

Sygn. akt KIO 2378/23

**WYROK**  
z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 23 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie**

**przy udziale** wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania  
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. z 2023 r., poz. 1605) 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 2378/23

**UZASADNIENIE:**

Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej”, nr referencyjny: OZ-092/3/IPU-7/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 czerwca 2023 pod numerem: 2023/S 122-386442.

W postępowaniu tym wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) 10 sierpnia 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 434, art. 436 pkt 1) art. 353<sup>1</sup> kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez: wskazanie w treści ogłoszenia pkt II 2.7, SWZ (pkt. 2.1) ) i wzorze umowy (§ Akt Umowy część I pkt 5, jak i dalszych załączników do SWZ terminów realizacji zamówienia, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych a także przekazania obiektu w użytkowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez wydłużenie terminów realizacji zadania i tak:

Odwołujący wnosi o zmianę postanowień odpowiednio ogłoszenia, SWZ i jego załączników:

Część I Aktu umowy Roboty zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie, to jest w terminie 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

SWZ w zakresie pkt. 2.1, poprzez dokonanie zmiany:

2.1. Termin realizacji zamówienia: od zawarcia Kontraktu z Wykonawcą realizacja robót budowlanych i uzyskania bezwarunkowych i prawomocnych pozwoleń na użytkowanie zgodnie z Harmonogramem Realizacji Robót - (Część V)

projektu Kontraktu - do maksymalnie:

- 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Odcinek I;
- 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Odcinek II.

Ogłoszenie o zamówieniu: pkt II.2.7) Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów Koniec: 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

W załączniku do oferty stanowiącym załącznik do Szczególnych Warunków Umowy - punkt dotyczący Czasu na Ukończenie Robót otrzymuje brzmienie: Czas na Ukończenie Robót 1.1.3.3 & 8.2 24 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

A także pozostałych załączników do SWZ w tym OPZ i Aktu Umowy, które wskazują terminy realizacji na terminy wyżej wskazane.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

(...)

Odwołujący zaznacza, że w dniu 6 lipca 2023 roku wniósł odwołanie w Postępowaniu min w zakresie niezgodnego z ustawą Pzp określenia terminu realizacji zamówienia i terminów pośrednich. Izba w wyroku z dnia 25 lipca 2023 roku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1953/23 i KIO 1998/23 uwzględniła odwołanie w pkt 3 i nakazała Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia (Sekcja II pkt II. 7), SWZ (pkt 2.1) i wzorze umowy (Akt Umowy -Część I pkt 5, część V Harmonogram Realizacji robót) planowanego terminu zakończenia robót liczbą miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Jednocześnie Izba w uzasadnieniu ww wyroku akt KIO 1953/23 i KIO 1998/23 (vide str 40,41 uzasadnienia wyroku) wskazała:

*„Izba uwzględniając odwołania nakazała Zamawiającemu oszacowanie i określenie, przy uwzględnieniu specyfiki i zakresu inwestycji, terminu zakończenia umowy oraz terminy poszczególnych kamieni milowych liczbą miesięcy. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający wskazując w odpowiedzi na odwołania termin wykonania nabrzeży nie uwzględnił w swoich szacunkach wszystkich koniecznych robót, przestojów z uwagi na uwarunkowania środowiskowe, procesu uzyskiwania pozwoleń na użytkowanie, odbiorów. Co za tym idzie Zamawiający powinien oszacować termin wykonania zamówienia uwzględniając przy tym niezbędne elementy mające wpływ na wykonanie zamówienia w terminie. Niejako na marginesie, oszacowany przez Zamawiającego termin może podlegać dalszym zarzutom ze strony wykonawców.”*

Ponieważ Zamawiający nie zastosował się do wyroku Izby w całości tj. zmienił datę realizacji na liczoną w miesiącach od daty zawarcia umowy lecz nie wyznaczył terminu uwzględniającego wszystkie roboty, przestoje, uwarunkowania środowiskowe itd. zgodnie z wyrokiem Izby to w dalszym ciągu interes Odwołującego jest naruszony.

Odwołujący na marginesie zaznacza, że wobec powyższego rozstrzygnięcia Izby wniesienie niniejszego Odwołania nie narusza przepisów proceduralnych ani nie podlega odrzuceniu w rozumieniu przesłanek art. 528 ustawy Pzp. Odwołanie zostało bowiem wniesione w terminie gdyż nowy termin realizacji ustalony odpowiednio na 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia dla Odcinka 1 jak i 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia dla Odcinka 2 zostały dokonane modyfikacją w dniu 31 lipca 2023 roku (nie zachodzi zatem przesłanka z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp). Odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które podnosił przy pierwszym odwołaniu lecz przedstawia szereg nowych twierdzeń i dowodów odnoszących się do terminu określonego w miesiącach, które pozwalają w sposób pewny określić czas przeznaczony na realizację (nie zachodzi zatem przesłanka z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp). Następnie odwołanie dotyczy nowej czynności, datowanej na dzień 31 lipca 2023 roku, która została wykonana niezgodnie z wyrokiem Izby z dnia 25 lipca 2023 roku w sprawie KIO 1953/23 i KIO 1998/23 (nie zachodzi zatem również przesłanka z art. 528 pkt 5 ustawy Pzp). Wobec powyższego Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego Odwołania, pozostaje w dalszym ciągu wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem tego zamówienia, jak i dopełnił wszystkich wymogów formalnych, w tym terminowych w celu skutecznego skorzystania z niniejszego środka ochrony prawnej. (...)

Termin ustalony przez Zamawiającego jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego czasookresu niezbędnego do wykonania wymaganego zakresu prac. Wykonawca mając na uwadze ustalenie terminu liczonego od Daty rozpoczęcia ma obecnie wiedzę ile realnie miesięcy Zamawiający przeznaczył mu na realizację zamówienia ale także na formalne i proceduralne jego zamknięcie i rozliczenie. Należy bowiem pamiętać że okres odpowiednio 12 i 18 miesięcy jest nie tylko terminem technologicznym wykonania robót ale także terminem formalności jak np. sporządzenie i akceptacja Harmonogramu (14 +21 dni co daje 35 dni a więc ponad miesiąc podczas gdy bez zaakceptowanego Harmonogramu nie można rozpocząć prac). Wykonawca dokonał ponownej analizy warunków realizacji zamówienia pod kątem możliwości ich realizacji w okresie odpowiednio 12 i 18 miesięcy i według jego ustaleń oraz wiedzy realizacja zamówienia nie będzie możliwa a termin jest niemożliwy do dotrzymania w rozumieniu art. 387 kc. W sytuacji gdy żaden z wykonawców nie jest w stanie zrealizować zamówienia w pierwotnie wyznaczonym czasie, to umowa o takie świadczenie będzie z mocy prawa nieważna. Rozróżnia się przy tym niemożność realizacji pierwotną i następczą. Nawet akceptując termin i zawierając umowę z tak ustalonym terminem, wykonawca naraża się na niemożność następczą i odpowiedzialność z tytułu nieterminowego i nienależytego wykonania zamówienia, jako konsekwencji przyjęcia zbyt krótkiego terminu.

W orzecznictwie sądów powszechnych wskazuje się iż „W przepisie art. 387 § 1 KC chodzi o niemożność natury obiektywnej - świadczenie może być obiektywnie niewykonalne już w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemożliwość pierwotna lub uprzednia) i wówczas stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdyż nie można uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowania niemożliwego. Jeżeli niemożliwość świadczenia ma charakter subiektywny (podmioty inne niż dłużnik mogłyby świadczyć) lub zaistniała dopiero po powstaniu zobowiązania (niemożliwość następcza), jej konsekwencje określają przepisy regulujące skutki niewykonania zobowiązania” (tak Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 27 września 2016 r. I ACa 457/16).

Podobnie też „Niemożliwość świadczenia, o której mowa a art. 387 KC, ma mieć charakter obiektywny. Można na podstawie tego przepisu uznawać, postanowienie umowne za nieważne tylko wtedy, gdy nie tylko obowiązany do świadczenia ale także nikt inny, z przyczyn prawnych lub faktycznych wykonać go, zgodnie z treścią zobowiązania, nie może.” (tak Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 15 marca 2018 r. I ACa 1115/17).

Skutków takiego działania a więc akceptacji zbyt krótkiego terminu realizacji przez wykonawców nie powinno się bronić zasadą swobody umów, gdyż taka zasada działa w obrębie prawa a nie stanowi furtkę do jego nadużywania czy obejścia. Twierdzenie, że wykonawca może przejąć na siebie ryzyko braku realizacji zamówienia w terminie a jednocześnie ma jedynie prawo, a nie obowiązek złożyć ofertę, a jej ramach wycenić powyższe konsekwencje, to takie twierdzenie wypacza przepisy i zasady kodeksu cywilnego, w tym art. 5 kc. Odwołujący mając już na obecnym etapie wiedzę, że prawidłowe i należyte świadczenie całości zakresu wynikającego z Umowy wymaga znacznie więcej czasu, niż przewidział to Zamawiający, obliguje go do wniesienia środków ochrony prawnej i zwrócenia uwagi, że postulowane warunki Zamawiającego mogą być już z mocy samego prawa nieważne.

Po drugie Zamawiający nie może w sposób niczym nieograniczony narzucać reżimu realizacji zamówienia według własnego uznania zwłaszcza mając świadomość, że wyznaczony przez niego termin będzie niemożliwy lub znacząco utrudniony dla wykonawców i spowoduje po ich stronie negatywne konsekwencje np. naliczenie kar umownych (na marginesie takie działania mogą być poczytywane jako próba zrefinansowania zamówienia lub odzyskania wypłaconych środków).

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 3531 Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

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

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywne ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz swoje profesjonalne i bogate doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, Odwołujący pragnie wskazać jak i o ile Zamawiający nie doszacował czasu niezbędnego na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący mając utrudnioną inicjatywę dowodową, głównie dlatego iż nie dwóch identycznych postępowań a jest wiele uwarunkowań i zmiennych indywidualnych do każdego zamówienia, musiał w dużej mierze bazować na swoich dotychczasowych doświadczeniach i w tym celu przygotował harmonogram rzeczowy, uwzględniający odpowiednie okresy wykonywania poszczególnych robót oraz ich wzajemne powiązania i uwarunkowania, który załącza do niniejszego Odwołania. Harmonogram ten stanowi dowód na okoliczność niedoszacowania przez Zamawiającego czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Bazując na terminach wskazanych w Harmonogramie, Odwołujący będzie starał się wykazać i udowodnić jakie okoliczności wyznaczają i determinują takie terminy. W zasadniczej mierze będą one wynikały:

1. Z samej długości prac wynikających z doświadczenia Odwołującego popartego zestawieniem z nakładami z Katalogów Nakładów Rzeczowych ale w ujęciu całościowym a nie wyrwykowym

2. Indywidualnych uwarunkowań i ograniczeń realizacji tego Postępowania opisanych w OPZ

3. Technologicznego uwarunkowania realizacji poszczególnych robót.

### **1. Katalogi Nakładów Rzeczowych**

Czasookresy przyjęte w Harmonogramie dla poszczególnych prac zostały przyjęte na podstawie profesjonalnego doświadczenia Odwołującego. Nakłady te zostały zweryfikowane poprzez zestawienie z nakładami przyjętymi w Katalogach Nakładów Rzeczowych tj. ogólnodostępnych publicznie publikowanych, usystematyzowanych baz normatywnych, zawierający opisy robót, technologię ich wykonania oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych czynników produkcji stanowiących podstawę kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych. W zestawieniu Odwołujący posłużył się KNR publikowanym przez wydawcę: WACETOB – PZITB, a wykorzystywane w oprogramowaniu firm: AthenaSoft - Norma Expert. W przypadkach, w których możliwe jest określenie nakładów czasowych na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR), Odwołujący zestawiał nakłady czasowe przyjmowane w KNR z przyjmowanymi przez siebie czasookresami. Należy jednak zauważyć, że w KNR brak jest określenia dla niektórych rodzajów prac (w szczególności wysoce specjalistycznych) nakładów rzeczowych.

W takich przypadkach Odwołujący określając czasookresy może posługiwać się jedynie własnym doświadczeniem, gdyż brak jest obiektywnego źródła, które mogłoby służyć weryfikacji założeń. Należy zauważyć, że z przedstawionych zestawień wynika, że nakłady czasowe przyjęte przez Odwołującego są mniejsze niż nakłady określone w KNR co dowodzi, że przy tworzeniu harmonogramu Odwołujący przyjął możliwie krótkie czasy realizacji poszczególnych zakresów prac.

### **2. Indywidualne założenia oraz ograniczenia wynikające z OPZ:**

1) Ograniczenia wynikające z uwarunkowań środowiskowych

– Usunięcie (ze wschodniej granicy przedsięwzięcia) poza obszarem łęgowym ptaków, czyli od 16 października do końca lutego (info z decyzji nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach) szuwarowisk trzcinowych o łącznej powierzchni 4.300m<sup>2</sup> (OPZ oraz Decyzja Nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach),

– Usuwanie urobku czerpalnego do morza powinno zostać wstrzymane na okres wiosennego tarła ryb (kwiecień, maj) – (OPZ),

– Prace budowlane z uwagi iż w dużej części będą pracami emitującymi wysoki poziom hałasu (np. prace związane z wykorzystaniem katarów i dziobaków) jak i pracami których nie wykonuje się w nocy z uwagi na panujące wówczas ograniczenia – także widoczności zostały przewidziane tylko w porze dziennej (6:00-22:00). Wyjątek mogą stanowić prace wymagające ciągłości procesu (OPZ).

– prace związane z robotami czerpalnymi i z przebudową nabrzeży (tj. roboty katarowe zgodnie z informacją w wyjaśnieniu decyzji) wykonać poza okresem migracji ichtiofauny tj. poza okresem wrzesień – listopad (DECYZJA Nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach)

Wpływ powyższych ograniczeń został uwzględniony w harmonogramie przy przyjęciu założenia, że podpisanie umowy nastąpi w grudniu b.r. W przypadku zmiany terminu podpisania umowy, wpływ ograniczeń na możliwość prowadzenia prac może być inny, niż ujęty w Harmonogramie.

Z uwagi na ograniczenia środowiskowe związane z emisją hałasu, Odwołujący nie założył wykonywania prac w porze nocnej.

2) Ograniczenia wynikające z warunków Zamawiającego określonych w Dokumentacji przetargowej:

– Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (częściowe) należy uzyskać osobno dla każdego z etapów zadania tj. dla Odcinka I i dla Odcinka II (OPZ),

– Realizacja zadania w sposób umożliwiający utrzymanie w szczególności ciągłości pracy i ruchu Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminal Real Estate Sp. z o.o. (OPZ),

– uwzględnienie dwukrotną konieczność przeniesienia zaplecza budowy oraz uzgodnienia lokalizacji zaplecza budowy i placu magazynowego z Wykonawcą działającym na zlecenie ORLEN Neptun II (OPZ),

– Warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (tzw. czerwony FIDIC), które zakładają wieloetapowe procedury i dość długie terminy wpływające na możliwość rozpoczęcia lub prowadzenia Prac a ostatecznie także ich rozliczenia. Zgodnie z Aktem Umowy, w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy (daty rozpoczęcia) Wykonawca musi przedstawić Program (harmonogramy), a Zamawiający ma 21 dni na jego akceptację bądź milczącą zgodę. Roboty mogą się rozpocząć po ww. terminach. Po zakończeniu każdego odcinka łącznie z wykonaniem niezbędnej dokumentacji i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie Wykonawca zwraca się do Inżyniera z wnioskiem o przejęcie części robót, a Inżynier ma 28 dni na akceptację wniosku.

– Brak ustanowienia przez Zamawiającego dojazdu do placu budowy (Odpowiedzi Zamawiającego z dnia 10.08.2023r. na pytania):

#### **Pytanie nr 70**

*Czy droga dojazdowa przebiegająca przez teren Wykonawcy robót działającego na zlecenie spółki ORLEN Neptun II*

zapewni bezpieczny transport elementów ponadgabarytowych? Prosimy o podanie parametrów drogi: szerokość, nośność, krzywiznę łuków.

### **Odpowiedź**

Zamawiający nie posiada takich informacji. Zgodnie ze Specyfikacją wykonanie i utrzymanie dróg tymczasowych jest obowiązkiem i kosztem Wykonawcy robót.

Należy zauważyć, że odpowiedzialność za sprawny przebieg opisanych powyżej uwarunkowań leży poza kontrolą wykonawcy. Dla potrzeb stworzenia Harmonogramu założono ich szybki i bezproblemowy przebieg, a w przypadkach, gdy terminy wykonania czynności zależą od Zamawiającego (Inżyniera) przyjęto, że akceptacje, odbiory i inne przewidziane kontraktem czynności odbędą się niezwłocznie, w czasie krótszym niż maksymalny termin umowy.

### **3. Szczegółowe uzasadnienie przyjętych czasookresów w ujęciu technologicznym**

Odwołujący w poszczególnych pozycjach (Id.) uwzględnił uwarunkowania technologiczne, które uzależniają możliwość rozpoczęcia niektórych prac od zakończenia poprzednich.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawia następujące uzasadnienia i dowody: – dla pozycji dot. dostawy ścianki szczelnej tj. pozycji umieszczonych w Id. 11, 12, 13, Odwołujący przedstawia pozyskane od dostawcy grodziec oferty terminowe oraz korespondencję mailową z dostawcą ścianki deklaruje dostawę ścianki prefabrykowanej (z gotowymi) zamkami w 3 dostawach, przy czym dostawa trwać będzie 11 tygodni, na które składają się: 8 tygodni - wywalcowanie grodziec, 3 tygodnie - nanizanie zamków. Kolejna dostawa będzie przygotowywana dopiero po wysłaniu poprzedniej. Tym samym dostawa prefabrykowanych grodziec będzie trwała dłużej, niż dostawa jednorazowa samych grodziec i ich prefabrykacja na placu budowy.

– dla pozycji „Wykonanie konstrukcji żelbetowej nabrzeża” tj. pozycji umieszczonych w Id. 37, 39, 41, 43, 66, 68, 70, 72, Odwołujący w sposób szczegółowy przedstawił kolejność i czas trwania poszczególnych czynności dla wykonania robót żelbetowych w ramach przykładowej, typowej sekcji Nabrzeża nr 2.

– dla pozycji dot. pogrążania ścianek szczelnych tj. pozycji umieszczonych w Id. 23, 51, 87, 88, Odwołujący przedstawia zestawienie rzeczywistych wydajności pogrążania ścianek szczelnych tożsamych ze stosowanymi w przedmiotowym postępowaniu, uzyskanych przez Odwołującego w trakcie realizacji innych Inwestycji. Tabele zostały wykonane na podstawie wpisów do Dzienników pogrążania ścianek, które są oficjalnym i wymaganym Dziennikiem dokumentującym ten rodzaj prac. Wydajność ta została potwierdzona poprzez zestawienie z nakładami KNR (patrz: punkt 1 powyżej).

### **Technologiczne uwarunkowania przyjętej kolejności prowadzenia prac**

Zakres prac stanowiący przedmiot Kontraktu obejmuje wykonanie 661 metrów bieżących nabrzeża, podzielonych na dwa Odcinki, z czego każdy objęty jest oddzielnym obowiązkiem uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Odcinek I – obejmujący łącznie 461 metrów bieżących podzielony został na:

Nabrzeże 1 – obejmujący 296 mb

- Odcinek roboczy 1 – sekcje 1-3
- Odcinek roboczy 2 – sekcje 4-6
- Odcinek roboczy 3 – sekcje 7-9
- Odcinek roboczy 4 – sekcje 10-13

Nabrzeże 2 – obejmujący 165 mb

- Odcinek roboczy 1 – sekcje 14-16
- Odcinek roboczy 2 – sekcje 17-19
- Odcinek roboczy 3 – sekcje 20-22
- Odcinek roboczy 4 – sekcje 23-26

Odcinek II – obejmujący 200 mb podzielony został na:

Nabrzeże 3

- Odcinek roboczy 1 – sekcje 14-16
- Odcinek roboczy 2 – sekcje 17-19
- Odcinek roboczy 3 – sekcje 20-22

Technologia (kolejność) wykonywania zakładanych dla Inwestycji prac w uproszczeniu wygląda następująco:

- 1) Wykonanie prac rozbiórkowych
- 2) Pogrążenie ścianek szczelnych
- 3) Montaż zakotwień ścianek (wykonywane równolegle wraz z postępowaniem pogrążania ścianek)
- 4) Wykonanie zasypów za ściankami szczelnymi wraz z zagęszczeniem a. Wykonanie badań prawidłowości parametrów zasypu
- 5) Wykonanie pali CFA a. Wykonanie badań nośności pali po odpowiednim czasie wiązania betonu gwarantującym osiągnięcie właściwych parametrów nośności

- 6) Wykonanie konstrukcji żelbetowej nabrzeża
- 7) Wykonanie montażu wyposażenia nabrzeża (wykonywane po poprzednim punkcie, równolegle wraz z postępowaniem wykonywania konstrukcji)
- 8) Wykonanie przepustów, studni (wykonywane po poprzednim punkcie, równolegle wraz z postępowaniem wykonywania konstrukcji)
- 9) Wykonanie zasypów pod nawierzchnię (wykonywane po poprzednim punkcie, równolegle wraz z postępowaniem wykonywania konstrukcji)
- 10) Wykonanie nawierzchni betonowej wraz z elementami odwodnienia (wykonywane po poprzednim punkcie, równolegle wraz z postępowaniem wykonywania konstrukcji)
- 11) Wykonanie nawierzchni z kruszywa (wykonywane po poprzednim punkcie, równolegle wraz z postępowaniem wykonywania konstrukcji)
- 12) Prace czerpalne
- 13) Czynności odbiorowe

Odwolujący uzasadnia przyjęte wzajemne zależności i uwarunkowania prowadzenia prac, które decydują o możliwości równoległego prowadzenia prac w wyjaśnieniach techniczno-technologicznych w zakresie sporządzonego harmonogramu dla robót leżących na ścieżce krytycznej.

Przedłożony Harmonogram rzeczowy wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – dla I etapu – 12 miesięcy, dla II etapu – 18 miesięcy, jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założona przez Odwołującego, poparta jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, kolejność wykonywania poszczególnych etapów procesu realizacyjnego uzasadnia przyjęcie terminu minimum 24 miesięcy dla etapu II i 24 miesięcy dla etapu I.

W złożonej pismem z 22 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

#### **I. WNIOSEK O ODRZUCENIE ODWOŁANIA NA PODSTAWIE ART. 528 PKT. 4 PZP**

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, iż odwołanie winno ulec odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt. 4 PZP. Niewątpliwie w niniejszej sprawie Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (sprawy połączone o sygn. KIO 1953/23 i KIO 1998/23).

Zarzutem nr 2 odwołania wniesionego przez Strabag w dniu 6 lipca 2023 r. w sprawie KIO 1953/23 było między innymi naruszenie art. 436 pkt 1) ustawy PZP i art. 433 pkt. 3) ustawy PZP, względnie art. 3531 kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 ustawy PZP poprzez:

*a. wskazanie w treści ogłoszenia pkt II 2.7, SWZ (pkt. 2.1) ) i wzorze umowy (§ Akt Umowy część I pkt 5, część V Harmonogram Realizacji robót) terminów realizacji zamówienia w dacie dziennej wyznaczonej ostatecznie na dzień 31 grudnia 2024 r- Odcinek I, 31 lipca 2025 r.- Odcinek II oraz poszczególnych terminów pośrednich w Harmonogramie realizacji robót podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i Zamawiający zaniechał podania takiego uzasadnienia w dokumentacji Postępowania.*

*b. wskazanie terminów końcowych (realizacji zamówienia określonych datą dzienną, jak i poszczególnych terminów Harmonogramu realizacji robót, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.*

Powyższe oznacza, iż Strabag skutecznie zaskarżył już terminy wskazane w umowie, przywołując w odwołaniu te same argumenty natury faktycznej i prawnej. Z kolei w wyroku z dnia 25 lipca 2023 r. wydanego w przedmiotowej sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wyłącznie zarzut wskazany w pkt. 2 lit. a) odwołania (zacytowany wyżej), tj. przyznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do określenia terminów umownych datą dzienną. Niemniej Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia Strabag dotyczące tego, że ustalone przez Zamawiającego terminy są za krótkie. W szczególności Izba wprost wskazała, że żądanie przez Strabag wydłużenia terminu na wykonanie I Odcinka do 36 miesięcy oraz wydłużenie terminu na wykonanie II Odcinka do 26 miesięcy nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wyjaśniła, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że ww. terminy są niemożliwe do zachowania, nie tylko przez Odwołującego, ale również każdego innego Wykonawcę. Izba podniosła również brak wiarygodności twierdzeń Strabag w tym zakresie i wskazała, że odwołujący w sprawie KIO 1998/23 (PORR S.A.) żądał wydłużenia terminu realizacji Odcinka I zaledwie do 24 miesięcy (por. str. 38-39 wyroku).

O tym, że zarzut ten został rozstrzygnięty merytorycznie świadczy również stanowisko Strabag zawarte we wniosku o sprostowanie orzeczenia KIO z dnia 25 lipca 2023 r. wydane w sprawach połączonych KIO 1953/23 i KIO 1998/23. Co

prawda, Odwołujący w tym piśmie stoi na (błędym) stanowisku, że Izba uwzględniła cały zarzut 2 (zarówno w zakresie lit. a, jak i lit. b) postawiony w odwołaniu (a nie jedynie w zakresie sformułowanym w lit. a), niemniej powyższe dowodnie wskazuje na to, że Odwołujący również uważa, że w ramach tego postępowania odwoławczego zapadło merytoryczne rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do terminów realizacji zamówienia.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż Strabag - nie zgadzając się ze stanowiskiem Izby - miał możliwość zaskarżenia wyroku KIO przed sądem zamówień publicznych. Odwołujący nie skorzystał jednak z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Zamiast tego, Odwołujący oczekuje w niniejszym postępowaniu, że Izba ponownie pochyli się nad kwestią wyznaczonych przez Zamawiającego terminów realizacji Zamówienia. Postawa taka jest sprzeczna z zasadą instancyjności i ekonomiki postępowania.

Jednocześnie Odwołujący oczekuje sprostowania wyroku KIO w sprawie 1953/23, co – w przypadku jego uwzględnienia – mogłoby doprowadzić do współistnienia dwóch równoległych rozstrzygnięć w przedmiotowej sprawie w odniesieniu do tego samego zarzutu (w ramach ewentualnie sprostowanego orzeczenia w sprawach połączonych 1953/23 i 1998/23 oraz orzeczenia jakie mogłoby zapaść w niniejszej sprawie).

W ocenie Zamawiającego zatem, KIO powinna odrzucić odwołanie Strabag na podstawie art. 528 pkt. 4 PZP.

Niemniej, działając z ostrożności (na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę niniejszego wniosku), Zamawiający podnosi, iż zarzuty podniesione w odwołaniu Strabag nie mają jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych, a co za tym idzie, odwołanie winno ulec oddaleniu w całości.

## **II. NIEMOŻLIWOŚĆ ŚWIADCZENIA W ROZUMIENIU ART. 387 §1 KC**

Kluczowym zarzutem Strabag jest założenie, iż zawarcie umowy o realizację Zamówienia czyniłoby ją nieważną na gruncie art. 387 kc, a to z uwagi na treść jej postanowień dotyczących terminów realizacji Odcinka I i Odcinka II.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 roku (V CSK 379/09).

Innymi słowy Sąd Najwyższy stwierdził, iż umową o świadczenie niemożliwe jest tylko taka umowa, w której to charakter (treść) zobowiązania (świadczenia) determinuje ową nieważność (nieważność natury substancjonalnej). Sąd Najwyższy zakwestionował dopuszczalność twierdzenia o nieważności umowy wyłącznie z tego powodu, że termin wyznaczony na wykonanie zobowiązania jest niewłaściwy (za krótki).

Zamawiający przytoczył również tezę wyroku wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 września 2016r., sygn. akt VI ACa 817/15 oraz Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2020r., KIO 2932/20.

Niemniej, nawet gdyby Izba uznała (wbrew stanowisku Sądu Najwyższego), iż dyspozycją art. 387 §1 kc objęto również niemożliwe do zachowania terminy realizacji świadczenia, to i tak wskazane przez Odwołującego okoliczności nie potwierdzają zasadności tego zarzutu.

Niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 kc oznacza faktyczną lub prawną niemożliwość świadczenia. Niewątpliwie „niemożliwość” na jaką powołuje się Odwołujący może stanowić wyłącznie tzw. niemożliwość faktyczną, albowiem niemożliwość prawna oznacza sytuację, w której zachowanie prowadzące do wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią jest sprzeczne z prawem.

Niemożliwość świadczenia musi mieć również charakter uprzedni. Oznacza to, że sankcja nieważności dotyczy tylko taką umowę, która jest niemożliwa do zrealizowana już w momencie zawarcia Umowy (a nie wskutek zaistnienia określonych okoliczności dopiero po jej zawarciu). Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2019r., KIO 1704/19 oraz z dnia 1 grudnia 2020r., KIO 2932/20.

Tymczasem, uzasadniając zarzut naruszenia art. 387§1 kc, Odwołujący wskazuje wprost na następczy charakter niemożliwości świadczenia (por. str. 5 odwołania). Tym samym, Odwołujący sam potwierdza, że zarzut naruszenia art. 387§1 kc jest w okolicznościach niniejszej sprawy bezzasadny.

Jeśli chodzi o niemożliwość faktyczną, to musi mieć ona przede wszystkim charakter obiektywny (na co zwrócił uwagę również Odwołujący – str. 5 odwołania). „*Obiektywny charakter niemożliwości świadczenia przejawia się w tym, że jest ono niewykonalne nie tylko dla określonego dłużnika, lecz dla jakiegokolwiek podmiotu prawa cywilnego*” (tak: wyr. SN z 8.5.2002 r., III KKN 1015/99, Legalis; wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90, s. 36-39). W konsekwencji oznacza to, że istniejąca w chwili zawarcia umowy indywidualna sytuacja podmiotu, który zobowiązuje się spełnić określone świadczenie, nie ma znaczenia dla ważności umowy w świetle art. 387 § 1 KC.

Oznacza to, że powołując ww. zarzut Odwołujący zobowiązany jest wykazać, że brak możliwości zachowania terminów na wykonanie Odcinka I i Odcinka II dotyczyłby każdego potencjalnego wykonawcy. Innymi słowy, konieczne jest wykazanie, że bez względu na zasoby finansowe, zastosowaną technologię, ilość podwykonawców, zaangażowane moce przerobowe, w tym ludzkie i sprzętowe oraz przyjęty harmonogram (uwzględniający równoczesne wykonywanie robót na różnych frontach robót), realizacja zamówienia jest obiektywnie niewykonalna w zaskarżonych terminach.

Niemożliwość świadczenia musi mieć również charakter trwały, a zatem nie może mieć charakteru przejściowego,

przemijającego. Wszystkich ww. cech niemożliwości świadczenia Odwołujący nie wykazał.

### **III. PRZEKROCZENIE SWOBODY UMÓW - NARUSZENIE ART. 353<sup>1</sup> KC**

Przedmiotem zarzutu Odwołującego jest również naruszenie przepisów art. 353<sup>1</sup> kc. Przepis ten ustanawia ogólną zasadę swobody umów, wyznaczając przy tym określone jej granice. Zgodnie z jego brzmieniem, *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.*

Celem wykazania, iż strony przekroczyły w ramach konkretnego stosunku prawnego granicę swobody umów, należy zatem w szczególności precyzyjnie określić, czy kwestionuje się samą treść tego stosunku, czy też jego cel, jak również wyraźnie wskazać czy treść/ cel tego stosunku jest spreczna z: (i) ustawą, tj. skonkretyzowaną normą prawną wynikającą z przepisów rangi ustawowej, (ii) właściwością (naturą) stosunku lub (iii) konkretnymi zasadami współżycia społecznego.

W przypadku formułowania zarzutu odnoszącego się do naruszenia zasad współżycia społecznego, konieczne jest wskazanie jaką normę konkretnie naruszył Zamawiający. W doktrynie podnosi się zgodnie, że *„Mimo braku autonomicznej treści klauzuli zasad współżycia społecznego, ilekroć jest ona powoływana, czy to w kontekście ograniczenia zasady swobody umów, czy nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 KC), wymaga się sprecyzowania konkretnej zasady ulegającej naruszeniu.”* K. Osajda, Komentarz do art. 353 (1) kc pod red. Borysiak, wyd. 31, 2023, Legalis.

Zamawiający przytoczył tezę wyroku wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2012 r. IV CSK 557/11.

W ocenie Zamawiającego, nawet ewentualne wyznaczenie zbyt krótkich terminów realizacji zamówienia nie narusza normy art. 353<sup>1</sup> kc. W szczególności nie sposób uznać, by takie działanie było sprzeczne z przepisami, jak również by działanie takie było sprzeczne z naturą stosunku prawnego (jakim jest umowa o roboty budowlane) lub zasadami współżycia społecznego.

Zamawiający podnosi również, iż w odwołaniu Strabag dokonuje całkowicie nieusprawiedliwionej manipulacji powołując orzecznictwo Sądu Najwyższego. Na str. 6 odwołania, Strabag wskazał: *„Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.”*

Tymczasem wyrok SN z dnia 25 maja 2011 r. wydany w pierwszej z przywołanych spraw o sygn. II CSK 528/10 w ogóle nie dotyczy zamówień publicznych (sprawa dotyczy zawyżonego wynagrodzenia w umowie o obsługę prawną pomiędzy adwokatem, a jego Klientem), a Sąd Najwyższy nie porusza w nim jakichkolwiek zagadnień związanych ze stosowaniem prawa zamówień publicznych.

Podobnie, druga z przywołanych spraw - wyrok Sądu Najwyższego wydany w dniu 18 marca 2008r. (IV CSK 478/07) dotyczy umowy o podział majątku wspólnego pomiędzy współmałżonkami, a Sąd Najwyższy nie porusza w tym orzeczeniu jakichkolwiek kwestii związanych ze stosowaniem prawa zamówień publicznych.

Są to zatem judykaty całkowicie nieadekwatne do badanego stanu faktycznego.

Strabag w odwołaniu całkowicie zaniechał pogłębionego uzasadnienia prawnego wskazanych przez niego (rzekomych) naruszeń ze strony Zamawiającego w kontekście art. 353<sup>1</sup> kc. Odwołujący nie był w stanie rozwinąć enigmatycznie postawionych zarzutów i wykazać jakie zasady współżycia społecznego czy przepisy rangi ustawowej zostały naruszone wskutek działania Zamawiającego.

### **IV. NARUSZENIE ART. 16 PZP**

Podobnie za całkowicie bezzasadne należy uznać rzekome naruszenie art. 16 PZP. Zgodnie z jego treścią Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, (2) przejrzysty, (3) proporcjonalny.

Odwołujący nie wskazał którą z powyższych zasad naruszył Zamawiający oraz na czym owo naruszenie miało polegać. W ocenie Zamawiającego sama natura (charakter) zarzutu sformułowana przez Odwołującego nie może powodować naruszenia przepisu art. 16 PZP (opisanych w nim zasad prowadzenia postępowania).

Nie budzi wątpliwości, iż ani zasady uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców nie mogą być naruszone poprzez rzekome wyznaczenie zbyt krótkich terminów realizacji zamówienia.

Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców polega przede wszystkim na odmiennym traktowaniu wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji faktycznej lub prawnej oraz na ograniczeniu dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego realizacji.

Zasada uczciwej konkurencji sprowadza się przede wszystkim do zapewnienia wszystkim wykonawcom równego dostępu do informacji i prowadzenia postępowania w sposób, który zapewnia działanie mechanizmów konkurencyjnych.

Zasada przejrzystości z kolei nakazuje, by wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia zostały

zakomunikowane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny oraz by Zamawiający dopełniał swoich obowiązków informacyjnych wynikających z PZP.

Niewątpliwie Zamawiający nie naruszył również zasady proporcjonalności postępowania, której istotą jest dołożenie należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Zasada ta polega przede wszystkim na proporcjonalnym formułowaniu warunków udziału w postępowaniu (por. art. 112 PZP, art. 58 ust. 4 PZP, art. 117 ust. 1 PZP) i żądanych przedmiotowych środków dowodowych (por. 106 ust. 2 PZP), jak również właściwym określaniu ewentualnych kryteriów selekcji, czy nakładania określonych sankcji w trakcie trwania procedury o udzielenie zamówienia (wyrazem zasady proporcjonalności są między innymi przepisy umożliwiające poprawienie oferty w trybie art. 233 PZP). Nie sposób jednak zasady proporcjonalności odnosić do kwestii wyznaczonych terminów realizacji Zamówienia.

#### **V. CIĘŻAR DOWODU**

Stosownie do brzmienia art. 534 ust. 1 PZP, Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Powyższe oznacza, iż Odwołujący powołując się na określone w odwołaniu zarzuty, nie tylko powinien je doprecyzować (o czym mowa wyżej) prezentując wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne, ale również bezspornie je wykazać i udowodnić. Ciężar dowodu w niniejszej sprawie spoczywa zatem wyłącznie na Odwołującym. Zamawiający przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r., KIO 3802/21.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie złożył jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie stawianych Zamawiającemu zarzutów. W szczególności stwierdzić należy, iż dokumenty takie jak: (i) Harmonogramy sporządzone przez Odwołującego, (ii) wyjaśnienia techniczno-technologiczne dla robót leżących na ścieżce krytycznej, (iii) zestawienie rzeczywistych wydajności pogrążania ścianek szczelnych, (iv) tabele zestawiające nakłady czasowe dla przykładowych zakresów prac nie stanowią dowodów w sprawie, a prezentują jedynie stanowisko własne Odwołującego (poszerzając argumentację zawartą w odwołaniu).

Od strony formalnoprawnej walor dowodowy w sprawie mogłyby posiadać jedynie oferty Arcelor Mittal (oraz ewentualnie prowadzona z tym podmiotem korespondencja elektroniczna). Niemniej dokumenty te dotyczą zaledwie wycinka prac wchodzących w zakres Zamówienia (dotyczą terminów dostawy grodzic). Przedłożona korespondencja i złożone przez ww. dostawcę oferty nie mogą zatem potwierdzać „niemożliwości świadczenia” jaką zarzuca Odwołujący Zamawiającemu w kontekście realizacji całego zakresu Zamówienia (Odcinka I i Odcinka II).

Nadto, dokumenty te w żaden sposób nie potwierdzają, że terminy przyjęte przez Arcelor Mittal (w ramach innych inwestycji) są w istocie najkrótszymi z możliwych do dotrzymania, a nadto nie potwierdzają, że żaden inny dostawca nie jest w stanie wykonać takiej dostawy w krótszym terminie. Oferty te dotyczą innych zamówień i były składane w innym czasie, a zatem nie mogą potwierdzać, że w chwili obecnej Odwołujący nie byłby w stanie uzgodnić z tym (lub innym) dostawcą krótszych terminów dostawy. W oczywisty sposób nie można zatem uznać, że dokumenty pochodzące od dostawcy Arcelor Mittal mogą być przydatne dla ustalenia jakichkolwiek relewantnych okoliczności faktycznych w niniejszej sprawie.

Reasumując, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek obiektywnych dowodów mających potwierdzić, iż termin realizacji Odcinka I i Odcinka II jest niemożliwy do zachowania w rozumieniu art. 387 §1 kc. W szczególności niemal wszystkie złożone w sprawie wyliczenia i dokumenty nie stanowią obiektywnych dowodów pozwalających na potwierdzenie zarzutów Strabag, a stanowią jedynie stanowisko własne Odwołującego. Terminy realizacji poszczególnych etapów przedsięwzięcia wskazane w odwołaniu są zatem oparte wyłącznie o wizję Odwołującego co do preferowanego przez niego sposobu realizacji Zamówienia.

Co więcej, oświadczenia własne Odwołującego w tym zakresie nie są wiarygodne, w szczególności wobec faktu, iż jeszcze w lipcu br. (w ramach przywołanego wyżej postępowania o sygn. w sprawach KIO 1953/23 i KIO 1998/23) Odwołujący twierdził, że potrzebuje dalece dłuższych terminów niż te, których żąda obecnie. W ramach tego postępowania Odwołujący żądał określenia terminu wykonania Odcinka I na 36 miesięcy (a zatem o 12 miesięcy dłuższego niż obecnie), a Odcinka II na 26 miesięcy (a zatem o 2 miesiące dłuższego niż obecnie). (...)

#### **VI. SZCZEGÓŁOWA ARGUMENTACJA ZAMAWIAJĄCEGO**

Zamawiający wyznaczył terminy realizacji Zamówienia po licznych konsultacjach, w tym między innymi z projektantem inwestycji i uwzględnił w nich wszelkie okoliczności mające wpływ na możliwość ich zachowania, w tym w szczególności: (i) wymogi dotyczące zgodności przedsięwzięcia z przepisami prawa i wydanymi decyzjami administracyjnymi, (ii) wymogi SWZ i OPZ, (iii) terminy związane z wszelkimi czynnościami odbiorowymi i obowiązkami kontraktowymi stron. Nadto, Zamawiający przy wyznaczeniu terminów realizacji Zamówienia wziął pod uwagę wszelkie uwarunkowania techniczne i technologiczne związane z koniecznością wykonywania prac oraz ich ścieżką krytyczną oraz realia rynkowe związane z realizacją podobnych prac i robót, w tym specyficznych dostaw objętych Zamówieniem.

## **A DECYZJA ŚRODOWSKOWA I UWARUNKOWANIA ŚRODOWSKOWE**

W odniesieniu do pierwszej grupy argumentów odnoszącej się do ograniczeń wynikających z uwarunkowań środowiskowych w pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący opiera swoje twierdzenia na nieaktualnej treści decyzji środowiskowej wydanej na potrzeby realizacji przedsięwzięcia.

Zamawiający w ramach dokumentacji przetargowej udostępnił decyzję Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska („RDOŚ”) w Szczecinie nr 2/2023 z 20.02.2023 r. o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn. *Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej na dz. nr 245/5, 244, 246, 1/18 obręb Warszów 14 i dz. nr 3/2 obręb Ognica 13'* (dalej jako „Decyzja RDOŚ” lub „DŚ”) oraz postanowienie RDOŚ w Szczecinie z 24.05.2023 r. (znak WONS-OŚ.420.35.2022.BO.17) wyjaśniające wątpliwości cc do pkt I ppkt 9 Decyzji RDOŚ (dalej jako „Postanowienie RDOŚ”). Decyzja RDOŚ została zmieniona decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z 18.07.2023 r., znak DOOŚ-WDŚZOO.420.13.2023.PS.12 (dalej jako „Decyzja GDOŚ”) w zakresie m.in. tych postanowień, z których Odwołujący wywodzi swoje twierdzenia, co zostanie wykazane poniżej.

**[Kwestia usunięcia szuwarowisk trzcinowych].** Zamawiający podnosi, że uwarunkowaniem ograniczającym i wpływającym na czas wykonania robót jest dopuszczalność usunięcia szuwarowisk trzcinowych o łącznej powierzchni 4.300m<sup>2</sup> (ze wschodniej granicy przedsięwzięcia) „*poza okresem lęgowym ptaków, czyli od 16 października do końca lutego*”. Warunek odnoszący się do okresu, w którym można dokonać usunięcia szuwarowisk trzcinowych wynikał z pkt I.7. Decyzji RDOŚ, która w pierwotnym brzmieniu dopuszczała wycinkę szuwarowisk w okresie pozalęgowym ptaków, lecz nie określała datą tego okresu lęgowego. Pkt I.7. Decyzji RDOŚ został zmieniony Decyzją GDOŚ w taki sposób, że doprecyzowano, iż usunięcia szuwarowisk trzcinowych można dokonywać swobodnie poza okresem lęgowym ptaków, przy czym doprecyzowano, iż okres ten przypada w terminie od 1 marca do 31 sierpnia.

W konsekwencji powyższego nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, iż w okresie od 1 marca do 16 października nie będzie mógł dokonać usunięcia ww. szuwarowisk. Już z samej treści Decyzji GDOŚ wynika, że okres ten został skrócony o 1,5 miesiąca, a standardowo usunięcie szuwarowisk z takiego obszaru zajmuje maksymalnie 7 dni i to przy zaangażowaniu tylko 1 zespołu roboczego. Zatem przy prawidłowym zaplanowaniu wykonywania robót przez wykonawcę możliwość usunięcia szuwarowisk poza okresem 1 marca do 31 sierpnia nie leży na ścieżce krytycznej realizacji przedsięwzięcia. Podkreślić należy, że sprawne przystąpienie przez Wykonawcę do robót umożliwi mu usunięcie szuwarowisk jeszcze przed rozpoczęciem ww. okresu ochronnego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podkreśla, że z perspektywy technicznej istnienie szuwarowisk nie ogranicza możliwości wykonywania robót w zakresie palowania. Z perspektywy technologicznej możliwym jest „palowanie” przy jednoczesnym nieusuwanie szuwarowiska, którego usunięcie mogłoby być przeprowadzone poza okresem lęgowym.

**[Kwestia usunięcia urobku czepalnego do morza].** Zamawiający podnosi, że uwarunkowaniem wpływającym na czas wykonania robót i możliwość realizacji prac w czasie wskazanym przez Zamawiającego jest konieczność wstrzymania usuwania urobku czepalnego do morza na okres wiosennego tarła ryb (kwiecień – maj). Warunek taki wynika z pkt 5.4. ppkt 4, str 15 OPZ5. Zamawiający podkreśla, że brak jest korelacji pomiędzy możliwością bieżącego wykonywania robót (roboty kafarowe, palowanie) a kwestią usuwania urobku. Prace te można wykonywać niezależnie, co oznacza, że nawet w przypadku gdyby prace powodujące powstanie urobku czepalnego należało wykonać w okresie od kwietnia do maja to możliwym jest jego usunięcie do morza już w okresie późniejszym, po upływie okresu wiosennego tarła ryb.

Dodatkowo należy podkreślić, że przy przyjęciu przez wykonawcę prawidłowego harmonogramu prac, a przede wszystkim zaangażowaniu odpowiedniej ilości brygad pracujących, zastosowaniu sprzętu o odpowiedniej wydajności (niezbędnej z perspektywy zakresu przedsięwzięcia) możliwym będzie wykonanie robót czepalnych w okresie nieprzypadającym na kwiecień i maj, a tylko przy wykonywaniu takich prac dojdzie do powstania urobku czepalnego, który będzie musiał ulec usunięciu do morza.

Co więcej Zamawiający podkreśla, że zgodnie z pkt 5.4. ppkt 3 OPZ wykonawca nie ma obowiązku usuwania urobku czepalnego do morza. Zgodnie bowiem z powołanym warunkiem z OPZ „wykonawca może jako alternatywne rozwiązanie zagospodarować urobek czepalny do innych celów na własny koszt”.

**[Kwestia wykonywania prac emitujących wysoki poziom hałasu].** Odwołujący podnosi, iż czynnikiem ograniczającym możliwość utrzymania prawidłowego tempa prac jest okoliczność, iż będą to prace budowlane związane z emisją wysokiego poziomu hałasu, a w odniesieniu do takich DŚ wprowadza ograniczenia, nakazujące ich realizację w porze dziennej (od 6.00-22.00). Do tego typu prac Strabag zalicza prace związane z wykorzystaniem kafarów i dziobaków. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że są to prace, których nie wykonuje się w nocy z uwagi na panujące wówczas ograniczenia w zakresie widoczności.

Zamawiający kwestionuje twierdzenia Odwołującego w ww. zakresie. Po pierwsze Zamawiający wskazuje, że ograniczenie dotyczące konieczności wykonywania prac w porze dziennej należy odnosić tylko do „prac emitujących

wysoki poziom hałasu”, z wyłączeniem prac wymagających ciągłości procesu. W konsekwencji – wykonawca:

- może bez jakichkolwiek ograniczeń wykonywać wszelkie prace, które nie emitują wysokiego poziomu hałasu,
- może w porze nocnej wykonywać prace emitujące wysoki poziom hałasu, o ile są to prace wymagające ciągłości procesu.

Zatem to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek takiego ułożenia harmonogramu prac aby wykorzystać ww. odstępstwa. Obiektywnie powyższe ograniczenia nie wpływają w istocie na niemożność wykonania robót w oczekiwanym przez Zamawiającego terminie.

Zamawiający podkreśla, że z samego uzasadnienia Decyzji GDOŚ wynika, że normy hałasu w porze dziennej i nocnej nie będą przekroczone (str. 13 Decyzji GDOŚ, str. 82-83 Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia<sup>6</sup>). Powyższe stanowisko organ zajął w konsekwencji zarzutów stawianych Decyzji RDOŚ. W konsekwencji powyższego nieprawdziwym jest twierdzenie Odwołującego, że prace w przeważającej mierze emitować będą wysoki poziom hałasu. Z treści samej KIP wynika, że:

i. „O poziomie i uciążliwości emitowanego hałasu decydować będzie typ i jakość używanego sprzętu oraz czas jego pracy. Urządzenia używane podczas budowy powinny spełniać wymagania dotyczące dopuszczalnych poziomów mocy akustycznej urządzeń budowlanych (kruszarki do betonu, maszyny do zagęszczania, spycharki, koparko-ładowarki, żurawie, agregaty prądotwórcze itd.), które zostały określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń używanych na zewnątrz pomieszczeń w zakresie emisji hałasu do środowiska (Dz.U. 2005, nr 263, poz. 2202 ze zm.)”;

ii. „na etapie budowy nie przewiduje się nadmiernej uciążliwości pod względem oddziaływania akustycznego. Ze względu na lokalizację inwestycji w dużej odległości od budynków mieszkalnych nie przewiduje się istotnych zagrożeń związanych z hałasem podczas etapu budowy w stosunku do istniejącej zabudowy mieszkaniowej”.

#### **[Kwestia wykonywania robót czerpalnych poza okresem migracji ichtiofauny].**

(...) W tym zakresie Strabag odwołuje się do brzmienia pkt I.9 Decyzji RDOŚ, które w całości zostało zmienione Decyzją GDOŚ. Zamawiający podkreśla, że dotychczasowe brzmienie pkt I.9 w brzmieniu: „prace związane z robotami czerpalnymi i przebudową nabrzeży (roboty przy użyciu kafarów) wykonać poza okresem migracji ichtiofauny, przypadającym w terminie wrzesień – listopad.” zastąpiono następującym brzmieniem:

„Prace związane z robotami czerpalnymi i przebudową nabrzeży (roboty przy użyciu kafarów) wykonać poza okresem migracji ichtiofauny, przypadającym w terminie wrzesień – listopad. Prace te prowadzić pod nadzorem specjalisty ichtiologa, który wskaże sposób postępowania w przypadku stwierdzenia tarlisk ryb gatunków objętych ochroną prawną. Po pogrążeniu ścianek szczelnych prowadzenie prac wewnątrz wygradzonego obszaru jest możliwe również w okresie migracji” (pkt 7 sentencji Decyzji GDOŚ, str. 3).

Jednocześnie postanowieniem RDOŚ z 24.05.2023 r. (WONS-OŚ.420.35.2022.BO.17) wyjaśniono, że poprzez warunek ten „należy rozumieć, że prace czerpalne i prace związane z przebudową nabrzeży, tj. roboty kafarowe należy wykonać poza okresem migracji ichtiofauny, tj. poza okresem wrzesień – listopad. Powyższe oznacza również, że po pogrążeniu ścianek szczelnych (wykonywanych poza okresem migracyjnym ichtiofauny) późniejsze wykonywanie prac wewnątrz zamkniętego obszaru (poza korytem rzeki) jest możliwe we wskazanym okresie.”

Zatem jedynie roboty przy użyciu kafarów zostały ograniczone (nie można ich wykonywać w okresie wrzesień – listopad). Kafar to urządzenie służące do pionowego wbijania pali w dno ziemi/ zbiornika wodnego. Z perspektywy technologicznej wykorzystanie kafarów może służyć do posadowienia ścianek szczelnych (na potrzeby pogrążenia ścianek szczelnych), choć istnieją w tym zakresie także odmienne metody technologiczne. Po posadowieniu ścianek szczelnych używanie kafarów nie będzie potrzebne. Harmonogram realizacji prac przewiduje, że wykonawca musi zatem wykonać ścianki szczelne przed wrześniem. Termin 8 miesięcy jest w tym zakresie wystarczający.

Przed wszystkim jednak należy podkreślić, że po wykonaniu ścianek szczelnych (zgodnie z postanowieniami Decyzji GDOŚ) wykonawca będzie miał możliwość nawet w okresie wrzesień – listopad prowadzić prace wewnątrz wygradzonego obszaru (także w okresie migracji).

Mając na uwadze, że postanowienia Decyzji GDOŚ były znane Strabag przed wniesieniem odwołania (informację w tym zakresie Zamawiający udostępnił na platformie w dniu 3 sierpnia 2023 r. poprzez umieszczenie stosownego komunikatu oraz uzupełnienie SWZ o odwołanie do przedmiotowej Decyzji GDOŚ) twierdzenia Odwołującego wprowadzają w błąd, prowadząc do wrażenia niemożności realizacji prac czerpalnych w okresie od września do listopada, co jest niezgodne z prawdą i przedłożonymi dokumentami.

Podsumowując, twierdzenia Odwołującego sprowadzające się do konieczności wydłużenia terminu wykonania prac, a oparte na ograniczeniach co do realizacji prac wynikających z DŚ nie zostały one poparte jakimikolwiek dowodami i stanowią odzwierciedlenie jedynie oczekiwań Strabag co do realizacji robót w terminie satysfakcjonującym tegoż Odwołującego. Życzenia Odwołującego nie świadczą o niemożności zrealizowania prac w określonym przez Zamawiającego terminie. Strabag musiałby w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości wykazać, że ww.

ograniczenia wynikające z DŚ czy OPZ prowadzą do niemożności zrealizowania prac w terminie przewidzianym przez Zamawiającego, czego Strabag nie uczynił.

## **B. OGRANICZENIA DOTYCZĄCE ASPEKTÓW BUDOWLANYCH WYNIKAJĄCE Z OPZ**

W odniesieniu do drugiej grupy argumentów odnoszącej się do ograniczeń wynikających z OPZ odnoszących się do uwarunkowań budowlanych Strabag wskazał na następujące ograniczenia: (...)

Zamawiający, odnosząc się do każdej z ww. okoliczności, wskazuje co następuje.

**[Kwestia uzyskania pozwolenia na użytkowanie].** Zamawiający wyjaśnia, że biorąc pod uwagę specyfikę przedsięwzięcia założył podział prac objętych postępowaniem na dwa odcinki, przy czym:

- Odcinek I obejmuje rozbudowę istniejących Nabrzeży nr 1 i nr 2 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna – 10,5m), który powinien zostać zrealizowany w terminie 12 miesięcy
- Odcinek II obejmuje budowę ścianki szczelnej wraz z zakotwieniem dla przyszłego Nabrzeża nr 3 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna – 12,5m) i załadowniem części akwenu pomiędzy ścianką szczelną a istniejącym Nabrzeżem nr 3, który powinien zostać zrealizowany w terminie 18 miesięcy.

Mając na uwadze, że zakresy prac właściwych dla ww. odcinków różnią się Zamawiający uwzględnił te okoliczności poprzez przewidzenie dłuższego czasu realizacji dla prac objętych Odcinkiem II. Konsekwencją powyższego jest konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie w 2 etapach (częściowego – dla Odcinka I) oraz całościowego (obejmującego Odcinek II).

Okoliczność zatem podziału robót wpływa wręcz na możliwość takiego ukształtowania prac, że w pierwszej kolejności będą one odnosiły się do Odcinka I (mobilizacja wszystkich zespołów do realizacji etapów właściwych Odcinkowi I), a w drugiej kolejności do Odcinka II, dla którego przewidziano 18-miesięczny termin wykonania prac.

**[Kwestia utrzymania ciągłości pracy i ruchu Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminal Real Estate sp. z o.o.].** Zamawiający podkreśla, że Odwołujący powołując się na postanowienia OPZ dotyczące konieczności utrzymania ciągłości pracy i ruchu Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminal Real Estate sp. z o.o. próbuje wywrzeć mylne wrażenie jakoby prace, które mają zostać wykonane, będą musiały być prowadzone na terenach podlegających ciągłej eksploatacji oraz korzystaniu z nich przez inne podmioty.

Zamawiający podkreśla, iż z samego OPZ wynika, że teren planowanej inwestycji nie jest wykorzystywany do jakiegokolwiek działalności (pkt 3, str. 8 OPZ). Z kolei Terminal Promowy w Świnoujściu oraz Euroterminal Real Estate operują na torze wodnym, który nie jest objęty pracami wykonawcy. Innymi słowy prace wykonawcy nie będą realizowane na torze wodnym, ale na „terenie martwym”. Miejsce realizacji robót wykonawcy będzie prowadzone na bocznym kanale, a nie na torze wodnym z którego korzystają ww. podmioty. Postanowienie z OZP zostało tamże zamieszczone na wypadek konieczności incydentalnego skorzystania z toru wodnego przez Odwołującego.

**[Kwestia konieczności przeniesienia zaplecza budowy oraz uzgodnienia jego lokalizacji].** W ocenie Odwołującego konieczność uwzględnienia dwukrotnego przeniesienia zaplecza budowy i uzgodnienia jego lokalizacji z wykonawcą działającym na zlecenie Orlen Neptun II wpływa obiektywnie na możliwość zrealizowania prac w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreśla, że prace w zakresie przenoszenia zaplecza budowy nie należą do prac na tzw. ścieżce krytycznej. Prac tych nie można zaliczyć do kluczowych z perspektywy tempa prac. Nie ma jakiegokolwiek przeszkód dla prowadzenia głównych i krytycznych robót budowlanych (na bieżąco i ciągle przez dedykowane do tego zespoły pracowników). Z kolei do przeniesienia zaplecza budowy można skierować zupełnie odrębny zespół, niezaangażowany do robót stricte budowlanych. W ocenie Zamawiającego powoływana okoliczność jest jedynie kwestią prawidłowego ułożenia harmonogramu prac przez wykonawcę oraz zaangażowania odpowiedniej ilości pracowników.

**[Kwestia warunków kontraktowych i terminów z nich wynikających].** W ocenie Strabag narzucone przez Zamawiającego warunki kontraktowe i przewidziane tamże terminy (tzw. czerwony FIDIC) zakładają wieloetapowe procedury i dość długie terminy wpływające na możliwość rozpoczęcia lub prowadzenia prac a ostatecznie także ich rozliczenia. Przy czym Strabag odwołuje się jedynie do:

- terminu 21-dniowej akceptacji przez Zamawiającego przedkładanego przez wykonawcę Programu (obejmującego harmonogramy)
- terminu 28 dni na akceptację przez Inżyniera Kontraktu wniosku o przyjęcie części robót (zgłaszanych przez wykonawcę do odbioru po zakończeniu każdego odcinka łącznie z wykonaniem niezbędnej dokumentacji i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie).

Podkreślić należy, iż powyższe terminy odnoszą się do pierwszej (podstawowej) czynności wykonawcy oraz do czynności ostatniej końcowej. Nie sposób zatem uznać aby ustalenie tych terminów w zaproponowanym kształcie mogło doprowadzić do niemożności realizacji prac w terminach generalnie dla nich zakreślonych przez Zamawiającego. Pierwotny termin odnosi się do akceptacji pakietu dokumentów (w tym harmonogramów), które będą przedłożone przez wykonawcę. Zauważyć należy, że wykonawca będzie miał czas na przygotowanie Programu nie tylko w okresie 14 dni

od dnia podpisania Umowy, ale jeszcze wcześniej w okresie pomiędzy wyborem oferty a samym podpisaniem umowy. Jednocześnie ostatni etap dotyczący odbioru robót odnosi się do zakresów prac wykonanych przez wykonawcę, a umożliwiających zgłoszenie ich zakończenia na potrzeby uzyskania pierwszego (częściowego) pozwolenia na użytkowanie (doprowadzenie do pozwolenia na użytkowanie). W konsekwencji powyższego Zamawiający i Inżynier Kontraktu powinni mieć czas wystarczający na zapoznanie się z dokumentami nad którymi wykonawca pracował przez 12 miesięcy realizacji kontraktu.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, iż nieuprawnionym jest twierdzenie, że zaprezentowany przez niego kontrakt rodzi szereg wymogów natury wieloetapowych i czasochłonnych procedur kontraktowych. Wręcz przeciwnie – stosowane w branży budowlanej profesjonalne i ustandaryzowane rozwiązania kontraktowe (FIDIC) nie powinny podmiotowi profesjonalnemu nastręczać jakichkolwiek trudności.

**[Kwestia braku ustanowienia przez Zamawiającego dojazdu do placu budowy].** Odnosząc się do kwestii dojazdu do placu budowy Strabag dokonał nadinterpretacji stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający zaprzecza jakoby do placu budowy dojazd nie został zapewniony. Zamawiający nigdy nie udzielał informacji jakoby teren inwestycji nie miał zapewnionego dojazdu drogowego. Natomiast Zamawiający wyjaśnia, iż istniejąca droga dojazdowa odpowiada pasowi o szerokości 3m i jest utwardzona nawierzchnią z płyt betonowych. W konsekwencji powyższego Zamawiający postawił wszystkim wykonawcom warunek w zakresie konieczności wykonania i rozbiórki nawierzchni dróg tymczasowych (jeżeli ich wykonanie będzie niezbędne z perspektywy realizacji kontraktu). Zamawiający podkreśla, iż przedmiotowy wymóg postawiony wykonawcom jest standardowym w odniesieniu do wszelkich inwestycji obejmujących roboty budowlane.

Podsumowując, twierdzenia Odwołującego sprowadzające się do konieczności wydłużenia terminu wykonania prac ze względu na wymogi wynikające z OPZ czy narzuconych warunków kontraktowych są one gołosłowne i nieoparte jakimikolwiek dowodami. Strabag z samego faktu odwołania się do postanowień OPZ czy z błędnej interpretacji odpowiedzi Zamawiającego, nie może wywodzić, iż powyższe udowadnia niemożliwość wykonania umowy w określonym terminie. Podkreślić należy, że w zakresie ww. okoliczności i twierdzeń Odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, pomimo ciężącego na nim ciężaru dowodowego.

### **C. ZAKRES PRAC, HARMONOGRAM, PRZYJĘTE CZASOOKRESY**

W odniesieniu do grupy argumentów opierającej się na kwestionowaniu zaprezentowanych przez Zamawiającego czasookresów dla technologicznych aspektów wykonywanych prac, Zamawiający w pierwszej kolejności podkreśla, że stosowne stanowisko w tym zakresie i argumentację Odwołujący już prezentował na etapie pierwszego postępowania odwoławczego (KIO 1953/23), w którym KIO uznała, że sam Odwołujący nie wykazał, że wskazany przez niego termin to najkrótszy możliwy termin realizacji zamówienia.

Zamawiający podkreśla, że podmiotem odpowiedzialnym za sprawny przebieg prac objętych kontraktem jest wykonawca. Nie jest rolą Zamawiającego ułożenie i „zaprojektowanie” niejako za wykonawcę planu prac umożliwiającego terminowe zrealizowanie kontraktu. Zamawiający podkreśla, że twierdzenia Strabag oparte są na życzeniowej postawie doprowadzenia do wydłużenia terminu realizacji kontraktu, celem zminimalizowania wysiłku wykonawcy co do konieczności należytego zaplanowania robót i zmobilizowania wymaganej ilości sprzętu oraz osób. Odnosząc się do poszczególnych argumentów Strabag Zamawiający wskazuje co następuje.

**[Dostawy ścianek szczelnych]** W ocenie Odwołującego w odniesieniu do pozycji dostaw ścianek szczelnych (ld. 11, 12, 13) niezbędne jest uwzględnienie takich uwarunkowań technologicznych, które uzależniają możliwość rozpoczęcia niektórych prac od zakończenia poprzednich. Zdaniem Odwołującego „*dostawa prefabrykowanych grodzic będzie trwała dłużej, niż dostawa jednorazowa samych grodzic i ich prefabrykacja na placu budowy*”.

Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedstawił korespondencję mailową oraz oferty pochodzące od tego samego dostawcy (Arcelor Mittal), nieodnoszące się do przedmiotu prac objętych postępowaniem przetargowym w niniejszej sprawie. W ocenie Zamawiającego nie ma jakichkolwiek przeszkód aby w procesie ofertowania uzyskać dostawę od 3 różnych podmiotów (jednocześnie) lub poszukać innych dostawców umożliwiających dostawę w jednoczesnym terminie wszystkich już prefabrykowanych grodzic. Takich dowodów Odwołujący nie przedłożył, ograniczając się do przedłożenia ofert dostaw grodzic na potrzeby realizacji innych kontraktów. Z analizy terminów wskazanych w tychże ofertach wynikają istotnie różne i rozbieżne terminy dostaw, począwszy od najkrótszego (4-5 tygodni – oferta z 22.02.2023 r.) do najdłuższego (8-10/10-12 tygodni - oferta z 14.06.2023 r.). Zatem już samo przedłożenie przez Odwołującego tychże ofert wskazuje, że czas dostawy ulega zmianie w zależności od określonego zapotrzebowania co do danego kontraktu.

Podkreślić należy, że Odwołujący bez jakiegokolwiek uzasadnienia określa terminy dostaw grodzic w sposób nieadekwatny do zakresu prac. W przedłożonym harmonogramie dla kontraktacji dostawy ścianki Strabag przyjmuje 5 tygodni od dnia podpisania umowy pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Tymczasem jest to praktyka niestosowana w realizacji dużych inwestycji i przedsięwzięć, gdzie już na etapie ofertowania posiada się określonego rodzaju oferty od dostawców poszczególnych elementów wraz ze wskazaniem okresów ich dostawy.

**[Kwestia wykonania konstrukcji żelbetowej nabrzeża]** W ocenie Odwołującego w odniesieniu do pozycji wykonania konstrukcji żelbetowej nabrzeża (ld. 37, 39, 41, 43, 66, 68, 70, 72) niezbędne jest uwzględnienie uwarunkowań technologicznych, uzależniających możliwość rozpoczęcia niektórych prac od zakończenia poprzednich. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący zaprezentował harmonogram prac żelbetowych w odniesieniu do typowej sekcji Nabrzeża nr 2. Z przedłożonego harmonogramu zdaniem Odwołującego wynika, że czas niezbędny do wykonania 1 sekcji nabrzeża to 33 dni.

W ww. zakresie po pierwsze podkreślić należy, że prace żelbetowe polegają na ich wykonaniu w odniesieniu do określonej sekcji. Istnieje zatem możliwość techniczna wykonywania prac w odniesieniu do poszczególnych sekcji naprzemiennie (np. najpierw sekcje nieparzyste, a następnie parzyste). Ostatecznie pozwoli to na uniknięcie kolizji i przy zaangażowaniu właściwej ilości sprzętu i brygad pozwoli na bezkolizyjne i ciągłe wykonywanie prac.

Dodatkowo na potrzeby sprawnej realizacji prac wykonawca może:

- przewidzieć wykonywanie prac w systemie zmianowym w trybie 24h/7 dni w tygodniu
- wprowadzić np. 4 niezależne brygady wykonujące roboty przygotowawcze i żelbetowe równolegle na 4 sekcjach dylatacyjnych np. nieparzystych
- przy przyjęciu systemu wykonywania sekcji naprzemiennie (najpierw nieparzystych a następnie parzystych) wykonawca nie będzie zmuszony do wykonywania deskowań bocznych, co oznacza konieczność wykluczenia poz. nr 7 załącznika prezentowanego przez Odwołującego w odniesieniu do sekcji parzystych.

W konsekwencji zastosowanych optymalizacji technologicznych istotnie skróci się czas wykonania jednej sekcji.

**[Kwestia pogrążania ścianek szczelnych]**. Odwołujący przedstawił zestawienie rzeczywistych wydajności pogrążania ścianek szczelnych w odniesieniu do przedsięwzięć, które samodzielnie realizował w przeszłości. Wg oświadczeń Odwołującego tabele zostały wykonane na podstawie wpisów do Dzienników pogrążania ścianek, które są oficjalnym i wymaganym Dziennikiem dokumentującym ten rodzaj prac. Wydajność ta została potwierdzona poprzez zestawienie z nakładami KNR.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący przedstawił jedynie tabele, które odzwierciedlają w istocie stanowisko Odwołującego, a nie dowodzą jego twierdzeń. Stosownym dowodem byłyby dzienniki budowy oraz dzienniki pogrążania ścianek szczelnych w zestawieniu z harmonogramami prac (o ile byłyby one porównywalne z niniejszym przedsięwzięciem). Takich dowodów nie przedłożono.

Co więcej ww. dowody musiałyby zostać zestawione z wymaganiami odnoszącymi się do robót objętych niniejszym Zamówieniem. Zważyć bowiem należy, że z samego faktu, że Odwołujący na innych inwestycjach realizował w określonym czasie prace w zakresie ścianek szczelnych w żadnej mierze nie dowodzi, że tych prac nie można wykonać szybciej w odniesieniu do prac objętych Zamówieniem. Każda inwestycja może zakładać inne terminy realizacji przekładające się na określony harmonogram prac wykonawcy.

**[Kwestia technologicznych uwarunkowań przyjętej kolejności prowadzenia prac]** W ramach złożonego odwołania Strabag odwołuje się do określonych zależności techniczno-technologicznych, które w jego ocenie uniemożliwiają równoległe prowadzenie określonych prac. W tym zakresie Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia w załączniku pn. „Wyjaśnienia techniczno-technologiczne dla robót leżących na ścieżce krytycznej”. W odniesieniu do poszczególnych zaprezentowanych tamże twierdzeń Zamawiający wskazuje co następuje.

### **1. Czas realizacji prac kafarowych realizowanych na wodzie.**

Po pierwsze w ocenie Odwołującego nie jest możliwe wprowadzenie więcej niż 2 zespołów roboczych do wykonywania prac kafarowych z uwagi na zbyt małą ilość przestrzeni do wykonywania innych zakresów robót oraz ilość sprzętu składającego się na 1 zespół kafarowy, którego gabaryty uniemożliwiają posługiwanie się na etapie wykonywania prac więcej niż 1 lub 2 zespołami dedykowanymi do wykonywania prac kafarowych. Zamawiający zaprzecza przedmiotowym twierdzeniom Odwołującego. Nie ma jakichkolwiek przeciwwskazań (w tym technicznych, technologicznych) aby roboty kafarowe mogły być równoległe realizowane na dwóch odcinkach bez żadnych kolizji. Zamawiający wyjaśnia, że możliwym jest zastosowanie następujących rozwiązań:

- wykonywanie prac przez I zestaw w kierunku północnym, a II zestaw w kierunku południowym (co oznacza bezproblemową możliwość umieszczenia przynajmniej 2 zespołów)
- wykorzystanie pontonów ze szcudłami w miejsce dalb roboczych na potrzeby cumowania, co doprowadzi do zaoszczędzenia czasu niezbędnego do zmiany lokalizacji pontonu, na którym znajdują się urządzenia niezbędne do wykonywania prac [Zamawiający wyjaśnia, że cumowanie pontonu z zastosowaniem dalb roboczych wymaga wbicia dalb „cumowniczych”, a następnie zacumowania do nich pontonu, na którym znajdują się urządzenia; w takim przypadku wykonawca musi zarezerwować sobie czas niezbędny na umiejscowienie dalb cumowniczych i zmianę lokalizacji pontonu; z kolei pontony ze szcudłami umożliwiają szybkie rozstawienie i złożenie szcudeł, które na stałe są przytwierdzone do pontonu (są to części ruchome); zastosowanie tych dwóch odmiennych rozwiązań przemawia na korzyść drugiego z nich albowiem w takim przypadku wykonawca zyskuje istotną i dużą oszczędność czasową

związaną z przygotowaniem pontonów do pracy we właściwym miejscu]

– wykonawca po wykonaniu pierwszych odcinków prac kafarowych (np. 30-40 m) ma możliwość wprowadzenia do wnętrza (pomiędzy istniejące nabrzeże i nową

ściankę szczelną) dwóch zestawów montażowych z dwoma żurawiami każdy z nich (1 ponton, na którym zostałyby umieszczone 2 żurawie), z których pierwszy byłby odpowiedzialny za odbiór materiałów, a drugi byłby odpowiedzialny za wykonywanie właściwych robót (umiejscawianie ścianek szczelnych), co pozwoli zwiększyć efektywność czasu pracy (zespoły montażowe nie będą oczekiwały na materiały, a prace będą wykonywane w sposób płynny (brak tzw. pustych przebiegów).

W odniesieniu do prac kafarowych Strabag podnosi także, że nie będzie mógł wprowadzić większej liczby jednostek przeznaczonych do prac z uwagi na ograniczone możliwości postojowe i przeładunkowe. Zdaniem Odwołującego ograniczają się one jedynie do istniejącego nabrzeża przeznaczonego do zabudowy jako Nabrzeża nr 3 realizowanej inwestycji. Ponadto Strabag twierdzi, że okolicznością wpływającą na możliwość zwiększenia ilości sprzętu pływającego jest bliskość terenu realizacji z czynnymi nabrzeżami przeładunkowymi oraz odbywającym się przy nich ruchem jednostek pływających na akwenu wodnym, na co dodatkowo nakładają się ograniczenia wynikające z funkcjonujących Przepisów Portowych.

Odnosząc się do ww. stanowiska Zamawiający podkreśla, że akwen na którym będą budowane nabrzeża mieści się poza torem wodnym w cieśninie Świny, a jedyne punkty styku z czynnymi nabrzeżami to miejsca obrotnicy do Basenu Atlantyckiego. De facto zatem miejsce prowadzenia robót jest co do zasady martwym, wykorzystywanym sporadycznie przez pchacze lub barki.

Zamawiający podkreśla, iż z samego OPZ wynika, że teren planowanej inwestycji nie jest wykorzystywany do jakiegokolwiek działalności (pkt 3, str. 8 OPZ). Miejsce realizacji robót wykonawcy będzie prowadzone na bocznym kanale, a nie na torze wodnym z którego korzystają podmioty prowadzące działalność na terenie Portu w Świnoujściu (terminal promowy, terminal Euro Terminal Real Estate sp. z o.o.).

## **2. Realizacja konstrukcji nadbudowy nabrzeża.**

W odniesieniu do realizacji konstrukcji nadbudowy nabrzeża Odwołujący opiera swoje twierdzenia na zestawieniu zawierającym szczegółowe rozbieżności czynności związanych z realizacją prac związanych z konstrukcją żelbetową nabrzeża. Zdaniem Strabag przedłożony dokument potwierdza brak możliwości wykonania Inwestycji w wyznaczonym przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym czasie, a powyższe z uwagi na konieczność zastosowania przerw technologicznych związanych z wiązaniem betonu oraz dokonania prób nośności elementów nośnych konstrukcji (układu palowego).

Przedmiotowe argumenty Odwołującego są nietrafione, a sporządzony przez Strabag harmonogram świadczy o nieuwzględnieniu rozwiązań optymalizujących realizację inwestycji w ujęciu zarówno czasowym jak i finansowym.

Zamawiający podkreśla, że z uwagi na specyfikę zamówienia i termin realizacji wykonawca może przewidzieć zmianowy system wykonywania prac w trybie 24h/7 dni w tygodniu. Wprowadzenie przez wykonawcę 4 niezależnych brygad wykonujących roboty przygotowawcze i żelbetowe równoległe na 4 sekcjach dylatacyjnych (np. nieparzystych) realnie skróci czas realizacji tych prac proporcjonalnie.

W konsekwencji harmonogram zaprezentowany przez Odwołującego w odniesieniu do prac żelbetowych nie uwzględnia niezbędnego zaangażowania sił i środków. Przedłożony przez Strabag harmonogram nie uwzględnia podstawowych warunków umożliwiających optymalizację czasową. Tego typu rozwiązań powinno się oczekiwać od wykonawców dysponujących dużym doświadczeniem.

Ostatecznie zatem jeszcze raz należy podkreślić, że Odwołujący nie udowodnił braku możliwości realizacji kontraktu w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Twierdzenia Strabag nie zostały poparte dowodami świadczącymi o niemożności realizacji zamówienia w terminie, nie udowadniają one że wykonanie zamówienia w terminie nie jest możliwe. Odwołujący jedynie z uwagi na swój komfort w realizacji zadania chce doprowadzić do wydłużenia terminu, abstrahując zupełnie od możliwości zaangażowania takich sił i środków które z pełną swobodą (nieuzasadnioną zakresem zamówienia) umożliwią wywiązanie się przez wykonawców z określonego terminu realizacji zamówienia.

**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, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, 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 szkody w wyniku

kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwoływającego wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie:

1. dowody Odwoływającego przedłożone wraz z odwołaniem oraz na rozprawie
2. pismo Zamawiającego z 23 sierpnia 2023 wraz z załącznikami.

**Izba ustaliła, że:**

Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej”, nr referencyjny: OZ-092/3/IPU-7/2023.

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

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 lipca 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1953/23 oraz KIO 1998/23 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia (Seksja II pkt II.2.7), SWZ (pkt 2.1) i wzorze umowy (Akt Umowy - Część I pkt 5, część V - Harmonogram Realizacji robót) planowanego terminu zakończenia robót liczbą miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający 31 lipca 2023r. zmienił pierwotny termin zakończenia robót określając termin liczbą miesięcy tj. 12 miesięcy od Daty rozpoczęcia – Odcinek I, 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – Odcinek II. W ocenie Odwoływającego ww. termin jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została przesłanka odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. W postępowaniu odwoławczym w sprawach połączonych KIO 1953/23 i 1998/23 Odwoływający kwestionował termin oznaczony datą dzienną. Izba uznała zarzuty za zasadne ale odnosząc się wyłącznie do daty dziennej wskazanej przez Zamawiającego. W uzasadnieniu Izba wskazała z jakich powodów uznała, że wnioski Odwoływających w zakresie terminów nie zostały uwzględnione. Warto przypomnieć, że Izba nie jest związana żądaniem odwołania i może orzec inaczej, niż wnosił odwoływający. I to też miało miejsce w sprawie KIO 1953/23 i 1998/23.

Izba nakazała Zamawiającemu oszacowanie i określenie terminu zakończenia umowy liczbą miesięcy. Izba nie miała wpływu na to jaki termin wskaże Zamawiający dlatego też w uzasadnieniu dodatkowo wskazano, że oszacowany termin może podlegać dalszym zarzutom ze strony wykonawców.

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie.

Pozbawiony słuszności był zarzut naruszenia art. 434, art. 436 pkt 1) ustawy Pzp. Odwoływający nie uzasadnił na czym miałyby polegać naruszenia ww. przepisów. Biorąc pod uwagę ich treść, nie mają one zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 353<sup>1</sup> KC, argumentacja Odwoływającego w zasadzie sprowadzała się do przytoczenia tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyroku Sądu Najwyższego. Taki sposób uzasadnienia zarzutu jest niewystarczający do jego rozpoznania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp, Odwoływający nie uzasadnił na czym miałyby polegać naruszenia ww. przepisu.

Powyższe dotyczy również naruszenia art. 58 KC.

Skład orzekający Izby nie może domyślać się intencji Odwoływającego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez Odwoływającego przepisów. Tak sformułowany zarzut przez Odwoływającego uniemożliwia jego rozpoznanie przez Izbę.

Głównym zarzutem Odwoływającego jest naruszenia art. 387 KC bowiem termin ustalony przez Zamawiającego na realizację Odcinka I i Odcinka II jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania.

Odwoływający w uzasadnieniu odwołania wskazuje: *W sytuacji gdy żaden z wykonawców nie jest w stanie zrealizować zamówienia w pierwotnie wyznaczonym czasie, to umowa o takie świadczenie będzie z mocy prawa nieważna.* Na potwierdzenie powyższego przytacza tezę wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie I Wydział Cywilny z dnia 27 września 2016r. w sprawie I ACa 457/16 oraz z dnia 15 marca 2018r. w sprawie I ACa 1115/17. I w zasadzie Odwoływający na tym kończy swoją argumentację. Izby zgadza się z Odwoływającym, że niemożliwość świadczenia z art. 387 KC 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 Odwoływający, ale także każda osoba trzecia, a więc świadczenie to jest rzeczywiście niewykonalne. Odwoływający jednak nawet nie próbował wykazać, że żaden z podmiotów specjalizujących się w tego typu robotach budowlanych nie może wykonać zamówienia w terminach

określonych przez Zamawiającego.

Izba rozumie argumentację Odwołującego wskazaną w treści uzasadnienia odwołania, mianowicie: *Odwołujący mając utrudnioną inicjatywę dowodową, głównie dlatego iż nie ma dwóch identycznych postępowań a jest wiele uwarunkowań i zmiennych indywidualnych do każdego zamówienia, musiał w dużej mierze bazować na swoich dotychczasowych doświadczeniach*, 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 terminów według własnego doświadczenia i posiadanych zasobów, ponieważ jest to zwykłą polemiką z Zamawiającym nie mogącą odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania.

Twierdzenia Odwołującego, że termin 24 miesięcy jest terminem najkrótszym do zrealizowania zamówienia nie zasługują na aprobatę. Odwołujący powołuje się na nieaktualną decyzję środowiskową, w swoim harmonogramie przyjął założenia na które nie przedłożył dowodów, a w trakcie rozprawy zmieniał swoje oświadczenie co do terminów. W ocenie Izby niewystarczające jest uśrednienie terminu. Odwołujący zobowiązany był udowodnić, że terminy przyjęte przez Zamawiającego są nierealne, z kolei termin wskazany przez Odwołującego jest terminem najkrótszym.

Odwołujący tworzył założenia, które nie zostały wprost wyrażone w odwołaniu. Nie wiadomo iloma zespołami Odwołujący dysponuje, jakim zapleczem sprzętowym. Nie wiadomo czy przy zwiększeniu zespołów, wprowadzeniu pracy zmianowej termin przez niego wskazany nie mógłby ulec skróceniu. Przy czym na rozprawie Odwołujący wskazał, że w niektórych zakresach byłaby możliwość pracy zmianowej i być może udało się skrócić termin realizacji robót.

Odwołujący powołuje się na współpracę z dostawcami przy czym nawet nie próbuje udowodnić, że żaden z producentów, czy też innych podmiotów nie ma możliwości zrealizowania dostawy ścianki w krótszych terminach. Z dowodów przedłożonych wraz z odwołaniem nie wynika termin dostawy założony przez Odwołującego w harmonogramie. Na większość pytań Składu orzekającego, Odwołujący odpowiadał, że terminy przez niego wskazane wynikają z jego doświadczenia a założenia opiera na tym czym realnie dysponuje.

Odwołujący podczas rozprawy wskazał, że terminy określone przez Zamawiającego mocno ograniczają konkurencję. Takiego zarzutu jednak Odwołujący nie postawił, a jak wiadomo Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika jedynie, że Odwołujący i Zamawiający przyjęli różne założenia co do wskazanych przez siebie terminów. Jednakże to Odwołujący powinien w ramach przedstawianej argumentacji oraz dowodów na jej poparcie przekonać Izbę, że terminy wskazane przez Zamawiającego są nierealne i ograniczają konkurencję.

W ocenie Izby, Odwołujący nie przedłożył dostatecznych dowodów, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że wskazane w odwołaniu terminy należy uznać za prawidłowe. Z oświadczeń składanych przez Odwołującego podczas rozprawy wynika, że terminy realizacji Odcinka I i Odcinka II mogą być krótsze niż 24 miesiące. O ile - tego Odwołujący nie wie. Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie uniósł ciężaru dowodowego w niniejszej sprawie. W konsekwencji Izba nie ma podstaw do nakazania Zamawiającemu zmiany terminu realizacji Odcinka I i Odcinka II.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

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

Przewodnicząca: .....