposób jasny i precyzyjny regulują sposób rozliczenia pomiędzy stronami w przypadku wstrzymania robót, a okoliczność, iż Odwołujący_2 chciałby aby były one dla niego bardziej korzystne nie może uzasadniać wprowadzenia żądanej zmiany.

W konsekwencji Izba zarzut oddaliła.

Sprawa KIO 1398/24

Zarzut nr 1

Izba nie zgodziła się na uwzględnienie żądania Odwołującego_3 odnośnie wydłużenia okresu, w jakim może legitymować się wykonawca do 12 lat. Zauważyć należy, że Zamawiający w modyfikacji z dnia 9 maja 2024 r. treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII ust. 2.4 lit. a) SWZ, poprzez wydłużenie pierwotnego okresu z 7 do lat 10. Zamawiający uzasadniając stanowisko odnośnie braku możliwości wydłużenia okresu do lat 12 wskazał, że jest ono nieuzasadnione, ponieważ osoby które będę pełniły kluczowe funkcje w okresie realizacji inwestycji muszą posiadać doświadczenie aktualne z uwagi na szybkie dezaktualizowanie się doświadczenia w zakresie tak nowoczesnych i

skomplikowanych budynków jak Data Center. Izba uznała więc, że wydłużenie terminu przez Zamawiającego do lat 10 umożliwi wykonawcom wykazanie się stosownym doświadczeniem przy realizacji budynków referencyjnych, tym bardziej że jak wynika z pisma Odwołującego_3 zawierającego wykaz budynków potencjalnie spełniających wymagania Zamawiającego, są to budynki wybudowane od podstaw, gdy tymczasem Zamawiający dopuścił możliwość realizacji obiektu także w poprzez rozbudowę i przebudowę, co w ocenie Izby znacząco rozszerza ten obszar budynków referencyjnych. Odwołujący_3 nie wykazał natomiast okoliczności przeciwnej.

Zarzut nr 5 oraz 6

Izba nie zgodziła się na uwzględnienie żądania Odwołującego_3 odnośnie wydłużenia okresu, w jakim może legitymować się wykonawca do 12 lat. Uznała bowiem, że istotne jest aby posiadane i zdobyte doświadczenie personelu było jak najbardziej aktualne, biorąc pod uwagę specyfikę i rodzaj przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo wymagać i oczekiwać wysoko wykwalifikowanej kadry, posiadającej aktualne doświadczenie w branży. Izba uznała również, że niezasadne jest żądanie co do obniżenia zakresu doświadczenia kierownika robót sanitarnej oraz elektrycznej tylko do jednego obiektu Data Center. Izba w tym zakresie w pełni podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu KIO 1367/24.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….....

…….....

…….....