

Sygn. akt: KIO 1982/23
KIO 2002/23

WYROK
z dnia 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Osiecka-Baran**
Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez:

- wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 1982/23)
- wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** (KIO 2002/23)
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE z siedzibą w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2002/23

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23

przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23 oraz KIO 2002/23

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23 oraz KIO 2002/23

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1982/23 wobec wycofania przez Odwołującego odwołania.
2. Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2002/23 co do zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.
3. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2002/23 w pozostałym zakresie.
4. W sprawie o sygn. akt KIO 1982/23 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwoty **18 000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy)**, stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.
5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2002/23 obciąża **Odwołującego** i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 5.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **4 603 zł 11 gr (słownie: cztery tysiące sześćset trzy złote jedenaście groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 003,11 zł.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1982/23
2002/23

Uzasadnienie

Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE z siedzibą w Toruniu, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na wykonanie robót budowlanych pn. *Budowa budynku Studia Filmowego jako I etapu planowanego kompleksu budynków Europejskiego Centrum Filmowego CAMERIMAGE*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 047-138012.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący Budimex”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1982/23), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC i art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zastrzeżenie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego limitu możliwych ograniczeń zakresu zamówienia, niweczącego cel dyspozycji art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, naruszającego w konsekwencji równowagę stron umowy i prowadzącego do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

2.art. 447 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC przez wprowadzenie do umowy niezgodnych z ustawą Pzp postanowień dotyczących a) zobowiązania do załączenia oświadczenia o uregulowaniu wymagalnych należności od zgłoszonych podwykonawców i dalszych podwykonawców poczynwszy od pierwszej faktury, b) zakresu koniecznego udokumentowania płatności na rzecz podwykonawców, bez jednoznacznego i konsekwentnego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze, a także przez wprowadzenie nadmiernego i nieproporcjonalnego wymagania dotyczącego katalogu dowodów potwierdzających rozliczenie z podwykonawcami;

3.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 473§1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny;

4.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 581 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez wprowadzenie do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia niejednoznacznych postanowień dotyczących biegu okresu gwarancyjnego, generujących po stronie wykonawców ryzyko nieuprawnionego przedłużania okresu gwarancji ponad przewidywalne ramy, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;

5.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do wzoru umowy niejednoznacznych postanowień definiujących zakres zobowiązań nałożonych na wykonawców, generujących ryzyko zobowiązania wykonawców do uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet niemających oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2002/23), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1, art. 134 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 oraz 58 §1 KC przez wyznaczenie w § 4 ust. 2 pkt 2 – 4 wzoru Umowy niemożliwych do dochowania terminów pośrednich wykonania zamówienia, nieuwzględniających czasu potrzebnego na wykonanie przez wykonawcę obowiązków wynikających ze wzoru umowy, a także nieuwzględniających technologii oraz metodologii wykonywania robót.

2. art. 437 ust. 1 pkt 4, art. 447 ust. 2 ustawy Pzp przez ukształtowanie §16 ust. 5 wzoru umowy w taki sposób, że nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców – w zależności od arbitralnej decyzji Zamawiającego – skutkować będzie wstrzymaniem wypłaty całości wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących przystąpili: w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23 Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, a w

sprawie o sygn. akt KIO 2002/23 Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Korporacja Budowlana DORACC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie obu odwołań. Przystępujący Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Unibep Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2002/23 w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23 podlega umorzeniu, a odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2002/23 w zakresie rozpoznawanego zarzutu zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, piśmie procesowym przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 lipca 2023 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Dalej, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1982/23 podlega umorzeniu, wobec wycofania przez Odwołującego Budimex odwołań.

Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2002/23 podlega umorzeniu w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania, wobec wycofania ww. zarzutu na posiedzeniu przez Odwołującego.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2002/23, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2002/23

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1, art. 134 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 oraz 58 §1 KC przez wyznaczenie w § 4 ust. 2 pkt 2 – 4 wzoru umowy niemożliwych do dochowania terminów pośrednich wykonania zamówienia, nieuwzględniających czasu potrzebnego na wykonanie przez wykonawcę obowiązków wynikających ze wzoru umowy, a także nieuwzględniających technologii oraz metodologii wykonywania robót.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jak stanowi art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp specyfikacja warunków zamówienia zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz

uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie do art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Jak stanowi art. 58 §1 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 2 – 4 wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 8 do SWZ, Zamawiający przewidział następujące terminy pośrednie wykonania poszczególnych części zamówienia:

- ☐ Kamień Miłowy nr 1 – zakończenie robót ziemnych – w terminie 3 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- ☐ Kamień Miłowy nr 2 – zakończenie robót do poziomu kondygnacji 0 wraz ze stropem poziomym 0 – w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- ☐ Kamień Miłowy nr 3 – zakończenie robót w zakresie stanu surowego otwartego – w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 1 lit. g wzoru umowy, *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę w wykonaniu któregośkolwiek Kamienia Miłowego nr 1-3 określonego w § 4 ust. 2 pkt 2-4 Umowy – w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego ustalonego dla danego Kamienia Miłowego w RCO za każdy dzień zwłoki. Wykonawca nie będzie obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych z tego tytułu, jeżeli dotrzymany zostanie termin końcowy realizacji Umowy; Z uwagi na powyższe Zamawiający może zawiadomić Wykonawcę o przekroczeniu terminu wykonania Kamienia Miłowego i wstrzymać się do wystawienia noty obciążeniowej na karę do terminu wykonania całości Przedmiotu Umowy. Po upływie tego terminu, Zamawiający wystawi noty obciążeniowe za kary obliczone za niedochowanie terminów Kamieni Miłowych.*

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że terminy pośrednie zastrzeżone przez Zamawiającego jawią się jako niemożliwe do zachowania, w szczególności biorąc pod uwagę liczne obowiązki wykonawcy przewidziane we wzorze umowy oraz technologię i metodologię wykonywania robót.

Odwołujący załączył do odwołania:

1. uproszczony harmonogram rzeczowy – przedstawiający czas trwania poszczególnych czynności, które poprzedzać będą przystąpienie do wykonywania robót, a także czas trwania robót oraz ich odbiorów;
2. rozszerzony harmonogram rzeczowy – przedstawiający w sposób szczegółowy czas trwania robót budowlanych w ramach poszczególnych Kamieni Miłowych.

Odwołujący stwierdzał, że adekwatnymi terminami pośrednimi wykonania poszczególnych części zamówienia będą:

- ☐ Kamień Miłowy nr 1 – zakończenie robót ziemnych – 8 (słownie: osiem) miesięcy od daty zawarcia umowy;
- ☐ Kamień Miłowy nr 2 – zakończenie robót do poziomu kondygnacji 0 wraz ze stropem poziomym 0 – 10 (słownie: dziesięć) miesięcy od daty zawarcia umowy;
- ☐ Kamień Miłowy nr 3 – zakończenie robót w zakresie stanu surowego otwartego – 15 (słownie: piętnaście) miesięcy od daty zawarcia umowy.

Równocześnie Odwołujący zaznaczał, że nie kwestionuje terminu końcowego zamówienia, tj. 22 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego termin ten jest możliwy do dotrzymania. Niemożliwe natomiast do dotrzymania okazują się wyznaczone przez Zamawiającego terminy pośrednie (Kamienie Miłowe nr 1, 2 i 3), a to ze względu na brak dostosowania tych terminów do przedmiotu robót objętych danym terminem pośrednim oraz długość terminów, które Zamawiający sobie wyznacza na udzielenie poszczególnych akceptacji, a których uzyskanie warunkuje przystąpienie do realizacji robót, a także dokonanie odbioru robót.

Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej. Należy wskazać, że rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie wszelkich ryzyk istniejących po stronie wykonawców czy doprowadzenie do udogodnienia, czy ułatwienia im realizacji zamówienia. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym nie stanowi naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp samo w sobie ustanowienie w danym postępowaniu krótszych terminów poszczególnych kamieni milowych niż oczekiwałby tego Odwołujący. Zarzut taki należy odnosić bowiem do warunków danego postępowania z uwzględnieniem konkretnych okoliczności i obiektywnych potrzeb Zamawiającego w określeniu ww. terminów. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego fakt, że w zależności od celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności od uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego, wymagane terminy kamieni milowych mogą być ustalane w sposób odmienny od preferowanych przez wykonawców, o ile oczywiście terminy takie są realne i możliwe do realizacji.

Zamawiający argumentował, że w wyniku przeprowadzonego dialogu konkurencyjnego i propozycji wykonawców złożonych w jego ramach, Zamawiający wydłużył termin realizacji przedmiotu umowy (z 12 miesięcy na 22 miesiące) oraz terminy poszczególnych Kamieni Milowych określonych w § 4 ust. 2 wzoru umowy, ponad pierwotnie planowane. Również liczba Kamieni Milowych została ustalona w minimalnym zakresie, zgodnie z postulatami wykonawców. Terminy wykonania dla poszczególnych Kamieni Milowych były przedmiotem rozmów z wykonawcami w trakcie spotkań dialogowych i zostały ostatecznie ustalone przez Zamawiającego z uwzględnieniem informacji uzyskanych od wykonawców.

Zamawiający podkreślał również, że termin realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, w tym także terminy pośrednie, jest niezwykle istotny, mając na uwadze m.in. kwestie związane z realizacją następnych etapów całości inwestycji czy finansowaniem zamówienia. Zamawiający akcentował, że kluczowe znaczenie ma cel powstania całości inwestycji objętej zamówieniem, tj. organizacja festiwalu filmowego. Festiwal odbywa się corocznie w zbliżonym terminie (listopad), wskutek czego większość działalności Zamawiającego podporządkowana jest właśnie temu terminowi i jest realizowana w jego ramach. Niezrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie umożliwiającym korzystanie przez Zamawiającego z obiektów stanowiących przedmiot umowy w czasie festiwalu, w tym także niewystarczające zaawansowanie wykonania tych obiektów podczas festiwalu, będzie potencjalnie skutkować znacznymi negatywnymi konsekwencjami w obszarach finansowym, marketingowym czy organizacyjnym.

Izba uznała, oddalając powyższy zarzut, że nie został on wykazany, Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w ramach przedmiotowego zarzutu przepisów, w tym w szczególności nie wykazał braku możliwości zrealizowania zakresów przedmiotu zamówienia objętych poszczególnymi Kamieniami Milowymi w terminach przewidzianych we Wzorze Umowy. Odwołujący przedstawił swoje szacunkowe wyliczenia czasu realizacji prac objętych poszczególnymi Kamieniami Milowymi, przyjmując własne projekcje, wynikające z przyjętej metody realizacji robót i organizacji pracy, co nie czyni jeszcze terminów przewidzianych przez Zamawiającego niemożliwymi do dotrzymania.

W świetle materiału dowodowego zebranego w niniejszej sprawie nie można uznać, że Odwołujący udowodnił, że określone przez Zamawiającego terminy kamieni milowych są nierealne, niemożliwe do dotrzymania. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, sformułował on zarzut w sposób subiektywny, tj. w oparciu o warunki dostępne temu wykonawcy. Zamawiający nie może jednak, wbrew swoim uzasadnionym potrzebom, dostosowywać opisu przedmiotu zamówienia do potrzeb któregośkolwiek potencjalnego wykonawcy. Takie działanie wprost prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto, Odwołujący zaznaczył, iż nie kwestionuje terminu końcowego zamówienia, tj. 22 miesięcy od daty zawarcia umowy i jego zdaniem ten termin jest możliwy do dotrzymania. Izba podziela w tym zakresie argumentację Zamawiającego, że jest to istotne w kontekście postanowienia § 20 ust. 1 pkt 1 lit. g wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca nie będzie obowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych za zwłokę w realizacji któregośkolwiek Kamienia Milowego nr 1-3 określonego w § 4 ust. 2 pkt 2-4 Wzoru Umowy, jeżeli dotrzymany zostanie termin końcowy realizacji Umowy. Nawet zatem w przypadku przekroczenia zaskarżonych przez Odwołującego terminów wykonania Kamieni Milowych wykonawca nie zostanie obciążony konsekwencjami jeśli zrealizuje przedmiot umowy w terminie uznawanym przez Odwołującego za realny.

Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie kwestionuje postanowień co do zasady, wnosi jedynie o zmianę wysokości ryzyka. Oznacza to, że dla samego Odwołującego postanowienie tego rodzaju nie jest niezrozumiałe, niejednoznaczne, niewyczerpujące, nieuwzględniające wszystkich wymagań, a zatem nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Całość argumentacji mającej wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp sprowadzała się w zasadzie do stwierdzenia, iż wskazane przez Zamawiającego terminy w ramach kamieni milowych są nierealne. Aczkolwiek powyższe twierdzenie nie zostało udowodnione.

Ponadto, Izba uznała, że przedłożony na rozprawie dowód - d1 - oferty wstępne na wykonywanie ścian

szczelinowych wskazujące szacowane terminy wykonania nie potwierdza sformułowanej przez Odwołującego tezy jakoby nie jest możliwe dotrzymanie terminów wynikających z kamieni milowych. W ofercie Keller wprost wskazano, iż są to terminy „do”, czyli maksymalne, natomiast oferta SOLETANCHE Polska przedstawia jedynie wstępny harmonogram prac.

Dlatego też, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że przyjęty termin jest nierealny, skoro *de facto* Odwołujący oparł argumentację jedynie na własnym przekonaniu. Przekonanie wykonawcy nie może jednak stanowić argumentu przemawiającego za realnością terminów wskazanych w specyfikacji. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, że proponowane przez niego terminy stanowią minimalny czas, niezbędny na wykonanie kamieni milowych.

Wobec braku udowodnienia przez Odwołującego okoliczności dyskryminujących tego wykonawcę Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował obiektywnych terminów kamieni milowych, które wpływają w sposób nieuzasadniony na ograniczenie konkurencyjności postępowania. Fakt, że określone terminy mogą być dla jednego wykonawcy bardziej realne, a dla innego mniej, nie przesądza o wadliwości tych postanowień. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III CPP 52/02) odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia *Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny.*

W ocenie Izby, w tym postępowaniu nie ma dowodów na to, że określając terminy kamieni milowych, Zamawiający dążył do wyłączenia Odwołującego jako potencjalnego wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Postanowienia SWZ dotyczące terminów kamieni milowych nie wskazują ani bezpośrednio, ani pośrednio jednego konkretnego wykonawcy, który byłby preferowany w przedmiotowym postępowaniu oraz nie eliminują z udziału w postępowaniu innych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty.

Zasada wyrażona w art. 16 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem. Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Nie oznacza to więc, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....