

Sygn. akt KIO 1953/23

Sygn. akt KIO 1998/23

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska**

**Protokolantka: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 20 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 lipca 2023 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – KIO 1953/23

B. w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **PORR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – KIO 1998/23

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie**

przy udziale

A. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – KIO 1953/23

B. wykonawcy **FABE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – KIO 1998/23

C. wykonawcy **NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – KIO 1998/23

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 i nr 3 w petitum odwołania – KIO 1953/23

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1, nr 3 i nr 4 w petitum odwołania – KIO 1998/23

3. W pozostałym zakresie odwołania uwzględnia i nakazuje Zamawiającemu określenie w treści ogłoszenia (Sekcja 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

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez: 1) wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (20 000 PLN) tytułem wpisu od odwołania - KIO 1953/23; 2) wykonawcę **PORR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (20 000 PLN) tytułem wpisu od odwołania – KIO 1998/23

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześć złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 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 1953/23, KIO 1998/23**

**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 publicznych (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.

**KIO 1953/23**

W postępowaniu tym wykonawca **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej: „Odwołujący 1”) 6

lipca 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 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem:

w treści ogłoszenia – pkt. III.1.3 zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe oraz w pkt 3.2. pkt 2 b SWZ:

**dysponuje lub będzie dysponował co najmniej:**

**jedną osobą pełniącą funkcję - Dyrektora Projektu/Kierownika Projektu**

wymagane kwalifikacje: wykształcenie wyższe. wymagane doświadczenie zawodowe: co najmniej 5 letnie doświadczenie w zarządzaniu budowlami na stanowiskach Kierownik/Dyrektor projektu, Zastępca Kierownika/Dyrektora projektu, Kierownik zespołu, Zastępca Kierownika zespołu, w tym co najmniej na jednym prawidłowo zrealizowanym (zakończonym) projekcie o wartości co najmniej 50 mln zł brutto realizowanym wg warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych (za równoważne Zamawiający uzna warunki kontraktowe powstałe poprzez dostosowanie warunków kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej lub inne uznane międzynarodowe standardy kontraktowe dotyczące prowadzenia procesów inwestycyjnych). Zamawiający uzna za spełnienie powyższego warunku wskazanie osoby, która legitymuje się udziałem w budowie, dla której zostało wystawione Świadcstwo Przejścia Robót.

**jedną osobą pełniącą funkcję - Kierownika Budowy**

Wymagane kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub robotami w specjalności hydrotechnicznej bez ograniczeń, (jak wymaga ustawa z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane Dz.U. 2023 poz. 682 z późn. zm.) lub równoznaczne kwalifikacje, obowiązujące w krajach Wspólnoty Europejskiej.

Wymagane doświadczenie zawodowe: minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik budowy na co najmniej jednej budowie nowego nabrzeża lub pirsu o głębokości technicznej min 8 m. i o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

2.art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie 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:

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.

3.art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez przewidzenie we wzorze umowy możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W pkt 13.1 wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienie zgodnie z którym: „Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót” jednocześnie nie wskazując o jaką wartość istnieje możliwość ograniczenia zakresu ani sposobu, w jaki do takiego ograniczenia może dojść.

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy odpowiednio do sformułowanych zarzutów.

Odwołujący 1 w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień SWZ i umowy, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez podanie brzmienia konkretnych zapisów:

1.W zakresie warunków udziału w Postępowaniu

Zmianę odpowiednio ogłoszenia i SWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w Postępowaniu: dysponuje lub będzie dysponował co najmniej:

jedną osobą pełniącą funkcję - Dyrektora Projektu/Kierownika Projektu **Przedstawiciela Wykonawcy** wymagane kwalifikacje: wykształcenie wyższe.

wymagane doświadczenie zawodowe: co najmniej 5 letnie doświadczenie w zarządzaniu budowami na stanowiskach Kierownik/Dyrektor projektu, Zastępca Kierownika/Dyrektora projektu, Kierownik zespołu, Zastępca Kierownika zespołu, **Przedstawiciela Wykonawcy lub innym porównywalnym stanowisku związanym z zarządzaniem kontraktem/inwestycją w imieniu Wykonawcy**, w tym co najmniej na jednym prawidłowo zrealizowanym (zakończonym) projekcie o wartości co najmniej 50 mln zł brutto realizowanym wg warunków kontraktowych FIDIC lub równoważnych (za równoważne Zamawiający uzna warunki kontraktowe powstałe poprzez dostosowanie warunków kontraktowych FIDIC do prawa lokalnego krajów Unii Europejskiej lub inne uznane międzynarodowe standardy kontraktowe dotyczące prowadzenia procesów inwestycyjnych). Zamawiający uzna za spełnienie powyższego warunku wskazanie osoby, która legitymuje się udziałem w budowie, dla której zostało wystawione Świadectwo Przejęcia Robót.

jedną osobą pełniącą funkcję - Kierownika Budowy

Wymagane kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub robotami w specjalności hydrotechnicznej bez ograniczeń, (jak wymaga ustawa z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane Dz.U. 2023 poz. 682 z późn. zm.) lub równoznaczne kwalifikacje, obowiązujące w krajach Wspólnoty Europejskiej.

Wymagane doświadczenie zawodowe: minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik budowy na co najmniej jednej budowie **robocie polegającej na budowie lub przebudowie nowego nabrzeża lub pirsu o głębokości technicznej min 8 m.** i o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

2.W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia, 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 36 miesięcy** od Daty Rozpoczęcia **31.07.2025 r.**

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:

- **31 grudnia 2024 r. – 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Odcinek I;**
- **31 lipca 2025 r. – 26 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Odcinek II.**

Ogłoszenie o zamówieniu: pkt II.2.7) Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów

Koniec: **31/07/2025 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia**

Akt Umowy Część V

opis	Termin zakończenia liczony w miesiącach od Daty Rozpoczęcia
ODCINEK I - Budowa Nabrzeża nr 1 i 2 wraz z pogłębieniem do 10,5m i pozwoleniem na użytkowanie	36
Kamień Miłowy nr 1: Wykonanie ścianki szczelnej na Nabrzeżu Nr 1	6
Kamień Miłowy nr 2: Wykonanie ściągów i kleszcza na Nabrzeżu nr 1	15
Kamień Miłowy nr 3: Wykonanie konstrukcji żelbetowej Nabrzeża nr 1	26
Kamień Miłowy nr 4: Wykonanie ścianki szczelnej na Nabrzeżu Nr 2	5
Kamień Miłowy nr 5: Wykonanie ściągów i kleszcza na Nabrzeżu nr 2	7
Kamień Miłowy nr 6: Wykonanie pali CFA na Nabrzeżu nr 2	11
Kamień Miłowy nr 7: Wykonanie konstrukcji żelbetowej Nabrzeża nr 2	34
ODCINEK II - Budowa ścianki szczelnej dla Nabrzeża nr 3 wraz z załadowniem, pogłębieniem do 12,5m i pozwoleniem na użytkowanie	26
Kamień Miłowy nr 8: Budowa ścianki szczelnej + zakotwienie dla Nabrzeża nr 3	21

3.Zmianę pkt 13.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (część II)

Poprzez zmianę i doprecyzowanie fragmentu klauzuli:

Zmiany, jak opisano powyżej, mogą być zainicjowane przez Inżyniera w jakimkolwiek momencie przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia dla Robót, albo przez danie polecenia, albo przez wyrażenie życzenia, aby Wykonawca przedłożył propozycję. Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót **do maksymalnej łącznej wysokości 10 % wartości Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej na moment zawarcia umowy.**

A także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych postanowień umowy które wprost odnoszą się do

zaskarżonej materii w sytuacji gdy powielają skarżoną materię lub wprost referują do takiej materii.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

### **I. Warunki udziału w postępowaniu**

Zamawiający z jednej strony w ramach warunku zdolności technicznych i zawodowych (doświadczenia) tj. pkt 3.2 ppkt 2a SWZ przewidział, że wykonawca ma się wykazać doświadczeniem w wykonaniu: co najmniej dwie budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane Dz.U. 2023 poz. 682 z późn. zm.) konstrukcji hydrotechnicznych nabrzeży o długości co najmniej 100 m i głębokości technicznej co najmniej 8 m każda.

Podczas gdy warunek 3.2 pkt 2 a SWZ dotyczący osób skierowanych do realizacji zamówienia tj. kierownika budowy ogranicza już do tego aby wykazał się doświadczeniem w budowie i to nowego nabrzeża lub pirsu tj:

Wymagane doświadczenie zawodowe: minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik budowy na co najmniej jednej budowie nowego nabrzeża lub pirsu o głębokości technicznej min 8 m. i o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

Warunek taki jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który polega na przebudowie i rozbudowie istniejących obiektów budowlanych. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zgodnie z OPZ przebudowa i rozbudowa istniejących obiektów budowlanych - Nabrzeży nr 1 i nr 2. W celu zwiększenia obszaru manewrowego za nabrzeżami planuje się wyjście z linią cumowniczą nabrzeży na odległość ~25 m na akwen Świny, równoległe do krawędzi istniejących nabrzeży nr 1 i 2. Planuje się również budowę nowego Nabrzeża nr 3 (etap I – obudowa brzegu w postaci zakotwionej ścianki szczelnej) w linii Nabrzeża nr 2 i powiększenie terenu zaplecza portu. Tym samym zawężanie doświadczenia kierownika budowy do budowy jest nieproporcjonalne do przedmiotu niniejszego zamówienia.

Zamawiający niekonsekwentnie w zakresie posiadanego doświadczenia Wykonawcy dopuszcza budowę lub przebudowę nabrzeży bez wymogu wartości robót, natomiast w wymaganiach dotyczących doświadczenia zawodowego Kierownika budowy zawęża warunek tylko do budowy nowego nabrzeża lub pirsu. Tak postawiony warunek pkt 3.2 ppkt 2 b SWZ znacząco ogranicza konkurencję ponieważ budowy nowych nabrzeży występują sporadycznie. Ponadto budowa nowego obiektu jest mniej skomplikowana od przebudowy istniejącego, dlatego to ograniczenie jest bezzasadne i narusza przepis art. 112 ust 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim warunek ma wykazywać minimalne poziomy zdolności w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zawężenie warunku jedynie do budowy nowego nabrzeża powoduje że warunek ten nie odpowiada przedmiotowemu zamówieniu, w zakresie w jakim przewiduje on również przebudowę i rozbudowę obiektów. Zawężenie to powoduje też nadmierne ograniczenie konkurencji tylko do tych wykonawców i ich kierowników, którzy wybudowali nowe obiekty, podczas gdy zdecydowana większość nabrzeży w naszym kraju istnieje i jest jedynie modernizowana oraz przebudowywana. Doświadczenie w przebudowie obiektów może w pewnych przypadkach być nawet większe niż w samej budowie obiektu, co oznacza że minimalny poziom zdolności do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia zostanie zachowany nawet przy rozszerzeniu warunku.

Zamawiający nie zdefiniował pojęcia budowy. W SWZ odniósł się jedynie do uprawnień osób w rozumieniu Prawa Budowlanego dlatego najodpowiedniejszym byłoby przyjąć definicje budowy i przebudowy z art. 3 pkt 6), 7), i 7a) Prawa budowlanego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351) (...)

Z powyższych pojęć wynika, że budowa i przebudowa jest osobnym rodzajem roboty budowlanej i nie może być traktowane zamiennie. Tym samym poprzez przyjęcie do warunku udziału pojęcia „budowa” wykonawcy nie mogą powołać się na doświadczenie zdobyte w przebudowie czy innym rodzaju robót jak remont, rozbiórka itd. Wobec powyższego ww. warunek udziału w zakresie kierownika budowy narusza wskazane w petitum przepisy ustawy Pzp.

Podobnie też sformułowany wymóg wykazania się osobą, która pełniła określone z nazwy funkcje na innych kontraktach jest warunkiem nadmiernym i nieproporcjonalnym, w zakresie w jakim bada nazwę stanowiska a nie wiedzę i doświadczenie osób które je pełniły. Co więcej użyte nazwy Kierownik/ Dyrektor projektu są nazwami, które nie występują powszechnie a są dowolnym nazewnictwem w umowach. Zamawiający niekonsekwentnie przewiduje zawarcie umowy na warunkach kontraktowych dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (tzw czerwony FIDIC) a nie posługuje się pojęciami dla niego właściwymi jak Przedstawiciel Wykonawcy (pkt 4.3 czerwonego FIDIC). Tym samym warunek udziału który wymienia konkretne z nazwy stanowiska właściwe dla wybranych umów, nie mające ogólnych ani prawnych definicji narusza przepisy ustawy w ten sposób, że ogranicza konkurencję i dopuszcza do udziału w Postępowaniu tylko takie osoby lub podmioty, jakie nazwy posiadały dane stanowisko bez wnikania, jaki był ich zakres i rola.

### **II. Terminy realizacji**

#### **1) Termin realizacji niezgodny z przepisami ustawy Pzp**

Odwołujący wskazuje, że postanowienia SWZ i wzoru umowy dotyczące terminu realizacji przedmiotu umowy naruszają przepisy ustawy Pzp.

Po pierwsze, planowany termin zakończenia powinien być określony w czasookresach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał

obiektywnej przyczyny, dla której określił w postępowaniu datę dzienną. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno rozpoczynać się z momentem podpisania umowy wtedy kiedy realnie wykonawca ma prawo rozpocząć prace, po drugie powinno kończyć się po upływie określonego czasu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego, uregulowanie terminu realizacji datą dzienną stanowi też próbę przerzucenia odpowiedzialności na Wykonawcę za czasowe wykonanie zamówienia, w warunkach zawinionych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego co stanowi przejaw stosowania klauzuli abuzywnej art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. De facto zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko terminowego i sprawnego przeprowadzenia procedury przetargowej tak, aby przedmiot umowy został zrealizowany do 31 lipca 2025 r. Wykonawca nie odpowiada za czas trwania procedury przetargowej i przykładowo umowa w niniejszym postępowaniu, biorąc pod uwagę standardową długość samego trwania postępowań tego typu, mogłaby być zawarta dopiero w grudniu 2023 roku a w przypadku wniesienia chociażby odwołania na zapisy ogłoszenia czy nawet czynność wyboru procedura może się opóźnić o kolejnych kilka miesięcy lub z innych przyczyn o czas bliżej nieokreślony.

Dalej, termin ustalony przez Zamawiającego jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego czasookresu niezbędnego do wykonania wymaganego zakresu prac. Należy zauważyć, że obecny termin złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu to dzień 01.08.2023r. Procedura wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy to okres badania i oceny ofert, wezwania do złożenia dokumentów, częstokroć wezwania do wyjaśnienia ceny lub treści oferty, okres wyczekiwania na możliwość zawarcia umowy. Sam termin związania ofertą w tym Postępowaniu, który może być wydłużony to 28.11.2023 r.

Odwołujący przedłożył Harmonogram rzeczowy zgodnie z którym założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – przybliżony i w optymistycznym wariantcie ok 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 26 miesięcy dla etapu II i 36 miesięcy dla etapu I.

## **2) Aspekty merytoryczne uwarunkowań realizacji zamówienia**

Zgodnie z rozpisaną procedurą i założeniami Zamawiającego należy przyjąć że podpisanie umowy w przedmiotowym Postępowaniu nastąpi nie wcześniej niż 05.12.2023 roku. Do dalszej analizy Odwołujący przyjął tą datę jako początek wszystkich działań zmierzających do rozpoczęcia realizacji zadania, z zastrzeżeniem że data ta w realiach prowadzonych podobnych postępowań jest mało realna.

Poniższa analiza czasu na realizację dotyczy głównie robót hydrotechnicznych, gdyż zgodnie z założeniami przedstawionymi przez Zamawiającego największe ograniczenia czasowe w realizacji prac zostały nałożone właśnie na tą branżę. Umowa przewiduje szereg ograniczeń czasowych i dotyczących sposobów realizacji zadania, regulując jak i kiedy mogą być prowadzone Prace i dotyczą one robót:

- kafarowych – pogrążanie ścianek szczelnych
- kafarowych – wykonanie pal CFA
- czerpalnych

Zamawiający w załączonej do przetargu dokumentacji wprowadził następujące ograniczenia: A. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

- Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (częściowe) należy uzyskać osobno dla każdego z etapów zadania tj. dla Odcinka I i dla Odcinka II
- 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>
- 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.
- Wykonawca jest zobowiązany realizować równocześnie prace kafarowe, palowe, zbrojarskie oraz betonowanie dla nabrzeży nr 1 i nr 2; minimum 2 zespoły robocze pracujące jednocześnie przy wykonywaniu robót kafarowych i żelbetowych
- Konieczność dwukrotnego przeniesienia zaplecza
- Usuwanie urobku czerpalnego do morza powinno zostać wstrzymane na okres wiosennego tarła ryb (kwiecień, maj)
- Prace budowlane emitujące wysoki poziom hałasu (np. prace związane z wykorzystaniem kafarów i dziobaków) będą prowadzone tylko w porze dziennej (6:00-22:00). Wyjątek mogą stanowić prace wymagające ciągłości procesu.

C.DECYZJA Nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach, która stanowi:

- Prace związane z robotami czerpalnymi i z przebudową nabrzeży (tj. roboty kafarowe zgodnie z informacją w wyjaśnieniu decyzji) wykonać poza okresem migracji ichtiofauny tj. poza okresem wrzesień – listopad
- Wycinkę szuwaru trzcinowego o powierzchni 4300 m<sup>3</sup> przeprowadzić poza okresem lęgowym ptaków (w tym przypadku od 1 marca do 15 października).

Analiza powyższych wymogów wskazuje na konieczność:

- wstrzymania wykonywania odkładu urobku z robót czerpalnych w okresie kwiecień – maj
- wstrzymanie wykonywania robót kafarowych i czerpalnych okresie wrzesień – listopad.

Dodatkowo, Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (tzw. czerwony FIDIC). Warunki tych kontraktów 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.

Również analiza poszczególnych prac, technologii, kolejności i miejsca ich wykonania wskazuje że założenia czasowe Zamawiającego są niewystarczające do realizacji zamówienia i tak:

Analiza czasu – prefabrykacja ścianki:

- 1) Zakładając podpisanie umowy z początkiem grudnia br. należy przyjąć taki sam czas złożenia zamówienia na zakup i dostawę ścianki szczelnej na budowę.
- 2) Realny czas dostawy ścianki na budowę to 8-10 tygodni od złożenia zamówienia
- 3) Dodatkowo na zakres związany z robotami przygotowawczymi do pogrążania ścianki nakłada się konieczność prefabrykacji ścianki – montaż zamków omega – na co realnie należy założyć 85 dni roboczych.
- 4) Tym samym ostatnie elementy ścianki będą gotowe do pogrążania dopiero z początkiem lipca 2024 roku.
- 5) Terminy te stoją w sprzeczności z terminami podanymi przez Zamawiającego na wykonanie prac związanych z pogrążaniem ścianki.

Analiza czasu – pogrążanie ścianki

- 1) Zgodnie z założeniami zamawiającego prace związane z pogrążaniem ścianki należy realizować minimum dwoma zestawami, do dalszej analizy przyjęto więc dwa zestawy do wykonania przedmiotowego zakresu prac.
- 2) Najwcześniejszy realny termin rozpoczęcia prac związanych z pogrążaniem ścianki to marzec 2024 roku po wykonaniu prefabrykacji pierwszych elementów ścianki szczelnej.
- 3) Zakładając pracę na dwa zestawy ścianka zostanie ostatecznie pogrążona w pełnym zakresie objętym projektem z początkiem grudnia 2024 roku.

Analiza czasu – roboty czerpalne

- 1) Rozpoczęcie wykonywania prac czerpalnych musi być poprzedzone zakończeniem wykonywania ścianek szczelnych (łącznie z kotwieniem).
- 2) Pierwszy termin rozpoczęcia prac czerpalnych to sierpień 2024 roku dla nabrzeża nr 1, ale biorąc pod uwagę ograniczenia narzucone wymaganiami Zamawiającego ten zakres prac zostanie zakończony dopiero w lipcu 2025 roku.
- 3) Analogicznie dla pozostałego zakresu prac czerpalnych biorąc pod uwagę pierwszy możliwy termin rozpoczęcia ich wykonywania (oraz ograniczenia narzucone przez Zamawiającego) zakończenia nastąpi w styczniu 2026 roku.

Biorąc wszystkie powyższe czynniki i analizy realny termin zakończenia realizacji robót hydrotechnicznych według zakresu dokumentacji przetargowej z uwzględnieniem wskazanych przez Zamawiającego ograniczeń wynosi nie mniej niż 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia w rozumieniu kontraktu.

### **3) Aspekty prawne nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego**

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.

Odwołujący 1 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 897/15, wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14 oraz wyrok Sądu Najwyższego w sprawach o sygn. akt IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10.

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej poprzez wyznaczenie określonego datą dzienną zbyt krótkiego terminu, który uniemożliwia prawidłowe i zgodne z prawem wykonania zamówienia. W przypadku prac technologicznie złożonych, z uwzględnieniem wyżej wskazanych ograniczeń dochodzi do sytuacji, w której zobowiązanie wykonawcy

staje się świadczeniem niemożliwym do spełnienia w trybie art. 387 § 1KC ( § 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

Również terminy pośrednie wskazane w Harmonogramie są niewystarczające aby wykonać Prace w nich przewidziane bez uchybienia tym terminom. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za terminową realizację zamówienia a poprzez zawarcie umowy z takimi terminami potwierdziły ich prawidłowość, realność oraz zobowiązały się do ukończenia zamówienia w takich terminach (wówczas nie miałyby zastosowania przesłanki zmiany umowy lub powoływania się na zdarzenia nieprzewidziane bowiem wykonawca jako profesjonalista wiedział o nich już w momencie zawierania umowy).

### **III. Brak limitu wyłączeń**

Art. 433 ustawy Pzp w pkt. 4) przewiduje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron. W tym miejscu Odwołujący 1 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r., sygn.. KIO 3233/21 (LEX nr 3353737).

W postanowieniach umowy załączonych do SWZ w niniejszym Postępowaniu Zamawiający poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, że „Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót”. Zamawiający nie wskazał ani zakresu możliwych wyłączeń ani sposobu, w jaki wyłączenia miałyby zostać dokonane (np. aneksem do umowy). Pominął przy tym zupełnie ryczałtowy charakter wynagrodzenia i wszelkie trudności z określeniem „stosownego pomniejszenia”.

Limit możliwości ograniczenia zakresu umowy przez zamawiającego do poziomu 10% wartości umowy brutto jest stosowany w przeprowadzanych obecnie postępowaniach na udzielenie zamówienia publicznego lub niedawno zawartych umowach:

1) przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku w zamówieniu publicznym nr NPR/NS/2022/002 dotyczącym inwestycji pn.: „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk”, gdzie w §16 ust. 1 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił następujący zapis umowy: „...Zamawiający nie może ograniczyć Przedmiotu Umowy o roboty, których łączna wartość będzie większa niż 10% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy”,

2) przez Zamawiającego – Opera Nova w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy w zamówieniu publicznym nr ZP-331-4/2022 pn.: „Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową”, gdzie w Art. 2.8. Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „2.8. Zamawiający ma prawo wyłączenia z zakresu objętego umową niektórych prac przygotowawczych wymienionych w art. 41 ust. 2 PrBud oraz ma prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości robót budowlanych na ilości dostosowane do potrzeb realizacji przedmiotu Umowy lub pominięcia poszczególnych robót budowlanych, opisanych w Dokumentacji projektowej, jeżeli zmiana ta jest konieczna dla realizacji Umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i zmiana nie stanowi istotnego odstępstwa od dostarczonych projektów, a także nie przekracza 10% szacunkowego wynagrodzenia Wykonawcy określonego w pkt. 26.1.1. Umowy.”.

Przepis art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp wymaga wskazania choćby limitu dla takich ograniczeń, stąd Wykonawca, mając na względzie umowę z innych postępowań wskazał, że taki limit wyłączeń mógłby zostać określony na poziomie 10% wartości wynagrodzenia a więc Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej na moment zawarcia Umowy.

W złożonej pismem z 19 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 i 3 w petitum odwołania. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2.

#### W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in:

Zamawiający w dniu 19 lipca 2023 r. dokonał modyfikacji postanowień SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy oraz w zakresie możliwości ograniczenia rzeczowego przedmiotu umowy.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 436 pkt 1) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710), jest on uprawniony do wskazania daty wykonania umowy, gdy jest to uzasadnione obiektywną przyczyną.

Zamawiający wskazał terminy realizacji zamówienia poprzez konkretne daty, z uwagi na konieczność ochrony interesów gospodarczych Zamawiającego i bezpieczeństwa energetycznego Polski. Realizacja przedmiotu umowy w podanych terminach, umożliwia także zadośćuczynienie zobowiązaniom Zamawiającego wynikającym z innych stosunków prawnych i założeń polityki Państwa polskiego.

Uchwalona przez Radę Ministrów „Polityka energetyczna Polski do 2040 r.” przewiduje, że produkcja z morskich farm wiatrowych będzie miała największy udział w produkcji energii elektrycznej wytworzonej z OZE. Ze względu na atuty charakterystyki pracy tej technologii, wdrożenie morskiej energetyki wiatrowej określono projektem strategicznym PEP2040. Inwestycja w budowę terminala instalacyjnego w Porcie Świnoujście jest kluczowa zarówno z punktu widzenia harmonogramu projektu Baltic Power, jak i kolejnych projektów w polskiej części Bałtyku planowanych do 2040 roku przez spółkę ORLEN Neptun.

Powyższe wynika z następujących dokumentów i okoliczności:

1. Umowa dzierżawy z dnia 13.10.2023 r. zawarta pomiędzy Zarządem Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A., a ORLEN Neptun II Sp. z o.o., wraz z aneksem podpisanym dnia 07.04.2023 r. W Załączniku nr 1 pn.: „HARMONOGRAM REALIZACJI PRAC W PRZEDSIĘWZIĘCIU BUDOWY TERMINAŁA INSTALACYJNEGO DLA MEW W PORCIE ŚWINOUJŚCIE”. Określono daty poszczególnych robót, oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie na dzień 31.12.2024 r., z wyjątkiem budowy Nabrzeża nr 1 gdzie określono termin dodatkowy na realizację 3 sekcji od strony północnej do 30.04.2025 r.
2. Wskazana powyżej Umowa dzierżawy, odzwierciedla porozumienia inwestycyjne zawarte pomiędzy Orlen Neptun II Sp. z o.o. (dzierżawca, operator i deweloper Terminala Instalacyjnego w Świnoujściu), Baltic Power Sp. z o.o. (deweloper MFW, Grupa ORLEN), VESTAS (producent turbin), NORTHLAND Power Inc. (uczestnik JV z Baltic Power, poprzez NP BALTIC WIND B.V., deweloper).

Zgodnie z planami inwestycyjnymi, rozpoczęcie procesu inwestycyjnego I etapu budowy morskich farm wiatrowych (dalej też: MFW) przez Baltic Power Sp. z o.o. (Grupa ORLEN), nastąpi od końca 2024 r. a jej oddanie do użytku nastąpi w roku 2026. Tak przewidują też porozumienia m.in. z dostawcami. Terminal Instalacyjny w Świnoujściu jest portem podstawowym. Portem rezerwowym, w przypadku opóźnienia w realizacji terminala instalacyjnego w Świnoujściu, jest port Roenne w Danii. Materializacja tego ryzyka (instalacja polskich morskich farm wiatrowych na Bałtyku) z portu w Danii, ma bardzo głębokie i dalekosiężne konsekwencje dla polskiej gospodarki i interesu narodowego. Uderzyłoby to w gospodarkę narodową i zniweczyłoby starania o tzw. „local content” podczas budowy polskich morskich farm wiatrowych na Bałtyku. Związane jest to również z szeregiem kar umownych i odszkodowań. Przejęcie funkcji terminala instalacyjnego przez port Roenne w Danii, na wiele lat wyłączyłoby polski Terminal Instalacyjny w Świnoujściu z łańcucha dostaw, w tym jego lokalnych kooperantów. Budowa MFW jest procesem wieloletnim i rozpoczęcie ich instalacji z Danii spowodowałoby wieloletnią przerwę w operowaniu Terminala Instalacyjnego w Świnoujściu, co spowodowałoby jego upadłość. Zablokowałoby również na wiele lat rozwój lokalnej gospodarki i podmiotów zorganizowanych wokół terminala instalacyjnego. Wynika to z zasad i warunków umów rezerwacyjnych dla portów. Zatem, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie do końca 2024 roku jest w szeroko pojętym interesie Państwa polskiego. Nie budzi wątpliwości, że wymagana jest tutaj dodatkowa mobilizacja zasobów wykonawcy lub połączenie zasobów wykonawców w konsorcjum, w celu ochrony interesów Polski.

Znaczenie działalności gospodarczej portów morskich, wychodzi daleko poza ich granice. Porty zajmują również ważne miejsce w zintegrowanych morsko-lądowych łańcuchach transportowych i mają też istotny wpływ na niezawodność i efektywność funkcjonowania łańcuchów dostaw, zwłaszcza zaopatrzeniowych, oraz kształtowanie się zapasów. (...) Należy również uwzględnić wpływ portów na sprawność działania międzynarodowych łańcuchów dostaw i ich bezpieczeństwo. Priorytetowe znaczenie zajmuje nie tylko rozpatrywanie portów w aspekcie zapewnienia bezpiecznego funkcjonowania morsko-lądowych łańcuchów transportowych, ale także rola portów w problematyce bezpieczeństwa łańcucha dostaw.

Oznacza to, że porty morskie stają się ważnym, strategicznym elementem zarządzania kryzysowego łańcucha dostaw, jak i elementem jego infrastruktury krytycznej.

Porty morskie, obok np. lotnisk i strategicznych przedsiębiorstw, należałoby więc zakwalifikować jako przynależne obszarowi „ochrony interesu gospodarczego państwa”. Zwłaszcza porty handlowe są obiektami o szczególnym znaczeniu dla systemu makroekonomicznego gospodarki narodowej i charakteryzują się skupieniem infrastruktury o znacznej wartości na stosunkowo niewielkim obszarze.

Realizacja przedmiotowego zadania inwestycyjnego w wyznaczonym terminie ma priorytetowe znaczenie, co Zamawiający uwzględnił również dokonując należytego oszacowania wartości zamówienia.

Nakłady inwestycyjne w energetykę zeroemisyjną zgodnie ze strategią Grupy ORLEN sięgną kwoty 70.000.000.000,00 zł (70 mld zł). Ewentualne koszty dodatkowej mobilizacji zasobów technicznych do realizacji robót budowlanych przy terminalu instalacyjnym są o wiele niższe, niż straty wynikające z zagranicznego łańcucha dostaw uwzględniającego zagraniczne porty i ich zagranicznych kooperantów (o czym szerzej w pkt 3 poniżej).

Przykładowo, można wskazać, że RPGZ XXVIII sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, czyli spółka celowa VESTAS, tj. dostawca turbin dla Baltic Power, aby sprostać ambitnemu harmonogramowi budowy polskich MFW, począwszy od końca 2024 roku, jest w trakcie finalizacji nabycia szczecińskiej fabryki ST3 Offshore. Celem nabycia jest produkcja turbin na potrzeby polskiej morskiej energetyki wiatrowej. Pokazuje to, z jak wielu wzajemnie oddziałujących na siebie elementów, jest ten proces złożony.

Polityka Energetycznej Polski do 2024 roku, wskazuje potencjał i zakłada rozwój morskiej energetyki wiatrowej na obszarze Polskiej Wyłącznej Strefy Ekonomicznej Morza Bałtyckiego o mocy ok. 5,9 GW w 2030 i do ok. 11 GW w roku 2040 roku. W 2040 r. ponad połowę mocy zainstalowanych będą stanowić źródła zeroemisyjne. Szczególną rolę odegra w tym procesie wdrożenie do polskiego systemu elektroenergetycznego morskiej energetyki wiatrowej, której rozwój jest

strategiczną decyzją dotyczącą rozwoju kluczowych kompetencji w tym zakresie w Polsce, pozwalających na rozwój gospodarczy. Polski Terminal Instalacyjny w Świnoujściu jest krytycznym czynnikiem tego procesu.

3. Porozumienie sektorowe na rzecz rozwoju morskiej energetyki wiatrowej w Polsce (*Polish Offshore Wind Sector Deal*) z dnia 15.09.2021 r. zawartego pomiędzy m.in.:

**Przedstawicielami administracji rządowej, reprezentowanej przez:** Ministra Klimatu i Środowiska, Pełnomocnika Rządu do spraw Odnawialnych Źródeł Energii, Ministra Aktywów Państwowych, Ministra Edukacji i Nauki, Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej, Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji;

**Przedstawicielami 34 inwestorów, min.:** Baltic Power Sp. z o.o., ENEA S.A., ENERGA OZE S.A., EQUINOR Polska Sp. z o.o., KGHM Polska Miedź S.A., NORTHLAND Power Inc., ORLEN S.A., ORLEN Neptun Sp. z o.o., ORS Polska of service Sp. z o.o., PGE S.A., POLENERGIA S.A., RWE Renewables Sp. z o.o., TAURON Polska Energia S TOTAL Energies Renewables SAS;

Ponadto, **przedstawicielami 48 podmiotów uczestniczących w łańcuchu dostaw dla morskiej energetyki wiatrowej**, w tym VESTAS WIND SYSTEMS, 5 przedstawicielami organizacji działających na rzecz rozwoju morskiej energetyki wiatrowej, 5 przedstawicielami jednostek finansowych i ubezpieczeniowych, przedstawicielami jednostek samorządu terytorialnego i innych.

Porozumienie to zakłada, a sygnatariusze zobowiązują się do osiągnięcia celów strategicznych, w tym m.in.:

1) Przyłączenia do Krajowego Systemu Elektroenergetycznego, dalej: „KSE”, MFW o mocy zainstalowanej: 5,9 GW do końca 2030 roku i 11 GW do końca 2040 roku;

2) Osiągnięcie „*local content*”, na poziomie:

a) nie niższym niż 20-30 % łącznej wartości w fazie przedrealizacyjnej, instalacyjnej i eksploatacyjnej dla projektów MFW realizowanych w ramach pierwszej, przedaukcyjnej fazy systemu wsparcia.

**(Faza obejmująca projekt Baltic Power Sp. z o.o. i Terminal Instalacyjny w Świnoujściu);**

b) co najmniej 45% łącznej wartości w fazie przedrealizacyjnej, instalacyjnej i eksploatacyjnej dla projektów MFW realizowanych do 2030 roku w ramach drugiej, aukcyjnej fazy systemu wsparcia;

c) co najmniej 50% łącznej wartości w fazie przedrealizacyjnej, instalacyjnej i eksploatacyjnej dla projektów MFW realizowanych po 2030 roku.

3) Osiągnięcie zatrudnienia (bezpośredniego i pośredniego) w sektorze MEW na poziomie nie mniejszym niż:

a) 30 tys. osób do 2030 roku;

b) 60 tys. osób do 2040 roku.

4) Zapewnienie oferty szkoleniowo-edukacyjnej umożliwiającej przygotowanie kadr dla sektora MEW na poziomie nie mniejszym niż:

a) 20 tys. osób do 2030 roku;

b) 40 tys. osób do 2040 roku.

5) Wykorzystanie potencjału polskiego przemysłu stoczniowego do realizacji projektów MFW.

6) Polski przemysł powinien najpóźniej do końca 2024 roku osiągnąć zdolność dostarczania przynajmniej niektórych kluczowych elementów konstrukcyjnych MFW (wieże, konstrukcje wsporcze typu monopali i jacket, sekcje przejściowe) w celu zabezpieczenia co najmniej częściowego udziału w kampanii instalacyjnej do 2030 roku oraz rozwinięcia pełnego potencjału tych dostaw dla kolejnych instalacji do 2040 roku.

7) Docelowy potencjał polskiego rynku MFW powinien zostać wykorzystany do zachęcenia globalnych dostawców technologii do podjęcia przez nich do 2024 roku decyzji o ulokowaniu w Polsce zakładów produkujących główne elementy turbin wiatrowych, takie jak: generatory, łopaty wirnika oraz sekcje wież.

8) Powstanie zaplecza porto-logistycznego w Polsce zwiększy *local content* i umożliwi budowę i obsługę MFW na Bałtyku, a w szczególności w polskiej wyłącznej strefie ekonomicznej.

9) Infrastruktura w polskich portach morskich, wykorzystywanych na potrzeby MFW, będzie spełniała parametry techniczne niezbędne do pełnienia przez nie funkcji tzw. „portu pierwszego wyboru” w całym projekcie budowy i eksploatacji MFW w Polsce. (...), co ma miejsce w przypadku Terminala Instalacyjnego w Świnoujściu.

Działania w zakresie morskiej energetyki wiatrowej są kluczowym elementem bezpieczeństwa energetycznego Polski, w tym niezależnienia się od Rosji. Polski Terminal Instalacyjny MFW w Świnoujściu, oddany do użytku do końca 2024 roku, jest krytycznym czynnikiem tego szerokiego przedsięwzięcia.

4. Wskazana wyżej argumentacja znajduje także potwierdzenie w Postanowieniu Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 05.05.2023 r., znak: DOOŚ-WDŚZ00.420.13.2023.PS.4, utrzymującym w mocy Decyzję c środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia. W akcie tym, Generalny Dyrektor Ochrony Środowiska stwierdza m.in.: „*W porcie w Świnoujściu powstanie pierwszy polski terminal instalacyjny dla morskich farm wiatrowych. Jest to kluczowy element infrastruktury, który przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa*

energetycznego Polski. Planowana budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej wpisuje się zatem niewątpliwie w katalog działań podejmowanych w interesie społecznym. Przedsięwzięcie związane jest z poprawą i zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego państwa. (...) Na połowę 2024 r. została zaplanowana budowa pierwszej morskiej farmy wiatrowej, w związku z czym Inwestorzy zaangażowani w budowę inwestycji zobowiązani są do rygorystycznych ram czasowych, przy zachowaniu wszystkich wymaganych procedur administracyjnych. Każde opóźnienie oddania terminala do eksploatacji będzie generowało wielomiliardowe straty nie tylko dla Inwestorów, ale również dla gospodarki narodowej. (...) W opinii GDOŚ planowane przedsięwzięcie przyczyni się do wytwarzania czystej energii i zastąpienia jej produkcji z elektrowni konwencjonalnych. Wskutek przyspieszenia realizacji inwestycji poprawią się parametry w zakresie ochrony środowiska naturalnego, a tym samym ochrony zdrowia i życia ludzkiego. (...)”.

5. Ponadto, Zamawiający dostosował terminy do warunków przyrodniczych realizacji przedmiotu umowy (np. okresu migracji ichtiofauny, co zostało wskazane w rozdziale I pkt 9 Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach Nr 2/2023, wydanej przez Regionalną Dyрекcję Ochrony Środowiska w Szczecinie, z dnia 20.02.2023 r., znak: WONS.420.35.2022.BO.10 - *Prace związane z robotami czerpalnymi i z przebudową nabrzeży wykonać poza okresem migracji ichtiofauny, tj. poza okresem wrzesień – listopad*”. Dalej, jak wyjaśnia Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Szczecinie w postanowieniu z dnia 24.05.2023 r., znak: WONS-OŚ.420.35.2022.BO.17 – *oznacza to również, że po pogrążeniu ścianek szczelnych (wykonanych poza okresem migracyjnym ichtiofauny) późniejsze wykonywanie prac wewnątrz zamkniętego obszaru (poza korytem rzeki) jest możliwe we wskazanym okresie*”. Zamawiający stosowanie uwzględnił powyższe uwarunkowania w zakładanych terminach i wymaga od wykonawcy odpowiedniego zmobilizowania zasobów w celu ich dochowania, co jest bez wątpienia obiektywną przyczyną.
6. Zamawiający nie pozostawił wątpliwości co do interpretacji konkretnych zdarzeń jakie mają nastąpić w wymaganych terminach, tj. np. uzyskanie przez wykonawcę pozwolenia na użytkowanie, które warunkuje podjęcie legalnej działalności przez Terminal Instalacyjny w Świnoujściu.
7. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający był uprawniony do wskazania skonkretyzowanych dat wykonania umowy.
8. Czas wykonania zamierzenia budowlanego pn. „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej” został określony na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych, Analizy rynku oraz własnego doświadczenia. Zgodnie z przyjętymi założeniami dotyczącymi wydajności sprzętu oraz ilości pracowników czas realizacji nabrzeża nr 1 oraz nabrzeża nr 2 został wyliczony na 12 miesięcy. Zakłada się, że nabrzeże nr 1 i 2 będą wykonywane równolegle.

#### **Nabrzeże nr 1**

Długość nabrzeża – 249,2m

Długość ścianki szczelnej –  $249,2+25=274,2$  m

Łączna długość pali CFA – 4276,1 m

Kubatura zasypów – 65812 m<sup>3</sup>

Ilość sekcji dylatacyjnych – 12 typowych + jedna długości 9,4m

- Czas wykonania ścianki szczelnej –  $274,2m/10m \approx 28$  dni roboczych – na jeden zestaw roboczy plus 5 dni roboczych na złe warunki pogodowe – łączny czas 33 dni roboczych/jeden zestaw roboczy;
- Czas wykonania zakotwienia – 6 dni roboczych/jedną sekcję/jednym zespołem roboczym – do wykonania 13 sekcji;
- Czas wykonania zasypów –  $65812/1800m^3 = 37$  dni;
- Czas wykonania pali CFA –  $4276,1/300m = 15$  dni roboczych/jeden zestaw roboczy;
- Czas wykonania nadbudowy żelbetowej – 17 dni roboczych/jedną sekcję/jeden zespół roboczy;

#### **ŁĄCZNY CZAS WYKONANIA 12 MIESIĘCY.**

#### **Nabrzeże nr 2**

Długość nabrzeża – 245,8m

Długość ścianki szczelnej –  $245,8+27,2=273$  m

Łączna długość pali CFA – 22925,9 m

Kubatura zasypów – 65788 m<sup>3</sup>

Ilość sekcji dylatacyjnych – 13

- Czas wykonania ścianki szczelnej –  $273m/10m \approx 28$  dni roboczych – na jeden zestaw roboczy plus 5 dni roboczych na złe warunki pogodowe – łączny czas 33 dni roboczych / jeden zestaw roboczy;
- Czas wykonania zakotwienia – 2 dni roboczych / jedną sekcję / jednym zespołem roboczym – do wykonania 13 sekcji;
- Czas wykonania zasypów –  $65788/1800m^3 = 37$  dni;
- Czas wykonania pali CFA –  $22925,9/900m = 25$  dni roboczych / trzy zestawy robocze;
- Czas wykonania nadbudowy żelbetowej – 24 dni roboczych / jedną sekcję / jeden zespół roboczy;

#### **ŁĄCZNY CZAS WYKONANIA 12 MIESIĘCY.**

### Nabrzeże nr 3

Długość nabrzeża – 292,1m;

Długość ścianki szczelnej – 690,3 m;

Kubatura zasypów (urobek z robót czerpalnych) –190 630 m<sup>3</sup>;

•Czas wykonania ścianki szczelnej – 690,3m/10m=69 dni roboczych – na jeden zestaw roboczy plus 12 dni roboczych na złe warunki pogodowe – łączny czas 81 dni roboczych / jeden zestaw roboczy

•Czas wykonania zasypów – 190630/2500m<sup>3</sup>=76 dni

### **ŁĄCZNY CZAS WYKONANIA 18 MIESIĘCY**

9. Zamawiający na dowód tego, iż wyznaczony termin realizacji zamówienia jest realny do wykonania przedkłada:

a)wydajności dla wykonania zakotwienia oraz wykonania nadbudowy żelbetowej wyliczone na podstawie przedmiarów wykonanych wg KNR w programie Planista dla Nabrzeża nr 1 oraz Nabrzeża nr 2;

b)harmonogramy dla wykonania zakotwienia dla 1 sekcji dylatacyjnej oraz wykonania nadbudowy żelbetowej dla 1 sekcji dylatacyjnej nabrzeża nr 2.

10.Zamawiający ponadto podkreśla, iż nie ingeruje w technologię prowadzenia robót przez Wykonawcę, to zadaniem Wykonawcy jest dobór technologii, sprzętu i odpowiednich zasobów ludzkich w celu terminowego wykonania zadania.

11.Kontraktowanie głównych materiałów – ścianka szczelna, pale, stal zbrojeniowa odbywa się na etapie składania oferty, są to składowe ceny ofertowej, podobnie jak ewentualni podwykonawcy.

W ocenie Zamawiającego z wyżej przedstawionych założeń brak podstaw do twierdzenia, że termin przez niego ustalony jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania, Zamawiający należycie oszacował czas konieczny na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

### **KIO 1998/23**

W postępowaniu tym wykonawca PORR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(dalej: „Odwołujący 2”) 10 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

[Zarzut nr 1] ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego z uwagi na ograniczenie katalogu inwestycji referencyjnych do jednego typu budowli hydrotechnicznych morskich, tj. nabrzeża;

[Zarzut nr 2] ustalenie terminu zakończenia realizacji zadania inwestycyjnego i Kamieni Milowych za pomocą konkretnych dat kalendarzowych;

[Zarzut nr 3] niepełny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia z uwagi na niezłączenie do dokumentacji postępowania pozwolenia na budowę i pozwoleń wodnoprawnych oraz zastrzeżenie możliwości przekazywania do dnia zawarcia Kontraktu informacji dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy;

[Zarzut nr 4] ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współżycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;

[Zarzut nr 5] prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji, zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie wskazanych niżej przepisów oraz wniósł o:

### **[Zarzut nr 1]**

art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ograniczenie katalogu inwestycji referencyjnych do konstrukcji hydrotechnicznych nabrzeży o długości co najmniej 100 m i głębokości technicznej co najmniej 8 m każda, co stanowi warunek udziału w postępowaniu: (i) nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii) nie wynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany lit. a) w rozdziale III.1.3 ogłoszenia oraz lit. a) w pkt 3.2.2 SWZ w następujący sposób:

„a) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- co najmniej dwie budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo budowlane Dz.U. 2023 poz. 682 z późn. zm.) konstrukcji hydrotechnicznych ~~nabrzeży~~ **morskich stanowiących nabrzeże lub pirs** o długości co najmniej 100 m i głębokości technicznej co najmniej ~~8~~ **7,5 m** każda **lub falochronów pionowościennych z funkcją cumowniczą o długości co najmniej 100 m i głębokości posadowienia lub głębokości technicznej co najmniej 7,5 m**

każdy;”

### [Zarzut nr 2]

- art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji i Kamieni Miłowych za pomocą konkretnych dat kalendarzowych;  
Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt II.2.7 ogłoszenia, pkt 2.1 SWZ, pkt 5 Aktu Umowy, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Załącznika - Część V - Harmonogram Realizacji Robót w poniższy sposób oraz dostosowanie pozostałych terminów realizacyjnych zawartych w dokumentacji przetargowej do tych zmian:

a) Ogłoszenie:

„II.2.7) Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów Koniec: ~~31/07/2025~~ **30 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu**

Niniejsze zamówienie podlega wznowieniu: **nie**”

b) SWZ:

„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:

• ~~31 grudnia 2024 r.~~ – Odcinek I – **22 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu;**

• ~~31 lipca 2025 r.~~ – Odcinek II – **30 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu.**

c) Akt Umowy:

„5. Roboty zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie, to jest od Daty Rozpoczęcia do ~~31.07.2025 r.~~ **30 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu.**”

d) Załącznik – Część V - Harmonogram Realizacji Robót:

Opis	Termin zakończenia liczony w miesiącach od Daty Rozpoczęcia
ODCINEK I - Budowa Nabrzeża nr 1 i 2 wraz z pogłębieniem do 10,5m i pozwoleniem na użytkowanie	<b>22</b>
Kamień Miłowy nr 1: Wykonanie ścianki szczelnej na Nabrzeżu Nr 1	<b>9</b>
Kamień Miłowy nr 2: Wykonanie ściągów i kleszcza na Nabrzeżu nr 1	<b>9</b>
Kamień Miłowy nr 3: Wykonanie konstrukcji żelbetowej Nabrzeża nr 1	<b>17</b>
Kamień Miłowy nr 4: Wykonanie ścianki szczelnej na Nabrzeżu Nr 2	<b>8</b>
Kamień Miłowy nr 5: Wykonanie ściągów i kleszcza na Nabrzeżu nr 2	<b>9</b>
Kamień Miłowy nr 6: Wykonanie pali CFA na Nabrzeżu nr 2	<b>13</b>
Kamień Miłowy nr 7: Wykonanie konstrukcji żelbetowej Nabrzeża nr 2	<b>18</b>
ODCINEK II - Budowa ścianki szczelnej dla Nabrzeża nr 3 wraz z załadowaniem, pogłębieniem do 12,5m i pozwoleniem na użytkowanie	<b>30</b>
Kamień Miłowy nr 8: Budowa ścianki szczelnej + zakotwienie dla Nabrzeża nr 3	<b>28</b>

e) Opis Przedmiotu Zamówienia:

„Roboty czepalne wykonane będą w dwóch fazach:

- faza I do rzędnej -10,5 m – w terminie do 22 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

- faza II do rzędnej -12,5 m – w terminie do 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

### [Zarzut nr 3]

- art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp i art. 433 pkt 3) Pzp - poprzez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty i kalkulację ceny oraz oszacowanie ryzyk realizacyjnych i nieporównywalność składanych ofert, co stanowi naruszenie zasady przejrzystości postępowania i zasady uczciwej konkurencji, z uwagi na:

a) brak w dokumentach postępowania decyzji administracyjnych wyznaczających zakres i warunki realizacji zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. pozwolenia na budowę i pozwolenia wodnoprawnego;

b) zastrzeżenie możliwości przekazywania do dnia zawarcia Kontraktu (a więc po dniu otwarcia ofert) informacji dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- uzupełnienia dokumentacji postępowania o pozwolenie na budowę i pozwolenia wodnoprawne,

a w przypadku braku możliwości wykonania przez Zamawiającego ww. żądania:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, ponieważ brak pozwolenia na

budowę i pozwoleń wodnoprawnych stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ewentualnie:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ i wzoru umowy w sposób opisany w Zarzucie nr 4;

**[Zarzut nr 4]**

- art. 433 pkt 3) i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – poprzez ukształtowanie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równowagi stron wskutek przerzucenia na Wykonawcę ryzyka realizacyjnego wskutek modyfikacji definicji „Daty Odniesienia” zawartej w sub. 1.1.3.1 poprzez przyjęcie, że oznacza ona datę podpisania Aktu Umowy;

Odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia sub. 1.1.3.1:

„Data Odniesienia” **oznacza datę wyznaczoną na złożenie Ofert.”**

art. 433 pkt 3) i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp – poprzez ukształtowanie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równowagi stron wskutek modyfikacji sub. 4.10, w sposób który powoduje przerzucenie na Wykonawcę ryzyka gospodarczego wynikającego z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, które powinno obciążać Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 Pzp.

Odwołujący wnosi o skreślenie sub. 4.10.1 i zastąpienie jej sub. 4.10 w pierwotnym brzmieniu.

- art. 431 Pzp i art. 647 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. i art. 353[1] k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie postawień przyszłej umowy w sposób naruszający zasadę równowagi kontraktowej i zasadę stabilności stosunków cywilnoprawnych, a w szczególności umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez przyznanie Zamawiającemu w sub. 15.2 prawa do odstąpienia od umowy w terminie od Daty Rozpoczęcia do 365 dni od upływu Czasu na Ukończenie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu nadania następujące brzmienia zdania pierwszego w sub. 15.2 Warunków Szczególnych:

„Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od Kontraktu poprzez złożenia oświadczenia o odstąpieniu w terminie 60 dni od ziszczenia się opisanych poniżej przesłanek odstąpienia:”

**[Zarzut nr 5]**

art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ukształtowanie postanowień przyszłej umowy z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 2 wskazał:

**[Zarzut nr 1; Inwestycje referencyjne]**

Zamawiający w pkt 3.2 ppkt 2) lit. a) SWZ oraz w pkt III.1.3 lit. a) ogłoszenia, ustalił warunek udziału w niniejszym postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie inwestycji referencyjnych w sposób nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie jest on również uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. (...)

Zamawiający wymaga wykazania doświadczenia przy realizacji inwestycji dokładnie takich samych jak przedmiot niniejszego zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt 1.1. SWZ, przedmiotem zamówienia jest *rozbudowa istniejących Nabrzeży nr 1 i nr 2 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna -10,5 m) - Odcinek I oraz budowa ścianki szczelnej wraz z zakotwieniem dla przyszłego Nabrzeża nr 3 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna - 12,5 m) i załadowniem części akwenu pomiędzy ścianką szczelną a istniejącym nabrzeżem nr 3 – Odcinek II [...] zgodnie z przekazaną dokumentacją projektową”*.

Zdaniem Odwołującego 2 obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest postawienie minimalnych (z uwzględnieniem sytuacji rynkowej) warunków dotyczących doświadczenia, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy, które jednocześnie umożliwią realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (wyrok KIO z dnia 20.01.2017r., sygn. akt: KIO 8/17).

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że przepisy ustawy nie wymagają, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. W tym miejscu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2018r. w sprawie o sygn. akt: KIO 82/18.

Zamawiający przeniósł wprost element opisu przedmiotu zamówienia do opisu warunków udziału w postępowaniu dotyczącego inwestycji referencyjnej (rodzaj morskiej budowli hydrotechnicznej). Odwołujący 2 wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1431/15.

Odwołujący 2 przywołał §2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U.1998.101.645 ze zm.), morskie budowle hydrotechniczne to budowle nawodne lub podwodne, wznoszone:

a) na morzu terytorialnym,

- b) na morskich wodach wewnętrznych,
- c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego,
- d) w portach i przystaniach morskich,

które wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełniania przeznaczonej mu funkcji stanowią całość techniczno-użytkową.

W ramach tych budowli w myśl § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia wyróżnia się podkategorię budowli portowych, tj. budowli usytuowanych na obszarze portów morskich, w szczególności są to falochrony, łamacze fal, nabrzeża przeładunkowe i postojowe, wysepki, pochłaniacze fal, bulwary spacerowe.

Umieszczenia ww. budowli w jednej podgrupie budowli portowych świadczy o tym, że są one zbliżone pod względem warunków realizacji oraz wymagań technicznych i materiałowych. Muszą bowiem uwzględniać w jednakowym stopniu gabaryty jednostek pełnomorskich (co przekłada się na wymiary i przekroje poprzeczne tych budowli) oraz dynamiczne i chemiczne bezpośrednie oddziaływanie wody morskiej.

W związku z tym wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji podobnych rodzajowo morskich budowli hydrotechnicznych jest w stanie w sposób prawidłowy i terminowy wykonać inną budowlę należącą do tej samej kategorii. (...)

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że profesjonalni Zamawiający (podmioty administrujące budowlami morskimi, tj. zarządy portów, urzędy morskie) w trakcie postępowań przetargowych z zakresu robót hydrotechnicznych traktują jako równoważne doświadczenie zdobyte podczas realizacji nadbrzeży, falochronów oraz pirsów i dopuszczają możliwość wymiennego legitymowania się doświadczeniem zdobytym przy realizacji tych budowli. Na potwierdzenie Odwołujący 2 przedłożył zestawienie przetargów. (...)

Zdaniem Odwołującego 2 warunki wykonywania falochronów (robót budowlanych) są nie mniej skomplikowane, a częściowo trudniejsze niż przy budowie nabrzeży (tj. bez dostępu z lądu lub ze znacznie ograniczonym dostępem, konieczność wykonywania wszystkich prac przy użyciu sprzętu pływającego, wykonywanie wszystkich prac w warunkach hydrologicznych otwartego morza (brak osłony przed falowaniem), ograniczenia nawigacyjne). (...)

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że Zamawiający jest zobowiązany do zachowania niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 5.03.2021r.; sygn. akt: KIO 418/21).

W tym miejscu przywołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2016r. w sprawie o sygn. akt: KIO 995/16 oraz z dnia 14 lipca 2015r. w sprawie o sygn. akt KIO 1393/15.

#### **[Zarzut nr 2; Terminy realizacji inwestycji]**

Zgodnie z pkt II.2.7 ogłoszenia, pkt 2.1 SW, pkt 5 Aktu Umowy, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz postanowieniami Załącznika – Część V - Harmonogram Realizacji Robót, Zamawiający wymaga wykonania – Odcinka I do dnia 31 grudnia 2024 r. oraz – Odcinka II do dnia 31 lipca 2025 r. Ponadto w Załączniku – Część V - -Harmonogram Realizacji Robót za pomocą dat dziennych określono termin wykonania poszczególnych Kamieni Milowych.

Terminy wykonania zadania inwestycyjnego zostały zatem ustalone za pomocą konkretnych dat kalendarzowych.

Odwołujący 2 wskazał, iż zgodnie z art. 436 Pzp, planowany termin zakończenia robót budowlanych powinien zostać ustalony w umowie w sprawie zamówienia publicznego w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. „*Taki sposób oznaczenia terminu wykonania przedmiotu umowy powoduje, iż wykonawcy nie obciążają negatywne skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak ma to miejsce w przypadku oznaczenia terminu datą dzienną, gdyż termin rozpoczyna swój bieg dopiero od zdarzenia następującego po rozstrzygnięciu postępowania*” (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2021).

Powyższy przepis wyjątkowo dopuszcza wskazanie konkretnej daty wykonania umowy, jeżeli jest to uzasadnione obiektywną przyczyną, np. ramami czasowymi wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu.

W tym miejscu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023r. w sprawie o sygn. akt KIO 836/23.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby ustalenie terminu wykonania zamówienia za pomocą dat dziennych.

W pkt 1.1 SWZ znajduje się jedynie informacja, że Zamawiający ubiega się o dofinansowanie inwestycji ze środków instrumentu „Łącząc Europę” (Connecting Europe Facility, CEF) CEF 2 Transport - Projects on the Core Network - Cohesion envelope. CEF-T-2022-CORECOEN-MARP-WORKS: Maritime ports – studies, works or mixed.

Z powyższych informacji wynika zatem, że Zamawiający w dacie wszczęcia postępowania nie pozyskał jeszcze ww. środków oraz nie zostały ustalone przez instytucję finansującą zasady i terminy ich wydatkowania. W ocenie Odwołującego 2 w niniejszym postępowaniu nie zachodzi zatem obiektywna przyczyna uzasadniająca ustalenie dziennych dat wykonania inwestycji i jej poszczególnych części (Odcinków i Kamieni Milowych).

Z tego względu ustalone przez Zamawiającego terminy pośrednie (Kamienie Milowe) oraz termin wykonania całej inwestycji stanowi pewien prognozowany cel Zamawiającego. Nie mają one jednak umocowania w dokumentach, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek rozliczenia tej inwestycji w nieprzekraczalnym terminie. Natomiast obiektywna przyczyna terminów realizacji zamówienia publicznego musi istnieć już w momencie ogłoszenia o zamówieniu (por. wyrok KIO z dnia 17.04.2023r.; sygn. akt: KIO 836/23).

Jednocześnie analiza terminów ustalonych przez Zamawiającego wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie inwestycji nawet w terminie pierwotnie założonym przez Zamawiającego.

Zamawiający ustalił bowiem termin składania ofert na dzień 1.08.2023r., a termin związania ofertą na dzień 28.11.2023r. W związku z tym przy założeniu, że umowa w sprawie realizacji niniejszego zamówienia zostanie zawarta w ostatnim dniu terminu związania ofertą (tj. w dniu 28.11.2023r.), na realizację robót budowlanych i uzyskanie wymaganych pozwoleń na użytkowanie pozostanie w przypadku Odcinka I – 13 miesięcy oraz Odcinka II – 20 miesięcy. Termin ten jest zbyt krótki na rozbudowę nabrzeży o łącznej długości 788,1 m i głębokości technicznej -12,5 m wraz uzyskaniem pozwoleń na użytkowanie. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedłożył Harmonogram rzeczowy zgodnie z którego wynika, że założony przez Zamawiającego termin jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Według Odwołującego termin wykonania Odcinka I wynosi 22 miesiące od momentu podpisania Kontraktu oraz dla wykonania Odcinka II - 30 miesięcy od momentu podpisania umowy.

Dodatkowo każde wydłużenie procedury udzielenia zamówienia (np. skutek wnoszenia środków ochrony prawnej) skraca ten termin.

Zgodnie z rozpisaną procedurą podpisanie umowy nastąpi może nastąpić dopiero 28.11.2023 roku (wyliczone jako pierwotnie wyznaczony dzień składania ofert powiększony o wymagany przez Zamawiającego okres związania z ofertą). (...)

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że z uwagi na skalę i stopień skomplikowania inwestycji hydrotechnicznych, okres postępowania przetargowego wyniesie 3 - 4 miesiące, na co wpływ będzie miało wiele aspektów związanych z: ilością wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, tempo i jakość udzielanych wyjaśnień, zmian SWZ niezbędnych do uwzględnienia w kalkulacjach ofertowych, względnie zmiany SWZ oraz procesy odwoławcze.

Odwołujący wskazał przykładowe okresy innych postępowań przetargowych. (...)

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący opracował Harmonogram Bazowy, dla którego datą rozpoczęcia kontraktu jest data przypadająca na koniec terminu związania ofertą oraz dwa Harmonogramy różnicowe pokazujące w jaki sposób zmieniają się terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych i zakończenia kontraktu na skutek urealnienia terminów/okresów poprzedzających datę podpisania umowy.

Harmonogram różnicowy nr 1 zakłada podpisanie umowy w dacie terminu związania z ofertą, urealniono w nim czasookresy realizacji poszczególnych czynności związanych z realizacją całego zadania w tym realizacji poszczególnych kamieni milowych. Harmonogram Różnicowy nr 2 zakłada podpisanie umowy w dniu 12.05.2024 roku przy czasookresach realizacji poszczególnych czynności tożsamych jak w Harmonogramie Różnicowym nr 1 (zasadność sporządzenia Harmonogramu różnicowego nr 2 opisane w kolejnych punktach – okresy zastrzeżone)

Przedstawione harmonogramy obejmują prace kafarowe – pogrążanie ścianek szczelnych, prace związane z wykonywaniem pali CFA, prace czerpalne, prace żelbetowe oraz prace instalacyjne, drogowe i wykończeniowe (w każdym z dwóch przypadków okres wykonywania prac pozostaje niezmienny). Analiza Harmonogramów w sposób jednoznaczny wykazuje, iż opisanie poszczególnych Kamieni Milowych i zakończenia Kontraktu poprzez sztywne daty może powodować ich niedotrzymanie z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

Dodatkowo Harmonogram Bazowego w sposób jednoznaczny wskazuje, iż przy założeniu daty podpisania Kontraktu przypadającej na ostatni dzień związania z ofertą dotrzymanie Kamieni Milowych oraz terminu zakończenia Kontraktu, ustalonych przez Zamawiającego, jest niemożliwe.

Zgodnie z projektem pierwszymi robotami związanymi z realizacją zadania jest pogrążenie ścianki szczelnej przebudowywanych Nabrzeży nr 1 i 2. Okres dostawy materiału niezbędnego do realizacji prac czyli ścianki szczelnej stalowej wynosi do 12 tygodni co nie uwzględnia prefabrykacji szacowanej na 2 tygodnie oraz dopełnienia wymagań formalnych – zatwierdzenia wniosków materiałowych, negocjacji i kontraktacji umowy z dostawcą/dostawcami grodzic/ścianki szczelnej.

Zgodnie zatem z załączonym Harmonogramem Bazowym dostawa pierwszej partii grodzic wraz z prefabrykacją (przygotowaniem, montażem zamków) przypada na dzień 19.03.2024r. Co w efekcie powoduje wobec zapisów SWZ wskazujących aktualnie termin zakończenia 1 i 4 Kamienia milowego na dzień 30.03.2024r., iż Wykonawca na wykonie robót polegających na instalacji ścianki szczelnej nabrzeża o długości łącznej około 450 m ma 11 dni kalendarzowych od momentu dostawy, co jest okresem nierealnym, niemożliwym do dochowania.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia wprowadza szereg ograniczeń w wykonywaniu prac. Do kluczowych ograniczeń należą: zakaz prowadzenia prac czerpalnych i kafarowych od strony rzeki w miesiącach

wrzesień-listopad w związku z okresem migracji ichtiofauny, wycinka szuwara poza okresem lęgowym ptaków. (Decyzja Nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach), zakaz usuwania urobku czernalnego do morza w okresie wiosennego tarła ryb (kwiecień-maj), realizację zadania przy zachowaniu ciągłości pracy Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminala Real Estate Sp. z o.o. oraz uzyskania odrębnych pozwoleń na użytkowanie dla Odcinka I i dla Odcinka II.

Powyższe zostały uwzględnione jedynie w zakresie wykonywania robót czernalnych, gdyż roboty katarowe przy założeniu podpisania Kontraktu w wyżej wymienionej dacie (28.11.2023r.) nie są prowadzone w okresach zastrzeżonych jak wskazano powyżej. Nie zmienia to faktu, iż przesunięcie terminu rozpoczęcia/podpisania umowy może spowodować pokrycie się okresu realizacji prac katarowych z okresami zastrzeżonymi, co stanowi przesłankę do wydłużenia okresu realizacji poszczególnych Kamieni Milowych zgodnie z treścią niniejszego odwołania. Ekstremalnym przypadkiem jest sytuacja, w której do podpisania kontraktu dochodzi około dnia 12.05.2024r. Uwzględniając około 12 tygodni na dostawę osiągnięty zostanie początek okresu zastrzeżonego, w którym brak jest możliwości wykonywania prac katarowych. W związku z tym podjęcie tych prac możliwe będzie dopiero od dnia 01.12.2024r., a zakończenie w okresie zgodnym z Harmonogramem Bazowym (tj. 40 dni roboczych/szacowane około 2 miesiące kalendarzowe, tj. około 30.01.2025r.). (...) W konsekwencji terminy realizacji zamówienia ustalone przez Zamawiającego nie są możliwe do dochowania. Natomiast przekroczenie tych terminów naraża Wykonawcę na kary umowne (sub 8.7 oraz Załącznik do oferty) oraz poważne konsekwencje wynikające m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022r. w sprawie o sygn. akt: KIO 126/22.

### **[Zarzut nr 3; Opis przedmiotu zamówienia]**

Zamawiający, w myśl sub. 1.13, przekaze Wykonawcy Pozwolenie na Budowę w dniu przekazania Terenu Budowy. Dodatkowo w pkt 11 i 12 Załącznika do umowy (część V. Decyzje) oraz w pkt 10 „Opisu przedmiotu zamówienia” wskazano, że Zamawiający jest w trakcie uzyskiwania pozwoleń wodnoprawnych i pozwolenia na budowę. Przedmiotowe pozwolenia zostaną przekazane Wykonawcy w Dacie Rozpoczęcia, którą jest data zawarcia Kontraktu przez obie Strony (sub. 8.1).

Ponadto Zamawiający zastrzegł możliwość przekazywania istotnych danych dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy do daty podpisania Kontraktu oraz w trakcie jego realizacji (sub. 4.10.1).

Jednocześnie pomimo opisanych braków dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę do przygotowania i wyceny oferty, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia potwierdzającego gruntowną znajomość Terenu Budowy przed podpisaniem Kontraktu (sub. 4.10.1.).

W sub. 4.10.1 przyjęto bowiem fikcję prawną, zgodnie z którą „będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas oraz z uwzględnieniem przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które Wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych) wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził Teren Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed podpisaniem Kontraktu uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich): (i) wskaże wszelkie zastrzeżenia i uwagi do Decyzji, Rysunków, Specyfikacji oraz Wykazów. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe odczytanie i interpretację danych zawartych w Decyzjach, Rysunkach, Specyfikacjach oraz Wykazach w tym terminie, (ii) zidentyfikuje ryzyka realizacyjne związane z wykonaniem Robót.

- kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturą techniczną,

- warunki hydrologiczne, klimatyczne - w tym warunki sztormowe występujące na Terenie Budowy - i środowiskowe ze szczególnym uwzględnieniem wpływu Robót na środowisko;”. (...)

Przedstawione postanowienia SWZ oraz wzoru umowy wskazują, że Wykonawca dopiero na etapie realizacji, a więc po wygraniu przetargu i podpisaniu umowy, ma możliwość uzyskania pełnej wiedzy dotyczącej, np. warunków podpowierzchniowych i hydrologicznych. Wskazać tutaj należy, iż na obszarze objętym przedmiotem inwestycji prowadzone są aktualnie roboty rozbiórkowe, porządkowe co potwierdzone jest licznymi publikacjami prasowymi, a co do których brak jest jakichkolwiek informacji w opisie przedmiotu zamówienia, a których standard, zakres, końcowy efekt jest dla oferentów nieznanymi i niemożliwymi do samodzielnego określenia.

Z uwagi na powyższe Wykonawca nie jest w stanie skalkulować tych ryzyk w ofercie. Nie jest bowiem możliwe w dacie opracowywania oferty ustalenie wysokości kosztów ograniczeń i utrudnień, które mogą wystąpić na placu budowy oraz uwzględnienie ich w wynagrodzeniu wykonawcy, a także ustalić i oszacować konsekwencje mogących powstać wskutek modyfikacji wprowadzonych na żądanie organu wydającego pozwolenie na budowę. (...) Odwołujący 2 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015r.; sygn. akt: KIO 897/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 lipca 2016r., sygn. akt: XXIII Ga 675/16.

W związku z tym uzasadniona i konieczna jest ingerencja w tok postępowania zaproponowana przez Wykonawcę, tj. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia wymaganych decyzji administracyjnych, a w przypadku braku takiej możliwości modyfikacja postanowień warunków umowy w celu umożliwienia podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy i zmiany Czasu na Ukończenie w sytuacji gdy dokumenty przekazane przez Zamawiającego po dacie złożenia ofert będą generowały dodatkowe koszty realizacji i/lub wpływały na terminy pośrednie i terminy końcowy wykonania zadania inwestycyjnego. (...)

#### **[Zarzut nr 4; Warunki umowy]**

Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Przywołał art. 5 k.c. oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2019r.; sygn. akt: KIO 26/19, z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2163/17, z dnia 2 lutego 2021r.; KIO 3512/20.

Zdaniem Odwołującego 2 zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych. (...)

#### **(Data Odniesienia)**

Zgodnie z sub. 1.1.3.1, „Data Odniesienia” oznacza datę podpisania Aktu Umowy.

„Data Odniesienia” jest istotnym postanowieniem umownym, np. wyznacza możliwość modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany prawa (sub. 13.7).

W związku z tym termin ten z uwagi na adhezyjny charakter umowy w sprawie zamówienia nie może wykraczać poza termin składania ofert. Po tej dacie nie jest bowiem możliwa modyfikacja treści umowy oraz oferty Wykonawcy.

#### **(Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy)**

Na podstawie sub. 4.10.1 „Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy”, przyjmowana jest fikcja prawna, w myśl której Wykonawca w dacie zawierania Kontraktu posiada wszystkie niezbędne dane odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty.

W ocenie Odwołującego 2 deklaracja taka, z uwagi na uwarunkowania niniejszego przetargu opisane w Zarzucenie nr 3, w szczególności fakt przekazania pozwolenia na budowę i pozwoleń wodnoprawnych dopiero w dacie przekazania Terenu Budowy, jest zbyt daleko idąca. Wykonawca bowiem ani w dacie składania oferty, ani w dniu podpisywania Kontraktu nie będzie dysponował minimalnym pakietem informacji pozwalających na identyfikację podstawowych ryzyk budowlanych i oszacowanie ich wartości.

W związku z tym modyfikacja pierwotnej sub. 4.10 dokonana przez Zamawiającego i zastąpienie jej sub. 4.10.1, narusza zasadę równowagi stron kontraktowych. W połączeniu ze zmodyfikowanym brzmieniem sub. 1.1.3.1, „Data Odniesienia” prowadzi bowiem do sytuacji, w której nie będzie możliwa modyfikacja ceny ofertowej pomimo, że po dacie składania ofert nastąpiła zmiana prawa lub z decyzji administracyjnych uzyskanych przez Zamawiającego będzie wynikała, np. konieczność wykonania dodatkowych prac czy poniesienia dodatkowych kosztów.

#### **(Termin na odstąpienie od umowy przez Zamawiającego)**

Zgodnie z sub. 15.2, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od Kontraktu w terminie od Daty Rozpoczęcia do 365 dni od upływu Czasu na Ukończenie poprzez oświadczenie o odstąpieniu w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w tym postanowieniu umownym. Powyższa regulacja narusza podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący 2 przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015r., sygn. akt: KIO 897/15, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt: V CSK 493/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 lipca 2022 r., sygn. akt: V AGa 107/20.

W niniejszym przypadku kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowne przyznają Zamawiającemu prawo do jednostronnego rozwiązania umowy również po wykonaniu inwestycji. Zgodnie z sub. 1.3.3, „Czas na Ukończenie” oznacza bowiem czas na wykonanie: Dokumentów Wykonawcy, ukończenie Robót lub Odcinka (w zależności od przypadku) łącznie z uzyskaniem decyzji o Pozwolenia na Użytkowanie - według klauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie] jaki został podany w dokumencie Akt Umowy (z jakimkolwiek przedłużeniem według klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]) obliczony od Daty Rozpoczęcia.

Jednocześnie podstawy odstąpienia określone w tym postanowieniu umownym nie będą miały zastosowania co do zasady po odbiorze robót. Są to bowiem zdarzenia, które mogą wystąpić w toku realizacji inwestycji.

Prokuratura Generalna RP w „Rekomendacjach dotyczących postanowień umów w zakresie odstąpienia od umowy oraz wypowiedzenia umowy” podkreśliła, że „podstawowym warunkiem skuteczności postanowienia kreującego umowne prawo odstąpienia jest oznaczenie terminu, w którym prawo to może zostać wykonane. Nieokreślenie terminu powoduje

nieważność postanowienia zastrzegającego prawo odstąpienia, a w efekcie – bezskuteczność wykonanego na jego podstawie odstąpienia. Przez oznaczenie terminu należy rozumieć wskazanie zamkniętego okresu, w którym strona lub strony mogą wykonać zastrzeżone uprawnienie. Termin nie musi być oznaczony datą, ale powinien być określony w taki sposób, by możliwe było precyzyjne określenie momentu, w którym termin upływa. W orzecznictwie wskazuje się, że zdarzenie to powinno spełniać wskazane cechy już w chwili zastrzegania umownego prawa odstąpienia. Zastrzeżenie terminu nadmiernie odległego może być uznane – w konkretnych okolicznościach – za obejście wymogu określenia terminu, o którym mowa w art. 395 § 1 k.c.”.

#### **[Zarzut nr 5; podstawowe zasady udzielania zamówień]**

Zakres naruszeń podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych został omówiony w ramach pozostałych zarzutów.

W złożonej pismem z 19 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 i 3 w części dot. pozwoleń wodnoprawnych, 4 w części dot. sub. 1.1.3.1. oraz sub. 15.2. w petitum odwołania. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ 19 lipca 2023r. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2, 3 w części dot. udostępnienia pozwolenia na budowę, 4 w części dot. sub. 4.10.1 oraz 5.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu nr 2 jak przy odwołaniu KIO 1953/23.

#### **Ad. 3)**

Odnosnie zarzutu braku dołączenia do dokumentacji postępowania pozwolenia na budowę Zamawiający wyjaśnia, iż art. 103 ustawy Pzp wskazuje, iż zamówienie na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, które to z kolei muszą zostać sporządzone zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowe, co Zamawiający w niniejszym postępowaniu uczynił. Niezasadnym jest zarzut o przerzucania ryzyka na gospodarczego na Wykonawcę. Załączony wzór umowy w sprawie zamówienia, uwzględnia okoliczności dotyczące możliwości zmiany umowy i jej warunków, jeśli wystąpi konieczność takich zmian.

Prawo zamówień publicznych nie stawia warunku rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane od posiadania przez Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na budowę. Pozwolenie na budowę, zgodnie z prawem budowlanym jest wymagane do rozpoczęcia robót budowlanych.

#### **Ad. 4)**

Wniosek Odwołującego o skreślenie sub. 4.10.1 i zastąpienie jej sub. 4.10 w pierwotnym brzmieniu.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Kl. 4. 10.1 z uwagi na następujące argumenty:

1.Klauzula w wersji przygotowanej przez ZMPSIS S. A. nie odbiega w istotny sposób od oryginału.

2.Oświadczenie dot. znajomości Terenu Budowy dotyczy wyłącznie dokumentów udostępnionych - wskazuje na to pierwsze zdanie ww. Klauzuli w brzmieniu:

*Zamawiający oświadcza, że udostępnił Wykonawcy do jego wiadomości, do daty podpisania Kontraktu, wszystkie odnośne dane znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, a dotyczące warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy, ze szczególnym uwzględnieniem aspektu wpływu Robót na środowisko naturalne.*

*Podobnie, Zamawiający będzie udostępnił Wykonawcy wszystkie takie dane, przechodzące w posiadanie Zamawiającego po dacie podpisania Kontraktu. Wykonawca będzie odpowiedzialny za interpretację wszystkich takich danych. Będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas oraz z uwzględnieniem przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które Wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych) wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził Teren Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed podpisaniem Kontraktu uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich):*

*(a) kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturą techniczną,*

*(b) warunki hydrologiczne, klimatyczne - w tym warunki sztormowe występujące na Terenie Budowy - i środowiskowe ze szczególnym uwzględnieniem wpływu Robót na środowisko,*

*(c) zakres i charakter pracy i dóbr, koniecznych do realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad,*

*(d) obowiązujące w Kraju Prawa, procedury i praktyki dotyczące siły roboczej,*

*(e) zapotrzebowanie Wykonawcy dotyczące dostępu, zaplecza, zakwaterowania, urządzeń, personelu, energii, transportu, wody i innych usług.*

Zamawiający wskazuje, że treść Kl. 4.10.1 nie narusza przepisów ustawy PZP i kodeksu cywilnego, w tym nie przekracza granic swobody umów ani zasad współzycia społecznego, a wniosek Wykonawcy pozostaje nieuprawniony. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że jak wskazano w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. KIO 737/23 „Zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa oraz uwzględniając specyfikę danego zamówienia, ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienia i ponosi ich konsekwencje.”

#### **Ad. 5)**

Analiza formalno-prawna stanowiska Wykonawcy opisana w „zarzucie nr 5” nie pozwala na ustalenie merytorycznej treści przedmiotowego zarzutu. Sformułowanie przez Wykonawcę „naruszeń podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych” które zostały rzekomo omówione w ramach pozostałych zarzutów charakteryzuje się brakiem merytorycznej treści oraz logicznej spójności. W konsekwencji braku merytorycznej treści „zarzutu nr 5” nie ma możliwości wyinterpretowania na czym precyzyjnie polega rzekome naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności. Wydaje się iż wykonawca zmierzał w tym zakresie jedynie do sformułowania (na potrzeby retoryki proceduralnej) kolejnych bezprzedmiotowych zarzutów celem zwiększenia objętości odwołania. Z najdalej posuniętej ostrożności proceduralnej Zamawiający wskazują, iż odnosząc się merytorycznie do zarzutów o numerach 1-4 sformułował precyzyjne stanowisko w odniesieniu do całości odwołania.

**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, odpowiedziach na odwołanie, w dalszym piśmie Odwołującego 1, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołujących: wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (KIO 1953/23) wykonawcę FABE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 1998/23), wykonawcę NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (KIO 1998/23). Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołujących wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca nie stawiał się na posiedzeniu – o terminie zawiadomiony prawidłowo. Izba powzięła wątpliwość co do możliwości reprezentowania Spółki i udzielenia pełnomocnictwa przez pana A. P. z uwagi na informację o zawieszeniu w czynnościach (na podstawie odpisu pełnego KRS).

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

1. dowody Odwołującego 1 – harmonogram, tabela elementów rozliczeniowych, dowody złożone na rozprawie
2. dowody Odwołującego 2 – harmonogram robót, dowody złożone na rozprawie
3. dowody Zamawiającego przedłożone wraz z odpowiedzią na odwołania

Izba za bezprzedmiotowe uznała dowody Odwołującego 2 – zestawienie przetargów, materiały prasowe (prace rozbiórkowe na terenie budowy) wraz z dokumentacją fotograficzną wykonaną w dniu wizji lokalnej. Przedmiotowe dokumenty dotyczyły zarzutów, które zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka p. Sebastiana Fabisiaka na okoliczności strategicznego charakteru inwestycji i terminu jej dotrzymania. Przede wszystkim Izba uznała, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki. Nadto, od otwarcia posiedzenia niejawnego (następnie rozprawy) świadek był obecny na sali. Co za tym idzie świadek przez prawie 3h przysłuchiwał się argumentacji Odwołującego 1 i Odwołującego 2 oraz Zamawiającego. W tym stanie rzeczy wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, obecnego podczas rozprawy na sali, był niedopuszczalny.

#### **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.

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

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia

w przedmiotowej sprawie.

***Izba zważyła, co następuje:***

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze KIO 1953/23 w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1 i nr 3 oraz KIO 1998/23 w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1, nr 3 i nr 4 wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.

KIO – 1998/23 - w zakresie zarzutu nr 3 w części dot. udostępnienia pozwolenia na budowę oraz nr 4 w części dot. sub. 4.10.1, Zamawiający oświadczył, że zmodyfikuje treść umowy w ten sposób, że zamiast „data podpisania kontraktu” wpisze „data odniesienia”. Izba zatem umorzyła postępowanie również w tej części bowiem o taką zmianę wnioskuje Odwołujący 2.

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołania w zakresie zarzutu nr 2 i uznała, że zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilka uwag natury ogólnej.

Zgodnie z art. 436 pkt 1) ustawy *Pzp* *umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zasadą jest, że zamawiający określa termin zakończenia usług, dostaw lub robót budowlanych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania. Wyżej wskazana regulacja zapewnia wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Celem powyższego jest zapobieganie sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wycisnąć pozostały mu czas na realizację zamówienia oraz musiał uwzględnić związane z tym ryzyka kontraktowe i koszty.*

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny uzasadniającej odstępianie od zasady ustalania planowanego terminu zakończenia robót ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat. Zamawiający nie przedłożył żadnego dokumentu, z którego wynikają ramy czasowe realizacji zamówienia jak również brak możliwości zmiany tych terminów. Nie wystarczające jest powołanie się na umowę dzierżawy nie przedkładając nawet wyciągu z tej umowy. Izby oczywiście rozumie, że treść umowy może zostać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa jednakże Zamawiający ma możliwość przedłożenia Izbie dokumentów niejawnych jak również zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nadto, Zamawiający wskazał w treści odpowiedzi na odwołania terminy poszczególnych robót zatem trudno mówić, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa. Co równie istotne Zamawiający w umowie przewidział zmianę terminu zakończenia robót, tym samym należy uznać, iż data końcowa nie jest bezwzględnie wymagana dla osiągnięcia celu inwestycji.

**KIO 1953/23**

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego 1 o minimalnej ilości 36 miesięcy na Odcinek I oraz 26 miesięcy Odcinek II, żądanie zmiany w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący 1 nie wykazał, że jest to najkrótszy możliwy termin realizacji zamówienia. Zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na Odwołującym. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: *„Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu.”* Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: *„instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia.”*

Na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący 2 wskazał krótszy (o 14 miesięcy) termin realizacji zamówienia Odcinka I. Nadto, Odwołujący 1 nie wziął pod uwagę możliwości zamówienia gotowych komponentów. W ocenie Izby Odwołujący 1 wskazał terminy przez niego oczekiwane, a nie obiektywnie minimalne. Izba nie neguje doświadczenia Odwołującego 1, jednak nie przedłożył on dostatecznych dowodów, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że wskazane w odwołaniu terminy należy uznać za prawidłowe.

Izba nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego 1, że Zamawiający miał obowiązek określenia w dokumentacji postępowania obiektywnej potrzeby podania terminu w datach dziennych. Nakaz taki nie wynika z przepisów ustawy Pzp.

#### **KIO 1998/23**

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego 2 o minimalnej ilości 22 miesięcy na Odcinek I oraz 30 miesięcy Odcinek II, żądanie zmiany w tym zakresie również nie zasługiwało na uwzględnienie. Argumentacja wskazana w sprawie KIO 1953/23 ma zastosowanie również w przedmiotowej sprawie. Odwołujący 2 nie wykazał, że jest to najkrótszy możliwy termin realizacji zamówienia.

Odwołujący 2 na rozprawie wskazał, że jego zdaniem nie ma wykonawca, który mógłby realizować zamówienie w terminie krótszym niż wskazał odwołujący w odwołaniu jednakże zwrócić należy uwagę, że Odwołujący 1 na realizację Odcinka II potrzebuje 26 miesięcy, a nie jak Odwołujący 2 – 30. Odwołujący 2 również nie wziął pod uwagę możliwości zamówienia gotowych komponentów. W ocenie Izby, tak jak to miała miejsce w przypadku Odwołującego 1, Odwołujący 2 wskazał terminy przez niego oczekiwane, a nie obiektywnie minimalne. Izba nie neguje doświadczenia Odwołującego 2, jednak nie przedłożył on dostatecznych dowodów, z których można byłoby wyciągnąć wnioski, że wskazane w odwołaniu terminy należy uznać za prawidłowe.

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.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 574 ustawy Pzp do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Dalej, zgodnie z art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20 000 PLN.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 PLN.

Z kolei § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; a Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2).

**KIO 1953/23** - Izba uwzględniła należny wpis w wysokości 20 000 PLN oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego 1 w kwocie 3 600 PLN.

**KIO 1998/23** - Izba uwzględniła należny wpis w wysokości 20 000 PLN.

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

Przewodnicząca:.....