Sygn. akt KIO 3756/23

WYROK

z dnia 29 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie**, **NDI SOPOT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie**, **NDI SOPOTSPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie** na rzecz zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni** kwotę **3 859 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz kosztów dojazdu (259 zł 00 gr).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 3756/23

UZASADNIENIE:

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Roboty pogłębiarskie na rzece Elbląg, Etap IV – „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską", nr referencyjny: ZP.371.45.2023.ASC.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Na podstawie art. 154 ust.1 w zw. z art. 153 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odstąpił od publikacji ogłoszenia o zamówieniu - zaproszenie do negocjacji przekazano wszystkim wykonawcom, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, znak sprawy: ZP.371.31.2023.ASC, złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12–14 lub 18. Oferty złożone w w/w postępowaniu (ZP.371.31.2023.ASC) uznaje się za oferty wstępne podlegające negocjacjom.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie**, **NDI SOPOT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie** (dalej: „Odwołujący") w dniu 14 grudnia 2023 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie:

Projektu Umowy (załącznik nr 3 do SWZ):

§ 6 ust. 1;

§ 19 ust. 2 pkt 1).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 353^1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp w zw. z art. 167 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu", co znalazło odzwierciedlenie w:

a)ustaleniu nierealnego (zbyt krótkiego) terminu wykonania przedmiotu umowy;

b)braku przewidzenia klauzul gwarantujących wykonawcy zmiany terminu w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy;

co prowadzi do obciążenia wykonawców nieuzasadnionym i nadmiernym ryzykiem związanym z konsekwencjami niezawinionego przez wykonawcę niezrealizowania zamówienia w umownym terminie;
a w konsekwencji powyższych
2.art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości

Odwołujący wniósł o:

rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w zakresie Projektu umowy w następujący sposób (wnioskowane zmiany zostały wytłuszczone):

(1) **Projekt Umowy**:

− § 6 ust. 1:

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania całego Przedmiotu Umowy w terminie do dnia **28 lutego 2025 roku**"*

§ 19 ust. 2 pkt 1):

„Zamawiający nadto przewiduje możliwość zmiany Umowy w następujących okolicznościach:

1)w zakresie terminu realizacji Umowy:

a)*w razie wstrzymania realizacji Umowy wynikającej z siły wyższej, wydania decyzji administracyjnych, wyroków sądowych lub innych władczych rozstrzygnięć uprawnionych organów, przedłużających się postępowań przetargowych, zaistnienia nieprzewidywanych warunków atmosferycznych, konieczności realizacji robót dodatkowych lub zamiennych, przestojów spowodowanych koniecznością usuwania nieumyślnych uszkodzeń lub kolizji oznaczonych w dokumentacji projektowej – odpowiednio o liczbę dni wstrzymania realizacji Umowy wynikającej z tych okoliczności,*

b)okoliczności leżących po stronie Zamawiającego;

c)*przedłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, że nie będzie możliwości zawarcia umowy przed dniem 1 stycznia 2024 roku.*

***W przypadku wystąpienia jednej z okoliczności, o których mowa powyżej Zamawiający (po uprzednim złożeniu przez wykonawcę wniosku, w którym uzasadniona zostanie konieczność zmiany terminu) zobowiązuje się do przedłużenia terminu realizacji o liczbę dni odpowiadającą okresowi trwania zdarzenia**".*

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

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Projekt Umowy przewiduje następujące ramy czasowe dla realizacji niniejszego zadania:

Postanowienie o identycznej treści znalazło się w Rozdziale 7 ust. 2 SWZ.

Na uwagę zasługuje jednak, że dodatkowe obostrzenia terminowe wynikają z decyzji administracyjnych odnoszących się do przedmiotu niniejszego zamówienia. Jak wynika bowiem z postanowienia pkt. 4.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 12 do SWZ) okres prowadzenia robót musi uwzględniać uwarunkowania wynikające z:

− Decyzji RDOŚ w Olsztynie znak: WOOŚ.4211.1.2017.AZ.67 z dnia 05 grudnia 2018 r. (załącznik nr 10.4) ,

− Decyzji GDOŚ znak DOOŚ-WDŚ/ZOO.4 20.6.2019.mko.52 z dnia 17 września 2020 r. (załącznik nr 9.5).

Odnosząc się do przywołanych decyzji Odwołujący wskazał, że nie określają one terminu końcowego zadania, wprowadzają natomiast ograniczenia związane z koniecznością ochrony cennych wartości przyrodniczych (co ma istotny wpływ na realizację zadania).

Decyzja RDOŚ w Olsztynie znak: WOOŚ.4211.1.2017.AZ.67 z dnia 05 grudnia 2018 r. zawiera w tym zakresie obostrzenia, które: wyłączają realizację jakichkolwiek prac czerpalnych na rzece Elbląg (a więc stanowiących istotę niniejszego zamówienia1) w okresie od 1 marca do 31 sierpnia (pkt II część B ust. 2):

b) ograniczają realizację prac czerpalnych na rzece Elbląg w okresie od 1 września do 30 listopada do *jasnej części doby* (pkt II część B ust. 3):

Decyzja GDOŚ znak DOOŚ-WDŚ/ZOO.4 20.6.2019.mko.52 z dnia 17 września 2020 r., zmieniająca częściowo decyzję z 2018 r., nie wprowadziła modyfikacji w zakresie powyżej opisanych terminów.

Znajdująca zastosowanie do przedmiotu niniejszego zamówienia decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 31 marca 2023 r. również nie modyfikuje opisanych ograniczeń, wprowadza jedynie dodatkowe (mieszczące się w ograniczeniach powyżej opisanych) restrykcje, jak np. zakaz prowadzenia prac czerpalnych w okresie tarła ciosy (tj. od 1

kwietnia do 15 czerwca), dopuszczenie prowadzenia prac czerpalnych w okresie tarła węgorza (od 1 września do 30 listopada) jedynie w ciągu *jasnej części doby*.

Pozostałe decyzje administracyjne odnoszące się do przedmiotu niniejszego zamówienia (jak chociażby pozwolenie wodnoprawne) nie wprowadzają dodatkowych obostrzeń terminowych.

Odwołujący, chcąc dochować precyzji, wskazuje, że powyższe obostrzenia nie dotyczą krótkiego odcinka od punktu P1 (km 0+000) do punktu P2, gdzie można prowadzić prace z wyłączeniem okresu: od 1 kwietnia do 15 czerwca.

Uwzględniając zatem terminy realizacji kontraktu narzucone Projektem Umowy oraz wynikające z wiążących decyzji administracyjnych stwierdzić należy, że realizacja prac czerpanych może odbywać się jedynie w okresie od 1 stycznia 2024 do 1 marca 2024 r. oraz od 1 września 2024 r. do 20 listopada 2024 r. (przy czym w tym drugim okresie jedynie od wschodu do zachodu słońca).

Odnosząc się do terminu początkowego Odwołujący wskazał, że jego dochowanie jest na obecnym etapie możliwe jedynie teoretycznie i uzależniony jest on od (i) przeprowadzenia ekspresowej oceny ofert (termin składania ofert jest aktualnie wyznaczony na dzień 18 grudnia 2023 r.), (ii) braku konieczności przeprowadzenia procedury uzupełniającej czy wyjaśniającej, (iii) braku odwołań od decyzji o wyborze oferty, (iv) niezwłocznego zawarcia umowy. Oczywiste jest, że na część spośród tych okoliczności Zamawiający nie ma żadnego wpływu, a zatem prawdopodobieństwo zawarcia umowy w terminie umożliwiającym przystąpienie do prac od początku 2024 r. uznać należy za znikome.

Nawet jednak, gdyby do tego doszło, rozpoczęcie prac czerpalnych musi zostać poprzedzone mobilizacją sprzętu, która, w zamówieniu tej skali i stopniu skomplikowania, trwa od 3 do 4 tygodni.

Odwołujący podkreślił, że nieracjonalne jest zakładanie, że realizacja prac będzie mogła być prowadzona nieprzerwanie. Otóż, jak wynika z doświadczenia Odwołującego (i, z całą pewnością, również wiedzy i doświadczenia Zamawiającego) istotny wpływ na prace czerpalne mają warunki pogodowe. Powszechnie przyjmuje się, że przestoje spowodowane niekorzystnymi warunkami pogodowymi wstrzymują (wydłużają) prace o ok. 30% czasu przeznaczonego na realizację danej inwestycji.

Odwołujący wskazuje także, że zarówno na etapie poprzedzającym prace, jak i po ich zakończeniu niezbędne jest wykonanie sondaży (na etapie przed rozpoczęciem prac chodzi o sondaż batymetryczny przedwykonawczy - § 3 ust. 15 Projektu Umowy, natomiast na etapie następującym po ich wykonaniu sondaże wykazujące wielkość wykonanej kubatury podpisane przez hydrografa klasy A - § 15 ust. 5 pkt 4 Projektu Umowy).

W celu wykazania, iż w terminie przewidzianym przez Zamawiającego wykonanie prac czerpalnych oczekiwanych przez Zamawiającego jest niemożliwe, Odwołujący wskazuje na zakres sprzętu, którego zaangażowanie jest optymalne:

- 2 zestawy (1 pogłębiarki przedsiębierne + 5 szaland) - wydajność zestawu 3500 m^3/dobę;
- pogłębiarki ssąco-refulujące - wydajność 5000 m^3/dobę.

Całkowita ilość robót czerpalnych wynosi 1.400.000,00 m^3 - w obszarze 30,0m od konstrukcji hydrotechnicznych roboty czerpalne prowadzić należy przy użyciu narzędzi chwytakowych (ust. 4.1 pkt 12 OPZ).

Obszary, w których możliwe jest prowadzenie prac czerpalnych za pomocą pogłębiarek ssąco-refulujących:

− 0+800 – 1+400 – szacunkowa objętość prac czerpalnych 205 tyś m^3;

− 4+000 – 4+800 – szacunkowa objętość prac czerpalnych 318 tyś m^3;

Razem daje to ok. 523 tyś. m^3 z możliwością do wykonania za pomocą pogłębiarek ssąco-refulujących. Pozostały zakres wykonać należy za pomocą szaland (ok. 877 tyś. m^3).

Odwołujący w formie tabeli przedstawił konsekwencje powyższych okoliczności dla narzuconego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia. Co istotne – nie chcąc narazić się na dywagacje w zakresie niezbędnego okresu mobilizacji sprzętu, wpływu warunków pogodowych czy też okresów niezbędnych na przygotowanie sondaży, poniższa kalkulacja nie uwzględnia tych asepktów:

Styczeń 2024 r. (31 dni)	Pogłębiarki ssąco-refulujące – 31 x 5000m3 = 155 000m3 Szalandy 31 * 2 * 3500 = 217 000m3
Luty 2023 r. (29 dni)	Pogłębiarki ssąco-refulujące – 29 x 5000m3 = 145 000m3 Szalandy 29 * 2 * 3500 = 203 000m3

Razem do końca lutego 2024 - 720 000 m3	
Wrzesień 2024 r. (30 dni)	Pogłębiarki ssąco-refulujące – 30 x 5000m3 *0,5 = 75 000m3 Szalandy 30 * 2 * 3500 *0,5 = 105 000m3
Październik 2024 r. (31 dni)	Pogłębiarki ssąco-refulujące – 31 x 5000m3 *0,5 = 77 500m3 Szalandy 31 * 2 * 3500 *0,5 = 108 500m3
Listopada 2024 r. (20 dni)	Pogłębiarki ssąco-refulujące – 20 x 5000m3 *0,5 = 50 000m3 Szalandy 20 * 2 * 3500 *0,5 = 70 000m3
Razem wykonanych prac czerpalnych do daty końcowej kontraktu: 1 206 000 m3	

Z zestawienia Odwołującego wynika, że nawet przy nierealnych założeniach związanych z rozpoczęciem prac od dnia 1 stycznia 2024 r. niewykonanych zostaje ok. 194 tyś m^3 prac czerpalnych.

Dla powyższych wyliczeń Odwołujący przyjął wykonywanie prac większą ilością sprzętu oraz sprzętem o wyższych parametrach, tj. o większej wydajności pogłębiarek (niż wymagany w warunkach SWZ sprzęt wskazany przez Zamawiającego). Podsumowując, aby zobrazować nierealność przyjętego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, Odwołujący dla celów przedstawionych powyżej wyliczeń, założył dużo większą ilość i wydajność zaangażowanego sprzętu.

Uwzględniając zatem powyższe okoliczności, niezbędne jest wydłużenie terminu realizacji zamówienia minimum do końca lutego 2025 roku.

Niezależnie od wadliwie określonej daty końcowej realizacji zamówienia, Odwołujący wskazał, że zmianie ulec powinna również klauzula Projektu Umowy przewidująca możliwość jej zmiany w zakresie terminowym.

Zgodnie bowiem z § 19 ust. 2 Projektu Umowy *„Zamawiający nadto przewiduje możliwość zmiany”* w przypadku wystąpienia określonych okoliczności. Odwołujący podnosi, że takie brzmienie analizowanego postanowienia generuje brak jakiejkolwiek pewności, że niezależne od wykonawcy zdarzenia (jak np. zjawiska pogodowe) stanowić będą rzeczywiście podstawę do zmiany kontraktu.

W opinii Odwołującego stosunek umowny powinien gwarantować stronom (chociażby względną) równowagę, trudno natomiast uznać, że z takową mamy do czynienia w przypadku, w którym wykonawca nie ma elementarnej pewności, że Zamawiający uwzględni konieczność wydłużenia terminu realizacji zadania. Wniosek Odwołującego zmierza zatem do zapewnienia wykonawcy pewności, iż niezależne od niego zjawiska nie będą skutkowały negatywnymi konsekwencjami (jak np. naliczeniem kar umownej z tytułu nieterminowego wykonania zamówienia).

Analiza kwestionowanych postanowień umownych prowadzi do wniosku, że Zamawiający w treści Projektu Umowy stara się przenieść na wykonawcę szereg ryzyk, za które wykonawca nie powinien być *de facto* odpowiedzialny. Skarżone przez Odwołującego postanowienia umowne w znacznym zakresie uwydatniają słabszą pozycję wykonawcy. Postanowienia umowne przewidują rażącą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, a także dysproporcję między uprawnieniami stron umowy, co powoduje sprzeczność celu umowy z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający ma możliwość na podstawie przepisów ustawy Pzp narzucić w pewien sposób swoje warunki realizacji zamówienia dotyczący wykonawców biorących udział w postępowaniu (stanowi to konsekwencję adhezyjnego charakteru umowy o zamówienie publiczne). Zakres przysługującej Zamawiającemu swobody nie może jednak naruszać dyrektyw wynikających z art. 353^1 k.c. kształtującego zasadę swobodnego kształtowania stosunku prawnego pomiędzy stronami, przy czym postanowienia umowy, zgodnie z tym przepisem, nie mogą pozostawać w sprzeczności z właściwością stosunku, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego.

Celem przywołanego 353^1 k.c. jest ukształtowanie zasady, zgodnie z którą przyznana stronom stosunków zobowiązaniowych swoboda umów nie ma charakteru absolutnego. Reguła ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku umów o zamówienie publiczne. Jak wskazano powyżej, mamy tu bowiem do czynienia z sytuacją, w której równowaga stron w zakresie wpływu na treść stosunku prawnego jest z założenia reglamentowana. To bowiem instytucja zamawiająca opracowuje projekt umowy, wykonawca ma jedynie prawo do formułowania wniosków o wyjaśnienia (przybierających zasadniczo postać wniosków o zmiany) lub skarżenia projektu umowy przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej.

Konsekwencją powyższego jest to, że zamawiający publiczny, formułując postanowienia umowne, powinien z wyjątkową ostrożnością kształtować zakres praw i obowiązków stron.

Podkreślenia wymaga, że usprawiedliwieniem dla takiej treści Projektu Umowy nie może być związanie się Zamawiającego ewentualnymi innymi (niezależnymi od wykonawcy) zobowiązaniami umownymi. Odwołujący wskazuje, że prawdopodobne jest określenie terminu końcowego na dzień 20 listopada 2024 r. z uwagi na treść umowy o dofinansowanie, jaką Zamawiający zawarł w ramach projektu *„Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką*

Gdańską"(na okoliczność tę wskazywał Zamawiający w poprzednim postępowaniu dotyczącym tego samego zakresu prac). Fakt związania się Zamawiającego stosunkiem zobowiązaniowym z innymi podmiotem nie może prowadzić bowiem do naruszenia przepisów prawa w kolejnej procedurze prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego. Tymczasem właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku.

Odwołujący podniósł, że zasada swobody umów, która znajduje zastosowanie do umów o zamówienie publiczne (z racji ich cywilnoprawnego charakteru) nie może być nadużywana, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 sierpnia 2005r. w sprawie o sygn. akt IV Ca 508/053; wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015r. w sprawie o sygn. akt KIO 897/15 oraz z dnia 30 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2163/17.

W złożonej pismem z 23 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wskutek unieważnienia poprzedniego – tożsamego przedmiotowo – postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego – znak postępowania ZP.371.31.2023.ASC. Po wpłynięciu trzech ofert, złożonych przez: (i) Odwołującego, (ii) FABE POLSKA sp. z o.o. oraz (iii) Budimex S.A., Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, jaką Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający zaprosił Wykonawców, którzy złożyli ofertę w unieważnionym postępowaniu, do wzięcia udziału w negocjacjach w nowym postępowaniu. Negocjacje przeprowadzono w dniu 30 listopada 2023 roku – protokoły z negocjacji (objęte poufnością) zawarte są w dokumentacji postępowania przekazanej do Izby (folder „5. Negocjacje").

W wyniku negocjacji Zamawiający zmienił zakres zamówienia, dzieląc go na zakres podstawowy i opcję (ideą Zamawiającego – mając na względzie przekroczenie budżetu przez oferty wykonawców w poprzednim postępowaniu – możliwość wydzielenia części zamówienia, która „mieściłaby się" w budżecie. Zamawiający, zgodnie z postulatami wykonawców, zmienił również umowę, wprowadzając m.in. możliwość przedłużenia terminu realizacji w razie zaistnienia niesprzyjających warunków pogodowych (zalodzenie, śryż) oraz przedłużającej się procedury przetargowej. Zamawiający uzyskał trzy oferty ostateczne od wykonawców – (i) ofertę Odwołującego, (ii) ofertę FABE POLSKA sp. z o.o. oraz (iii) ofertę Budimex S.A

Budżet Zamawiającego wynosił 114.494.802,74 PLN, zatem dwie oferty, w tym oferta Odwołującego, mieszczą się w budżecie. Nie sposób nie zauważyć, że wniesienie (i podtrzymywanie) odwołania kwestionującego wykonalność zamówienia w zakreślonym przez Zamawiającego terminie stoi zatem w oczywistej sprzeczności z niesporną okolicznością, że wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu, w tym Odwołujący, zaakceptowali warunki Zamawiającego i zdecydowali się na złożenie ofert na tych warunkach. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nadużycie zasady swobody umów, na poparcie czego przywołując wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie (vide akapit nr 37 odwołania), gdzie wskazano, że ukształtowanie projektu umowy nie może negatywnie wpływać na ilość złożonych w przetargu ofert, czytaj zakłócać konkurencji.

Orzeczenie to nie przystaje do okoliczności niniejszej sprawy, bowiem jak wyjaśniono wyżej – Zamawiający uzyskał taką samą ilość ofert, jak w unieważnionym uprzednio przetargu nieograniczonym – oferty złożyli wszyscy Wykonawcy, którzy brali udział w negocjacjach, to jest wszyscy, którzy oferty mogli złożyć. Jest to dobitny dowód na to, że wykonanie zamówienia w przepisanym terminie jest możliwe, także w odczuciu Wykonawców, w tym w szczególności Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający zatem nie tylko nie ograniczył konkurencji, ale modelowo wręcz ją zapewnił.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt 454/17.

Zarzut dot. przesłanek zmiany umowy

Przedmiotem negocjacji Zamawiającego z Wykonawcami były zagadnienia związane z warunkami realizacji umowy, w tym zakres zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji, wysokość kar umownych oraz także termin realizacji zamówienia. Negocjacje miały za cel ulepszenie treści ofert Wykonawców, zaproponowanie rozwiązań, które mogą zoptymalizować cenowo oferty. Dominującym akcentem negocjacji było wprowadzenie do treści projektu umowy postulowanych przez Wykonawców przesłanek zmiany umowy w zakresie terminu jej realizacji w przypadku zaistnienia sytuacji niezależnych od stron.

Zamawiający przystał na propozycje Wykonawców i do treści projektu umowy wprowadzono §19 ust. 2 pkt 1 lit. c) – przesłanka do zmiany terminu realizacji umowy z powodu przedłużającej się procedury przetargowej:

oraz ust. 11 i 12 wprowadzający przesłanki do zmiany terminu umowy z powodu wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających realizację robót, w tym w szczególności o okres wystąpienia zalodzenia/śryżu:

W świetle tego nie bronią się twierdzenia Odwołującego, w myśl których postanowienia wzoru umowy nie dają jakiejkolwiek pewności, że niezależne od Wykonawcy zdarzenia, jak np. zjawiska pogodowe, będą stanowić podstawę do zmiany umowy. Trudno zgodzić się również ze stwierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający stara się przenieść na Wykonawcę szereg ryzyk, zaburzając tym samym równowagę stron. Stwierdzić trzeba wręcz odwrotnie - Zamawiający przez uwzględnienie podnoszonych przez Wykonawców głosów i wprowadzenie do treści umowy postanowień, odzwierciedlających okoliczności, których zaistnienie ma istotny wpływ na terminową realizację umowy, wyraźnie wyłączył je z zakresu bezwzględnej odpowiedzialności Wykonawcy.

Wprowadzone przez Zamawiającego rozwiązania dot. procedury zmian umowy są zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, tj. przede wszystkim określają rodzaj i zakres zmian oraz warunki ich wprowadzenia i nie sposób stwierdzić uchybień w tym zakresie. Co istotne, po zaproszeniu wykonawców do złożenia oferty ostatecznych i przekazaniu wykonawcom SWZ, w tym zmienionego wzoru umowy, żaden z wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Odwołujący wnioskuje o wprowadzenie do treści umowy postanowienia nakładającego na Zamawiającego obowiązek zmiany treści umowy, co jest sprzeczne z praktyką zamówień publicznych oraz treścią samej umowy.

Nawet ustawodawca prawa zamówień publicznych, w sytuacjach, gdy obliguje zamawiających do przewidzenia w treści umowy zasad wprowadzania zmian (vide np. art. 436 pkt 4 in fine), relatywizuje ten obowiązek od rzeczywistego wpływu na realizację zamówienia; w żadnym razie nie nakładając bezwzględnego obowiązku w zakresie dokonania zmian, a wyłącznie obowiązku stworzenia mechanizmów umożliwiających ich wprowadzenie. Podobny wniosek płynie z lektury art. 455 pzp, który wskazuje na „dopuszczalność zmian" umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób zaskarżone postanowienia umowy miałyby prowadzić do zachwiania równowagi stron, cechować się sprzecznością z naturą stosunku zobowiązaniowego, czy też świadczyć o nadużyciu pozycji Zamawiającego. W szczególności zaś nie wykazano, w jaki sposób zachodzi naruszenie równej i uczciwej konkurencji. Jakiekolwiek teoretyczne rozważania Odwołującego w tym zakresie upadają w konfrontacji z faktem, że w postępowaniu Zamawiający pozyskał oferty od wszystkich wykonawców, zbliżone cenowo, a 2 z 3 ofert mieszczą się w budżecie Zamawiającego. O jakim zatem naruszeniu konkurencji mówi Odwołujący?

To Zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi w taki sposób ukształtować postanowienia umowne, które najpełniej będą zmierzać do realizacji celu publicznego postępowania. Jak wskazano wyżej, postanowienia wzoru umowy są zgodne z przepisami prawa, a złożenie ofert przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, świadczy o tym, że zamówienie jest możliwe do zrealizowania w terminie i na warunkach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający prowadząc postępowanie w trybie negocjacji z ogłoszeniem z wykorzystaniem możliwości, jakie dawał mu przepis art. 153 pkt 5 PZP, modelowo wręcz te możliwości wykorzystał, korygując zakres i warunki postępowania w taki sposób, który znalazł uznanie u wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty.

Wykonawca BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

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

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

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

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie. Wykonawca na wezwanie składu orzekającego nie uzupełnił dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana A. R. P. do reprezentowania ww. wykonawcę w dacie udzielenia pełnomocnictwa Panu J. L. H., tj. w dniu 23 grudnia 2022 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty pogłębiarskie na rzece Elbląg, Etap IV – „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską".

Postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem, wskutek unieważnienia poprzedniego – tożsamego przedmiotowo – postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego – znak postępowania ZP.371.31.2023.ASC.

W poprzednim postępowaniu ofertę złożyło trzech wykonawców: BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FABE POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie. Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na fakt, że oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający zaprosił wykonawców, którzy złożyli ofertę w unieważnionym postępowaniu, do wzięcia udziału w negocjacjach w przedmiotowym postępowaniu. Negocjacje przeprowadzono w dniu 30 listopada 2023 r.

W wyniku negocjacji Zamawiający zmienił zakres zamówienia, dzieląc go na zakres podstawowy i opcję. Zmienił również umowę, wprowadzając m.in. możliwość przedłużenia terminu realizacji w razie zaistnienia niesprzyjających warunków pogodowych (zalodzenie, śryż) oraz przedłużającej się procedury przetargowej.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18 grudnia 2023 r. Termin składania ofert nie został przez wykonawców zaskarżony.

W dniu 14 grudnia 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W dnia 14 grudnia 2023 r. Odwołujący przekazał odwołanie Zamawiającemu. Zamawiający nie zmienił terminu składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło trzech wykonawców, mianowicie: BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FABE POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Sopocie.

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia odnośnie terminu wykonania zamówienia, jak również treść kwestionowanych postanowień umowy została przytoczona w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Izba pominęła twierdzenia Odwołującego dotyczące zaniechania zmiany terminu składania ofert jak również zasadności określenia terminu wykonania przedmiotowego zamówienia w dacie dziennej jako spóźnione.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego, gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: „KC") *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z kilku powodów.

Przede wszystkim Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący składając ofertę oświadczył, że zapoznał się ze specyfikacją warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wzorem umowy i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w nich zawarte (pkt 5 str. 3 formularza ofertowego).

Z kolei z protokołu z negocjacji nie wynika, aby Odwołujący kwestionował możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w terminie do dnia 20 listopada 2024 r. Zmiana dotyczyła terminu realizacji zamówienia w sytuacji przedłużającej się procedury przetargowej. Powyższą zmianę Zamawiający w umowie przewidział. Powyższe stoi w sprzeczności z argumentacją Odwołującego wyrażoną w odwołaniu oraz na rozprawie.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu skutecznie nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Nieprzekonująca i przecząca zdrowemu rozsądkowi jest argumentacja Odwołującego, że sam fakt złożenia przez niego oferty nie ma istotnego znaczenia bowiem umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Odwołujący nie zarzucił naruszenia art. 387 KC choć na rozprawie przeprowadził wywód na temat niemożliwości świadczenia. Zgodnie z art. 555 Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba niejako na marginesie wskazuje, że niemożliwość świadczenia musi mieć charakter obiektywny, pierwotny i trwały. Niewykonalność świadczenia w ujęciu obiektywnym polega na tym, że określonego świadczenia nie może zrealizować żaden podmiot, a więc nie tylko Odwołujący, ale także każda osoba trzecia, a więc świadczenie to jest rzeczywiście niewykonalne. Odwołujący jednak nawet nie próbował wykazać, że żaden z podmiotów specjalizujących się w tego typu robotach budowalnych nie może wykonać zamówienia w terminach określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał, że postanowienia dotyczące terminu wykonania przedmiotowego zamówienia oraz brak przewidzenia klauzul gwarantujących wykonawcy zmiany terminu w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy umowy są sprzeczne z ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Odwołujący nie wykazał istnienia szczególnych okoliczności, które mogłoby pozwolić na zakwalifikowanie czynności Zamawiającego jako nadużycie prawa, niezasługującego na aprobatę z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

Uznaje się powszechnie, że podmiot, który korzysta z przysługującego mu prawa postępuje zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Oczywistym jest, że kto podnosi zarzut nadużycia, musi udowodnić naruszenie zasad współżycia społecznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający korzystając ze swojego prawa do określenia istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, uczynił to w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego.

Żądanie zmiany spornych postanowień de facto nie zmierza do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom umowy treści żądanej przez Odwołującego.

Odnosząc się do harmonogramu Odwołującego, wskazać należy, że samo powołanie się przez Odwołującego na swoje doświadczenie i na zasoby którymi dysponuje, jest niewystarczające do uznania, że termin wskazany przez Zamawiającego jest nierealny i żaden z podmiotów specjalizujących się w tego typu robotach nie jest wstanie wykonać przedmiotu zamówienia we wskazanym w SWZ terminie.

Odwołujący w swoich harmonogramie przyjął założenia na które nie przedłożył żadnego dowodu. Z odwołania nie wynika iloma zespołami Odwołujący dysponuje, jakim zapleczem sprzętowym. I czy przy zwiększeniu zespołów czy też sprzętu termin przez niego wskazany nie mógłby ulec skróceniu. Odwołujący zobowiązany był udowodnić, że termin przyjęty przez Zamawiającego jest nierealny.

Izba zdaje sobie sprawę, że Odwołujący w przedmiotowej sprawie ma utrudnioną inicjatywę dowodową, jednakże w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu stanowi wymaganie dostarczenia Izbie dowodów potwierdzających przytoczone fakty. Odwołujący chcąc wykazać naruszenie przepisów przez Zamawiającego nie może ograniczać się do przedstawienia terminu według własnego doświadczenia i posiadanych zasobów, ponieważ jest to zwykła polemika z Zamawiającym nie mogąca odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący wskazał termin przez niego oczekiwany, a nie obiektywnie minimalny. Izba nie neguje doświadczenia Odwołującego, jednak nie przedłożył on żadnego dowodu z którego można byłoby wyciągnąć wnioski, że wskazany w odwołaniu termin należy uznać za prawidłowy.

Jeżeli chodzi o brak przewidzenia klauzul gwarantujących wykonawcy zmiany terminu w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy to stanowisko Odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Niezrozumiałe jest oczekiwanie Odwołującego automatycznej zmiany terminu wykonania zamówienia w sytuacji, gdy co prawda wystąpią przesłanki wskazane w umowie, ale nie będą miały rzeczywistego wpływu na realizację zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: