

Sygn. akt: KIO 3509/23

Sygn. akt: KIO 3515/23

WYROK
z dnia 11 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez:

A.wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** – sygn. akt: KIO 3509/23;

B.wykonawcę **PORR S.A z siedzibą w Warszawie** – sygn. akt: KIO 3515/23

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni**

przy udziale:

A.wykonawcy **FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23 i KIO 3515/23;

B.wykonawcy **PORR S.A z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23;

C.wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23;

D.wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23;

E.wykonawcy **NDI S.A z siedzibą w Sopocie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23

orzeka:

I.W sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1.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;

2.2.zasądza od odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni kwotę 1 476 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiających w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

II.W sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie następujących zarzutów odwołania:

a)zarzutu nr 1 – w całości,

b)zarzutu nr 2a) - w zakresie dotyczącym ustalenia bezusterkowego odbioru Projektu koncepcyjnego oraz bezusterkowego odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego,

c)zarzutu nr 2e) – w całości,

d)zarzutu nr 3 - w zakresie dotyczącym przyjęcia zasady wypłaty 10% wynagrodzenia po odbiorze Końcowym Przedmiotu Umowy oraz uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

2.Uwzględnia odwołanie w części w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, poprzez:

- a) wykreślenie zdania drugiego w § 10 ust. 3 Wzoru Umowy;
- b) zmianę w § 16 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „w wysokości 0,1% (słownie: jedna dziesiąta procenta)” wyrażeniem: „w wysokości 0,01% (słownie: jedna setna procenta)”;
- c) zmianę w § 16 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „w wysokości 20% (słownie: dwadzieścia procent)” wyrażeniem: „w wysokości 10% (słownie: dziesięć procent)”;
- d) zmianę w § 16 ust. 6 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „na poziomie 30% (słownie: trzydzieści)” wyrażeniem: „na poziomie 20% (dwadzieścia)”.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie w części 1/5 oraz zamawiających: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni w części 4/5 i:

4.1. 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 oraz kwotę 1 476 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiających w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika;

4.2. zasądza od zamawiających: Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz odwołującego: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 704 zł 80 gr (słownie: piętnaście tysięcy siedemset cztery złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą należną odwołującemu po stosunkowym rozdzieleniu część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3509/23

Sygn. akt: KIO 3515/23

UZASADNIENIE

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni i Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni (zwani dalej łącznie: „zamawiającym”) wspólnie prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj”, numer referencyjny: ZU/227/SWZ-47/KJ/MG/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2023 roku, numer 220/2023 00694277-2023. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 3509/23

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej „odwołującym”) w dniu 24 listopada 2023 r. wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ, jak i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

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 5.1.9 Kryteria kwalifikacji, jak i w rozdz. IX ust. 4 tj.:

Warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane,

których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych) każda;

2) dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

a) jedną osobą na stanowisku Kierownika Projektu, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownika Zespołu lub Kierownika Budowy), w tym doświadczenie przy realizacji - przez cały okres realizacji lub przez okres minimum 18 miesięcy – jednej morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto);

d) jedną osobą na stanowisku Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń), i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym na jednej robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii posadowionych na głębokości nie mniejszej niż – 5 m (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto).

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia i treści SWZ poprzez określenie warunków udziału w sposób dopuszczający wykonawców legitymujących się doświadczeniem w budowie innych obiektów hydrotechnicznych a nie wyłącznie falochronów, gdyż takie doświadczenie będzie równoważne i wystarczające do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie odwołujący wskazywał, że ustalenie wartości robót hydrotechnicznych na wartość 100 mln zł każda powoduje, że udział w zamówieniu mogą wziąć tylko nieliczni z uwagi na znikomą ilość inwestycji tego typu lub inwestycji podobnych, ale o mniejszej wartości. Odwołujący stwierdził, iż sama wartość robót hydrotechnicznych nie wyznacza trudności czy stopnia skomplikowania zamówienia a dopuszczenie w ramach warunków udziału robót o niższej wartości lub możliwość sumowania wartości robót pozytywnie przyczyni się do poszerzenia grona potencjalnych wykonawców a jednocześnie nadal pozwoli dokonać selekcji profesjonalnych i doświadczonych podmiotów, zdolnych do wykonania zamówienia na zadowalającym poziomie jakości.

Odwołujący podał kierunek i rodzaj zmian adekwatnych – według niego - do podniesionych zarzutów i żądań wnosząc o:

Zmianę odpowiednio ogłoszenia i SWZ w zakresie brzmienia warunku udziału w Postępowaniu:

1. W zakresie rozdz. IX ust 4. pkt 1) SWZ Warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, nabrzeży lub pirsów posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie, nabrzeżu, pirsie na 4 minimum połowie długości falochronu, nabrzeża, pirsu), o łącznej wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 150 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych) każda;

lub

Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, nabrzeży lub pirsów posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie, nabrzeżu, pirsie na minimum połowie długości falochronu, nabrzeża, pirsu), o łącznej wartości robót nie mniejszej niż 200 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych)

2. W zakresie rozdz. IX ust 4 pkt 2 lit a) i d) SWZ dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

a) jedną osobą na stanowisku Kierownika Projektu, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownika Zespołu lub Kierownika Budowy), w tym doświadczenie przy realizacji - przez cały okres realizacji lub przez okres minimum 18 miesięcy - jednej morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów, nabrzeży lub pirsów o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto);

d) jedną osobą na stanowisku Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń), i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym na jednej robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, nabrzeży lub pirsów posadowionych na głębokości nie mniejszej niż – 5 m (rzędnej dna przy falochronie, nabrzeżu, pirsie na minimum połowie długości falochronu, nabrzeża, pirsu), o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto);

Ponadto, odwołujący wnosił o odpowiednie i zgodne z powyższym dalsze zmiany specyfikacji, które wprost odnoszą się do zaskarżonej materii.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący podnosił, że zamawiający nieadekwatnie zawęża warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej do wykonania wyłącznie falochronu wyspowego lub półwyspowego, podczas gdy jest to jedna z morskich budowli hydrotechnicznych, nieczęsto spotykana przy realizacji robót hydrotechnicznych na terenie kraju. Wskazywał, iż równoważne doświadczenie na tym samym lub wyższym poziomie będzie posiadał również wykonawca realizujący roboty związane z budową lub przebudową innego obiektu hydrotechnicznego jak nadbrzeża lub pirsy.

Następnie odwołujący odniósł się do usystematyzowania prawnego budowli hydrotechnicznych stwierdzając, iż ustawa Prawo budowlane w załączniku do ustawy zalicza zarówno falochrony, jak również nabrzeża i pirsy, do jednej kategorii obiektów (Kategoria XXI). Odwołujący wyjaśnił też, że kategoria obiektu budowlanego ma znaczenie przy tworzeniu projektu budowlanego, ponieważ może wskazywać na określone wymagania związane z obiektem, które projekt musi uwzględnić. Ponadto, kategoria obiektu budowlanego ma szczególne znaczenie na etapie oddawania obiektu do użytkowania, określa bowiem sposób i zakres wymaganej dokumentacji. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. akt II OSK 632/11.

Dalej odwołujący wskazywał, że Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych umieszcza zarówno nabrzeża, jak i falochrony, w tej samej klasie obiektów.

Odwołujący podnosił także, iż rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie z dnia 1 czerwca 1998 r. definiując nabrzeża, falochrony i pirsy, każde z tych obiektów zalicza do morskich budowli hydrotechnicznych i w kolejnych działach tego rozporządzenia (Dział I, II, III i IV) ustanawia wspólne warunki techniczne dla wszystkich morskich budowli hydrotechnicznych (nabrzeża, falochrony, pirsy i inne), a dopiero Dział V – Falochrony oraz Dział VII – Nabrzeża, obrzeża i pomosty, ustanawiają wymagania dla tych poszczególnych obiektów. Odwołujący zauważył przy tym, że budowle te różnią się przeznaczeniem i funkcją, natomiast zasadniczo do ich budowy stosuje się takie same materiały oraz takie same technologie wykonania z użyciem tego samego sprzętu.

Następnie odwołujący odniósł się do charakterystyki falochronów, nadbrzeży i pirsów wskazując, iż pod względem funkcji i przeznaczenia - falochrony są konstrukcjami osłaniającymi porty lub inne akwatorium przed działaniem fal, prądów oraz przed nanoszeniem rumowiska. Z kolei nabrzeża stanowią część terytorium portu położonego nad akwenem i również stanowią obudowę od strony wody brzegu akwatorium. Natomiast pirsy stanowią konstrukcję budowlaną hydrotechniczną w postaci sztucznego półwyspu / pomostu / estakady wysuniętego prostopadle lub ukośnie do brzegu lub nabrzeża. Zauważył przy tym, że wszystkie te konstrukcje współtworzą infrastrukturę portu, często są ze sobą powiązane, np.: nabrzeże z falochronem, czy też pirs z nabrzeżem.

Odwołujący podkreślił także, że zarówno realizacja (budowa, przebudowa, remont) falochronu, jak i pirsów, i nabrzeży, wymaga takich samych zasobów, umiejętności i doświadczenia, biorąc pod uwagę: stosowane konstrukcje, materiały, technologie robót, używany sprzęt, uprawnienia i doświadczenia kadry. Wyjaśnił, iż pod względem budowy,

w przypadku każdej z wyżej wymienionych budowli konieczne jest powiązanie obiektu z dnem morskim, za pomocą konstrukcji podwodnej wykonanej w postaci skrzyń żelbetowych, ścianek szczelnych, pali stalowych lub żelbetowych, specjalnych elementów prefabrykowanych, a następnie na wykonanym wcześniej posadowieniu, które ma za zadanie przenieść wszelkie obciążenia, jakim poddany będzie obiekt, wykonuje się część nadwodną, która w przypadku nabrzeża i pirsu zawsze jest użytkowa (odbywają się na niej: cumowanie statków, przeładunki, ruch jezdny i pieszy), natomiast w przypadku falochronów można taką funkcję zastosować.

Odnosząc się do sposobu realizacji obiektów odwołujący wskazywał, że pomimo iż stosowane są różne typy konstrukcji, to są one stosowane zarówno przy wznoszeniu (przebudowie, modernizacji) falochronów, jak również pirsów, czy nabrzeży. Ponadto, zarówno falochrony, nabrzeża czy też pirsy wymagają zastosowania takich materiałów jak: kruszywa, prefabrykaty betonowe, beton, stal zbrojeniowa, rury, grodzice itd. Technologie realizacji typowe dla robót hydrotechnicznych, jak metody pograżania grodzic, pali żelbetowych, pali stalowych, pali wierconych, wykonywania konstrukcji w technologii prefabrykacji czy też w technologii „na mokro” są stosowane przy realizacji wszystkich tych obiektów. Także ten sam sprzęt, tj.: holowniki, pontony, pontony szczudłowe, barki, szalandy, pogłębiarki, ale również dźwigi, podnośniki, koparki, itd., jest używany do wykonania wszystkich tych obiektów. Sprzęt używany do budowy jest identyczny niezależnie od funkcji obiektu, a jedyną zależnością jest wielkość i parametry sprzętu, które zależą od głębokości i lokalizacji inwestycji. Odwołujący wskazał również, że nadzór nad wykonywaniem robót sprawuje kadra posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane i w przypadku wszystkich wymienionych obiektów wymagane są uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej.

Według odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają, że doświadczenie wykonawcy zdobyte w trakcie realizacji nabrzeży i pirsów jest doświadczeniem co najmniej równorzędnym, a zatem wystarczającym dla zapewnienia należytego wykonania zamówienia w zakresie falochronów.

Odwołujący odniósł się również do dotychczasowych realizacji inwestycji w zakresie falochronów na terenie Polski w kontekście niezasadnego – w jego ocenie – zawężenia warunku wyłącznie do wykonania falochronów.

Odwołujący wskazał, że jako specjalista w tej wąskiej dziedzinie robót, dokonał na potrzeby wykazania zasadności zarzutów odwołania zestawienia ilości, rodzaju i wartości realizowanych zamówień tego typu w Polsce. Jednocześnie podkreślił, że ma świadomość, iż możliwy jest także udział wykonawców zagranicznych, jednak – zdaniem odwołującego - odnosząc się do lokalizacji inwestycji jako referencyjne należało przyjąć inwestycje na tym samym terytorium.

Odwołujący wyjaśnił, że na przestrzeni ostatnich 12 lat zlokalizował 9 inwestycji, obejmujących budowę lub przebudowę falochronów, przy czym biorąc pod uwagę wymóg, aby każda inwestycja co do wartości robót hydrotechnicznych wynosiła 100 mln zł, to warunek spełnia jedynie 4 ze wskazanych inwestycji (jako dowód odwołujący przedstawił zestawienie kontraktów w latach 2018 – 2022 na budowę falochronów w Polsce). Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że przy tak opisanym rygorystycznie warunku, udział w zamówieniu mogą wziąć jedynie wybrane spółki realizujące największe kontrakty, podczas gdy na rynku istnieją inni wykonawcy, posiadający równoważne lub nawet wyższe doświadczenie, aby podjąć wykonaniu przedmiotowemu zamówieniu.

Odwołujący zauważył również, że we wskazanych w zestawieniu postępowaniach, jak i w innych, zamawiający zazwyczaj formułowali warunki udziału w oparciu o doświadczenie w budowie falochronów, nadbrzeży i pirsów, co – w ocenie odwołującego – dodatkowo potwierdza, że wykonanie tego typów obiektów hydrotechnicznych jest porównywalne, daje porównywalne umiejętności i wystarczającą wiedzę oraz doświadczenie, aby wykonać przedmiot zamówienia. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na następujące postępowania, w których w warunku dopuszczono inne budowle hydrotechniczne niż same falochrony:

1. *Przebudowa wraz z robotami rozbiórkowymi Falochronu Północnego Wyspowego w Porcie Północnym w Gdańsku*
Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni;
2. *Poprawa infrastruktury w małych portach: Mrzeżyno, Niechorze, Lubin, Trzebież – zadania 1-3* - Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie;
3. *Remont Falochronu Wschodniego w miejscowości Rowy* - Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni;
4. *Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia. Etap II – Pogłębienie toru podejściowego*
Zamawiający: Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni.

Odwołujący podnosił również, że nieproporcjonalna i zawyżona jest wartość robót na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, iż zdaje sobie sprawę, że wartość przedmiotowego postępowania jest znacząca i przewyższa wartość części robót wskazanych w sporządzonym przez niego zestawieniu kontraktów, jednakże dopuszczenie możliwości wykazania się w ramach warunków udziału wykonaniem innych

morskich budowli hydrotechnicznych o niższej wartości jest w jego ocenie wystarczające do należytej weryfikacji zdolności wykonawców. Podkreślił, że wykonanie takich budowli nawet przy znacznie niższej wartości weryfikuje odpowiednio wykonawców z uwagi, iż angażuje te same materiały i sprzęt. Zarówno falochrony, nabrzeża czy też pirsy, wymagają zastosowania takich samych materiałów, a nadto tych samych lub podobnych technologii.

Następnie odwołujący zauważył, że falochrony (jak również nabrzeża, pirsy) należą do obiektów liniowych, których charakterystycznym parametrem jest długość. Wyjaśnił, że realizacja takich obiektów dzielona jest na poszczególne sekcje (odcinki), które realizowane są metodą postępową. Charakterystyczna dla obiektów liniowych jest powtarzalność rozwiązań projektowych i sposobu realizacji poszczególnych sekcji (odcinków). Zdaniem odwołującego doświadczenie wykonawcze zdobyte na obiektach o mniejszej ilości sekcji (odcinków) jest wystarczające dla prawidłowego wykonania zamówienia obejmującego wykonanie obiektu o większej ilości sekcji, bowiem warunki wykonania tego zamówienia (wody morskie, konieczność korzystania ze sprzętu pływającego) są w obu przypadkach takie same, a wykonanie obejmuje większą ilość powtórzeń tych samych czynności w dłuższym czasie. Zwrócił też uwagę na fakt, że wartość zamówienia w robotach hydrotechnicznych dotyczących falochronów, pirsów i nabrzeży jest przede wszystkim wprost proporcjonalna do długości obiektu, ponieważ stopień skomplikowania wykonania obiektu jest podobny. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że nie neguje znaczenia skali inwestycji, ale z uwagi na powtarzające się sekwencyjnie roboty ustalenie zbyt wygórowanej ich wartości nie weryfikuje doświadczenia wykonawców ani ich umiejętności a drastycznie redukuje liczbę potencjalnych wykonawców. W ocenie odwołującego konieczność wykonania dwóch robót o samej wartości robót hydrotechnicznych co najmniej 100 mln zł jawi się jako wymóg nadmiernie wygórowany i nieproporcjonalny.

W ostatniej części uzasadnienia odwołania odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne w zakresie ustalania warunków udziału w sposób proporcjonalny oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, w szczególności odwołując się do przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, a także do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i poglądów doktryny. Odwołujący stwierdził, że wykonawca wykonujący inne porównywalne morskie budowle hydrotechniczne o niższej wartości będzie miał co najmniej minimalną wiedzę i doświadczenie aby wykonać przedmiot niniejszego Postępowania. Zatem, zdaniem odwołującego, dopuszczenie do udziału wykonawców, którzy wykonywali podobne obiekty w okresie ostatnich 12 lat w kraju nie wywoła ryzyka nienależytego wykonania zamówienia a będzie sprzyjało zwiększeniu konkurencyjności wśród profesjonalnych podmiotów, co przełoży się na ilość złożonych ofert, jak i ich cenę. Natomiast nadmierne warunki wejścia (tzw. progowe) nie sprzyjają zachowaniu uczciwej konkurencji i powodują monopol wybranych wykonawców, którzy celowo składając ofertę zawyżają ceny, co przekłada się na niekorzystne i nieracjonalne wydatkowanie środków publicznych.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt: KIO 3515/23

Wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 24 listopada 2023 r. wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia z uwagi na nieprzekazanie dokumentów wymienionych jako załącznik do Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 3 do SWZ), tj. (i) mapy zasadniczej – Załącznik 1 [Z-1]; (ii) dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – Załącznik 2 [Z-2] dla Wzmocnienia wraz z wykonaniem narzutów redukujących falowanie w rejonie północnej głowicy istniejącego Falochronu Głównego na odcinku około 148 metrów pkt. 2.1 Programu Funkcjonalno-użytkowego, (iii) raportów z pomiarów hydrograficznych i geofizycznych – Załącznik 3 [Z-3]; (iv) uzgodnień – Załącznik 5 [Z-5]; (v) Oświadczenia inwestora o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane – Załącznik 7 [Z-7] oraz (vi) Atestu inwentaryzacji pod wodą – Załącznik 8 [Z-8]; - ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane w poprzez:
 - a) ustalenie bezusterkowego odbioru Projektu koncepcyjnego oraz bezusterkowego odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego oraz możliwości wielokrotnych rewizji dokumentacji;
 - b) ustalenie bardzo wysokiej stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót (0,1%);
 - c) ustalenie łącznego limitu kar umownych w wysokości 30% całkowitego wynagrodzenia brutto;
 - d) ustalenie nadmiernie długiego okresu odbioru robót zanikających lub ulegających;
 - e) brak zaliczki;
 - f) zawieszenie zapłaty 10% wynagrodzenia po czasie uzyskania ostatecznego pozwolenia na użytkowanie; w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj” (numer referencyjny: ZU/227/SWZ-47/KJ/MG/2023).

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucał naruszenie:

[zarzut nr 1]

- art. 103 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w postaci programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny, niepełny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację przedmiotu zamówienia, z uwagi na nieprzekazanie dokumentów wymienionych jako załączniki do Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 3 do SWZ) w szczególności: (i) mapy zasadniczej – Załącznik 1 [Z-1]; (ii) dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – Załącznik 2 [Z-2] dla Wzmocnienia wraz z wykonaniem narzutów redukujących falowanie w rejonie północnej głowicy istniejącego Falochronu Głównego na odcinku około 148 metrów pkt. 2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, (iii) raportów z pomiarów hydrograficznych i geofizycznych – Załącznik 3 [Z-3]; (iv) uzgodnień – Załącznik 5 [Z-5]; (v) Oświadczenia inwestora o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane – Załącznik 7 [Z-7] oraz (vi) Atestu inwentaryzacji pod wodą – Załącznik 8 [Z-8];

[zarzut nr 2]

- naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 483 § 1 k.c. i art. 5 k.c. (oraz pozostałych przepisów Pzp i k.c. wskazanych w dalszej treści odwołania) poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane wskutek:

a) ustalenia bezusterkowego odbioru Projektu koncepcyjnego (rozdział VIII pkt. 2 ppkt 5 SWZ § 3 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy) oraz bezusterkowego odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego (rozdział VIII pkt. 2 ppkt 6 SWZ § 3 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy) oraz możliwości wielokrotnych rewizji dokumentacji (§ 10 ust. 3 wzoru umowy);

b) ustalenia bardzo wysokiej stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót (0,1%) (§ 16 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy);

c) ustalenia wysokiej stawki kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (§ 16 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy);

d) ustalenia łącznego limitu kar umownych w wysokości 30% całkowitego wynagrodzenia brutto (§ 16 pkt 5 wzoru umowy);

e) ustalenia nadmiernie długiego okresu odbioru robót zanikających lub ulegających (§ 11 ust. 5 oraz § 6 ust. 12 pkt 13 wzoru umowy);

[zarzut nr 3]

- naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 433 pkt 3 Pzp, art. 443 pkt 3, art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez ukształtowanie postanowień wzoru umowy z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współzycia społecznego oraz (iii) rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, a także zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji wskutek ustalenia zasad rozliczenia wynagrodzenia z pominięciem specyfiki wykonawstwa inwestycji hydrotechnicznych oraz wartości inwestycji, tj. przyjęcie zasady wypłaty 10% wynagrodzenia po odbiorze Końcowym Przedmiotu Umowy oraz uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz rezygnacji z możliwości zaliczkowania robót budowlanych (§ 11 ust. 3, § 14 ust. 3 i ust. 4 oraz § 14 wzoru umowy).

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w następujący sposób:

a) nakazanie uzupełnienia dokumentacji postępowania o dokumenty wymienione jako załączniki do Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznik nr 3 do SWZ), tj. (i) mapę zasadniczą – Załącznik 1 [Z-1]; (ii) dokumentację geologiczno-inżynierską – Załącznik 2 [Z-2] dla Wzmocnienia wraz z wykonaniem narzutów redukujących falowanie w rejonie północnej głowicy istniejącego Falochronu Głównego na odcinku około 148 metrów pkt. 2.1 Programu Funkcjonalno-użytkowego, (iii) raporty z pomiarów hydrograficznych i geofizycznych – Załącznik 3 [Z-3]; (iv) uzgodnienia – Załącznik 5 [Z-5]; (v) Oświadczenie inwestora o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane –

Załącznik 7 [Z-7] oraz (vi) Atest inwentaryzacji pod wodą – Załącznik 8 [Z-8];

b) nakazanie zmiany rozdziału VIII pkt 2 ppkt 5 i 6 SWZ w następujący sposób:

„5) opracowanie Projektu budowlanego, tj. Projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz wielobranżowego Projektu architektoniczno-budowlanego wraz z uzgodnieniami oraz wielobranżowych Projektów technicznych i przedłożenie Zamawiającemu - w terminie do 12 tygodni od dnia **bezusterkowego** odbioru Projektu koncepcyjnego;

6) wystąpienie do Wojewody Pomorskiego w Gdańsku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - w terminie do 7 dni od dnia **bezusterkowego** odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego przez Zamawiającego oraz otrzymania od Zamawiającego Pełnomocnictwa i stosownych oświadczeń o prawie dysponowania gruntem na cele budowlane dla wszystkich działek, na których będzie realizowana inwestycja;”

c) nakazanie zmiany postanowień wzoru umowy w poniższy sposób:

§ 3 ust. 2 pkt 5

5) opracowanie Projektu budowlanego, tj. Projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz wielobranżowego Projektu architektoniczno-budowlanego wraz z uzgodnieniami oraz wielobranżowych Projektów technicznych i przedłożenie Zamawiającemu - w terminie do 12 tygodni od dnia **bezusterkowego** odbioru Projektu koncepcyjnego;

§ 3 ust. 2 pkt 6

6) wystąpienie do Wojewody Pomorskiego w Gdańsku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - w terminie do 7 dni od dnia **bezusterkowego** odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego przez Zamawiającego oraz otrzymania od Zamawiającego Pełnomocnictwa i stosownych oświadczeń o prawie dysponowania gruntem na cele budowlane dla wszystkich działek, na których będzie realizowana inwestycja;

§ 6 ust. 13 pkt 13 oraz § 11 ust. 5

13) pisemnego informowania Zamawiającego o terminie wykonania Robót ulegających zakryciu oraz o terminie odbioru Robót zanikających. Zamawiający przystąpi do odbioru tych Robót w ciągu ~~czterech dni roboczych~~ **dwóch dni kalendarzowych**. Jeżeli Wykonawca nie poinformował o tych faktach Zamawiającego, zobowiązany jest na jego żądanie odkryć Roboty lub wykonać otwory Niezbędne do zbadania Robót, a następnie po ich odebraniu przez Zamawiającego przywrócić Roboty do stanu poprzedniego na koszt Wykonawcy;

5. Odbiory robót zanikających lub ulegających zakryciu będą dokonywane w celu oceny zgodności tych robót z Umową w terminie **4 dni roboczych 2 dni kalendarzowych** od dnia dokonania przez Wykonawcę wpisu w dzienniku budowy o zgłoszeniu tych robót do odbioru i po powiadomieniu pisemnym Zamawiającego o dokonaniu takiego wpisu. Odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu dokonują wskazani w § 12 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Umowy kierownik projektu, koordynator i inspektorzy nadzoru inwestorskiego. W razie stwierdzenia przez Zamawiającego w trakcie odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu istnienia jakichkolwiek istotnych wad, może on wedle swojego uznania dokonać odbioru i wyznaczyć termin do usunięcia wad, bądź też odmówić dokonania odbioru. W przypadku dokonania odbioru i wyznaczenia terminu do usunięcia wad, po ich usunięciu sporządzony zostanie protokół usunięcia wad. W przypadku wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru i wyznaczy Wykonawcy termin do usunięcia wad.

§ 10 ust. 3

1. Zamawiający może zgłaszać dalsze zastrzeżenia, jeżeli przekazana uzupełniona i poprawiona przez Wykonawcę dokumentacja stanowiącej przedmiot Umowy wymaga dalszych poprawek/uzupełnień. **Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania uwag do danej części dokumentacji również na dalszych etapach, nawet do części już odebranych, a Wykonawca jest obowiązany do ich uwzględnienia.**

§ 11 ust. 3

3. Protokoły odbioru robót P-1, których wzór stanowi załącznik nr 3 do Umowy wraz tabelą rozliczeniową sporządzane będą po upływie każdego miesiąca kalendarzowego w celu bieżących rozliczeń, tj. ustalenia zaawansowania rzeczowo – finansowego prowadzonych Robót oraz kontroli zgodności wykonanych Robót z Umową. Wykonawca do odbioru rzeczowo – finansowego zobowiązany będzie przedstawić w szczególności: zapisy z dzienników budowy lub inne dokumenty potwierdzające wykonanie danych Robót w miesiącu podlegającym odbiorowi rzeczowo – finansowemu. **Odbiory rzeczowo – finansowe skutkować będą zapłatą wynagrodzenia do wysokości 90% wynagrodzenia, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy.** Odbiór rzeczowo – finansowy nie stanowi odbioru części Robót w

rozumieniu K.c. Zamawiający przystąpi do odbioru rzeczowo – finansowego w terminie 2 dni roboczych od otrzymania od Wykonawcy kompletu dokumentów wskazanych w zdaniu drugim i dokona odbioru rzeczowo – finansowego w terminie kolejnych 5 dni roboczych. Protokoły odbioru robót P-1 mają być sporządzane dla każdej branży oddzielnie wraz ze wskazaniem podwykonawcy. Prawidłowe sporządzenie protokołu odbioru robót P-1 oraz jego podpisanie stanowi element niezbędny do wystawienia przez Wykonawcę faktur w ramach niniejszej Umowy.

§ 14

dodanie postanowień określających możliwość udzielania wykonawcy zaliczki w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, której spłata dokonywana byłaby na następujących zasadach:

- potrącenia zaliczki – rozpoczną się, gdy suma płatności przejściowych, z wyłączeniem zaliczki, przekroczy 30% wynagrodzenia umownego brutto;
- potrącenia zaliczki będą dokonywane w wysokości 30% kwoty każdego przejściowego protokołu P-1 z wyłączeniem zaliczki, do czasu spłaty zaliczki;

§ 14 ust. 3 i ust. 4

~~3. Faktury częściowe za roboty budowlane, do wysokości 90% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy, wystawiane będą raz w miesiącu w oparciu o podpisane przez obie Strony protokoły odbioru robót P-1. Należne wynagrodzenie określone w fakturach częściowych będzie wyliczone jako iloczyn wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy i procentowego zaawansowania wykonania Robót wskazanego w protokołach odbioru P-1~~

~~4. Suma wartości brutto wynagrodzenia określonego w fakturach częściowych nie może przekroczyć 90% wartości brutto określonej w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy.~~

§ 16 ust. 1 pkt 2

~~2) zwłoki w wykonaniu robót określonych w Rozdziale IV ust. 4 pkt. 3) SWZ – w wysokości 0,1% (słownie: jedna dziesiąta procenta) 0,01% (słownie: jedna setna procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za Roboty, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt. 2) Umowy;~~

§ 16 ust. 1 pkt 5

~~5) odstąpienia od Umowy przez jedną ze Stron, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% (słownie: dwadzieścia procent) 10% (słownie: dziesięć procent) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 13 ust. 1 Umowy;~~

§ 16 ust. 6

~~6. Strony ustalają maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić na podstawie niniejszej Umowy na poziomie 30% (słownie: trzydzieści) 15% (piętnaście procent) całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust. 1.~~

Postępowanie odwoławcze zostało umorzono w odniesieniu do zarzutów odwołania :

- a) zarzutu nr 1 – w całości,
 - b) zarzutu nr 2a) - w zakresie dotyczącym ustalenia bezusterkowego odbioru Projektu koncepcyjnego oraz bezusterkowego odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego,
 - c) zarzutu nr 2e) – w całości,
 - d) zarzutu nr 3 - w zakresie dotyczącym przyjęcia zasady wypłaty 10% wynagrodzenia po odbiorze Końcowym Przedmiotu Umowy oraz uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie
- z uwagi na ich uwzględnienie przez zamawiającego bądź wycofanie przez odwołującego – o czym będzie mowa poniżej.

W pozostałym zakresie Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

W tym miejscu Izba przedstawi uzasadnienie zaprezentowane przez odwołującego w odwołaniu w zakresie zarzutów, które zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie.

[Zarzut nr 2; treść umowy]

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że 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. Podkreślił przy tym, że swoboda zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna, albowiem nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c.: nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Odwołujący stwierdził, że postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (zamawiający) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (wykonawca). Powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 28.01.2019 r., sygn. akt: KIO 26/19, a także na wyrok KIO z dnia 30.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2163/17. Ponadto, odwołujący odwołał się do zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, przywołując w tym zakresie wyrok KIO z dnia 2.02.2021 r.; sygn. akt: KIO 3512/20).

Zdaniem odwołującego, zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w odwołaniu oraz kształtują uprawnienia zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych. W ocenie odwołującego, zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30.10.2017 r.; sygn. akt: KIO 2163/17, w którym stwierdzono, iż: „*To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej*”.

W dalszej części odwołujący przedstawił uzasadnienie dla poszczególnych zarzutów w ramach Zarzutu nr 2.

Ad. a) [wielokrotne rewizje projektów - § 10 ust. 3 wzoru umowy]

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie, a następnie wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji projektu pod nazwą: „Budowa nowego układu ogólnodostępnych falochronów zewnętrznych z uwzględnieniem potrzeb Marynarki Wojennej RP”. W ramach części projektowej należy wykonać:

- 1) dokument BEP,
- 2) dokumentację projektową, zgodnie z wymogami BIM określonymi przez zamawiającego, niezbędną do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji inwestycji (z wyłączeniem decyzji środowiskowej i decyzji lokalizacyjnej), w szczególności:
 - a) mapę do celów projektowych;
 - b) złożyć wnioski o pozwolenie na wznoszenie i wykonywanie konstrukcji i urządzeń na polskich obszarach morskich;
 - c) złożyć wniosek o wydanie pozwolenia wodnoprawnego;
 - d) opracować Projekt koncepcyjny;
 - e) opracować Projekt budowlany, tj. Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz wielobranżowy Projekt architektoniczno-budowlany wraz z uzgodnieniami oraz wielobranżowe Projekty techniczne;
 - f) wystąpić do Wojewody Pomorskiego w Gdańsku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę;
 - g) opracować wielobranżowe projekty wykonawcze wraz z uzgodnieniami, STWiORB, przedmiarami robót oraz wszelkimi pozostałymi opracowaniami.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w § 10 wzoru umowy w sposób nieprawidłowy uregulował zasady zatwierdzania dokumentacji projektowej. Zgodnie bowiem z § 10 ust. 3 wzoru umowy: „*Zamawiający może zgłaszać dalsze zastrzeżenia, jeżeli przekazana uzupełniona i poprawiona przez Wykonawcę dokumentacja stanowiącej przedmiot Umowy wymaga dalszych poprawek/uzupełnień. Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania uwag do danej części dokumentacji również na dalszych etapach, nawet do części już odebranych, a Wykonawca jest obowiązany do ich uwzględnienia*”.

Zdaniem odwołującego pozostawienie zaskarżonych postanowień umownych i SWZ w dotychczasowym brzmieniu (tj. odbiory bezusterkowe dokumentacji oraz możliwość permanentnej weryfikacji dokumentacji) może spowodować paraliż realizacji umowy oraz przerzucić na wykonawcę ryzyko braku decyzyjności oraz uchybień zamawiającego w wykonywaniu zobowiązań umownych (tj. obowiązku współdziałania z wykonawcą). W każdym przypadku wydłużenia terminu akceptacji dokumentacji powstają bowiem dodatkowe koszty ogólne (np. koszty pracownicze) oraz zagrożony jest termin końcowy inwestycji.

Według odwołującego powyższe zapisy są przy tym sprzeczne z art. 433 pkt 3 Pzp oraz art. 354 § 2 k.c., ponieważ obarczają wykonawcę odpowiedzialnością, za którą wyłączną winę ponosi zamawiający. Nie znajdują również

uzasadnienia w obowiązujących przepisach oraz praktyce rynkowej. Postanowienia umowne referują bowiem do zaniechań zamawiającego, których przyczyny leżą poza strefą wpływów wykonawcy.

Odwolujący wskazywał, że uprawnienie zamawiającego do wielokrotnych rewizji dokumentacji przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za zaniechania zamawiającego. Zamawiający po otrzymaniu określonej części dokumentacji powinien być bowiem w stanie dokonać jej weryfikacji i oceny oraz zgłosić uwagi i zastrzeżenia w określonym, zamkniętym przedziale czasu. Natomiast w oparciu o zakwestionowane zapisy zamawiający zamierza wielokrotnie zmieniać wytyczne i ocenę przedstawionych dokumentów, przy czym całkowicie pomija, że tego typu działania mają istotny wpływ na koszt i termin realizacji inwestycji.

W konsekwencji - w ocenie odwołującego - w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oraz z uwagi na krótki termin realizacji (1309 dni łącznie na wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych) w stosunku do stopnia skomplikowania inwestycji, w pełni uzasadnione są zmiany zaproponowane przez niego.

Ad. b) i c) [stawka kary umownej z tytułu zwłoki; kara umowna z tytułu odstąpienia; § 16 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 wzoru umowy].

Odwolujący wskazywał, że zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, wykonawca zobowiązany jest do zapłaty zamawiającemu kary umownej w przypadku zwłoki w wykonaniu robót określonych w rozdziale IV ust. 4 pkt 3 SWZ – w wysokości 0,1% (słownie: jedna dziesiąta procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za Roboty, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 2 Umowy (wynagrodzenie z tytułu wykonania robót budowlanych), za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 Umowy.

Jednocześnie zauważył, że w „Planie postępowań o udzielenie zamówień na 2023r.” Urzędu Morskiego wartość inwestycji ustalono na kwotę w wysokości: 504 522 522,24 zł, co oznacza, że wysokość kary umownej za dzień zwłoki w wykonaniu inwestycji wynosi 489.386,85 zł (po odliczeniu od ww. kwoty 3% z tytułu projektowania).

Z kolei z § 16 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy wynika, iż wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy wskutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy ustalono na poziomie 20% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto. Kara umowna z tego tytułu wyniesie zatem 100 904 505,00 zł.

Zdaniem odwołującego, zamawiający ukształtował zaskarżone zapisy w oderwaniu od wielkości i specyfiki przedmiotu zamówienia, a także pominął obowiązujące na rynku budownictwa hydrotechnicznego standardy ustalania wysokości kar.

Odwolujący powołał się na przepis art. 484 § 1 k.c., zgodnie z którym w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody.

Odwolujący podnosił, że przepisy kodeksu cywilnego nie ustalają minimalnych i maksymalnych wysokości kar umownych, jednakże zamawiający określając ich wysokość we wzorze umowy narzucanym potencjalnym oferentom nie powinien ich określać w oderwaniu od rodzaju kontraktu i wartości umowy. W przeciwnym razie zastrzeżona kara umowna z tytułu zwłoki nie spełni jej podstawowej funkcji stymulacyjnej, tj. nie zmobilizuje wykonawcy do podjęcia działań mających na celu skrócenie okresu zwłoki i prawidłowe wykonanie zamówienia.

Odwolujący powołał się również na orzecznictwo sądów powszechnych, w którym wskazywano, iż „kara umowna za zwłokę powinna być proporcjonalna i nakłaniać dłużnika by dołożył najwyższych starań dla spełnienia świadczenia w terminie” (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28.09.2016r., sygn. akt: I ACa 251/16).

Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że przepisy nie zawierają również definicji nadmiernie wygórowanej kary umownej, jednakże na etapie postępowania sądowego możliwe jest miarkowanie kary umownej. Dodał, że wytyczne wypracowane w orzecznictwie sądów powszechnych dotyczące instytucji miarkowania kar umownych w pełni mogą mieć zastosowanie również na etapie ustalania katalogu kar umownych w umowie. W ocenie odwołującego, ustalenie adekwatnej kary umownej umożliwi bowiem uzyskanie racjonalnych cen ofertowych oraz pozwoli uniknąć sporów sądowych na późniejszym etapie procesu inwestycyjnego.

Następnie odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w orzecznictwie sądów powszechnych w trakcie oceny, czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana, iż należy uwzględnić m.in. relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11.11.2016r., sygn. akt: I ACa 1673/15). Odwołujący zauważył również, że w orzeczeniu z dnia 30.03.2022r. (sygn. akt: I ACa 983/21) Sąd Apelacyjny w Szczecinie zamieścił katalog podstaw

miarkowania kary umownej wskazując, że miarkując wysokość kary umownej należy badać, m.in.: „*stosunek pomiędzy wysokością kary, a wartością całego zobowiązania głównego*”, a także „*relację między wysokością kary umownej i wartością zobowiązania ustaloną w umowie*”.

Według odwołującego oznacza to, że kara umowna nie powinna być symboliczna, ale jednocześnie nie może pozbawiać wykonawcy ekonomicznego sensu realizacji inwestycji. Odwołujący w tym zakresie powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.02.2019r. (sygn. akt: KIO 51/19).

W ocenie odwołującego, powyższe uzasadnia wniosek o obniżenie wysokości stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót budowlanych. Dodał, iż stawka dzienna kary umownej po jej redukcji w sposób wnioskowany przez niego będzie wynosić ok. 50.000 zł, co w przypadku każdego kontraktu, bez względu na jego przedmiot i wysokość wynagrodzenia stanowi znaczną wartość. Zadaniem odwołującego kara umowna w takiej wysokości nie będzie symboliczna, a jednocześnie z uwagi na jej znaczną wysokość będzie skłaniała wykonawcę do jak najszybszego zakończenia inwestycji. Dodatkowo, obniżenie wysokości stawki dziennej kary z tytułu zwłoki umożliwi zamawiającemu pozyskanie tańszych i bardziej konkurencyjnych ofert, gdyż oferenci ograniczą wycenę ryzyka z tego tytułu.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że brak jest także podstaw do ustalania wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia na poziomie 20% całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Odwołujący wskazał przy tym, że Urząd Zamówień Publicznych w jednym z opracowań jako przykład dobrych praktyk kontraktowych (rekomendowanych kierunków regulacji) wskazał ustalenie kary za odstąpienie od umowy nie wyższej niż 10%.

Odwołujący powołał się również na poglądy wyrażane przez doktrynę, iż: „*narzucanie wygórowanych kar umownych może wiązać się z ograniczaniem dostępu do zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy nie będą mogli wziąć udziału w postępowaniu nie ze względu na brak doświadczenia czy środków do wykonania zamówienia, lecz z obawy przed karami umownymi przekraczającymi normalną, przyjętą w obrocie gospodarczym miarę. Może też stać się tak, że przedsiębiorcy, chcąc się zabezpieczyć na wypadek naliczenia kar, będą oferowali ceny wyższe, niż jest to w rzeczywistości konieczne, chcąc sobie zrekompensować potencjalne ryzyko związane z ewentualnymi konsekwencjami narzuconych im postanowień umownych. Ograniczenie liczby podmiotów ubiegających się o zamówienie prowadzi do wzrostu cen oferowanych przez potencjalnych kontrahentów. Z drugiej strony, uzyskiwanie przez zamawiających nieuzasadnionych korzyści, zwłaszcza finansowych, może prowadzić do ich dalszego umocnienia jako podmiotów dominujących*” (P.Sroka, M.Korkuś-Sroka, Nadużywanie pozycji dominującej przez zamawiającego w kontekście nakładania na wykonawców wygórowanych kar umownych, Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, , 2018, nr 540).

Odwołujący dodał również, że ustalenie wygórowanych kar umownych stanowi naruszenie zasady proporcjonalności. Kary umowne powinny być bowiem adekwatne i zgodne ze standardami rynkowymi dotyczącymi danego rodzaju umów.

Ad. d) [łączny limit kar umownych; § 16 pkt 5 wzoru umowy]

Odwołujący wskazał, że w § 16 ust. 6 wzoru umowy ustalono maksymalną wysokość kar umownych na poziomie 30% (słownie: trzydzieści) całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust. 1 Umowy. Jednocześnie zauważył, że zgodnie z „Planem postępowań o udzielenie zamówień na 2023r.” wartość niniejszej inwestycji wynosi: 504 522 522,24 zł, co oznacza to, że zamawiający na podstawie umowy uprawniony jest do naliczenia kar umownych w łącznej wysokości co najmniej: 151 356 756,67 zł.

Odwołujący podkreślił, że w myśl art. 436 pkt 3 Pzp, obligatoryjnym postanowieniem umownym jest maksymalna wysokość kar umownych. Dodał także, że przepisy Pzp i przepisy k.c. nie określają jednak wysokości poszczególnych kar umownych ani ich limitów. Zatem, w praktyce zamówień publicznych określenie górnego limitu kar umownych dokonywane jest samodzielnie przez zamawiającego w projektowanych postanowieniach umowy.

Odwołujący za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 26.05.2022 r., (sygn. akt: I AGa 144/21) podał, iż ustalając wysokość kar umownych zamawiający powinien uwzględnić funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł. Dodał przy tym, że kara umowna, w polskim systemie prawnym stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania. Podstawową funkcją kar umownych jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, w związku z czym nie powinna stanowić źródła dodatkowego zysku zamawiającego.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że restrykcyjne lub nieproporcjonalne do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kary umowne w sposób bezpośredni wpływają na konkurencyjność postępowania. Powodują, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powodować będzie albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

W kontekście ustalania kar umownych odwołujący powołał się również na zasadę proporcjonalności wynikającą z przepisów ustawy Pzp i na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2652/20.

Reasumując odwołujący stwierdził, że zamawiający określając wysokość łącznego limitu kar umownych skupił się na funkcji represyjnej kar umownych. W jego ocenie, ustalenie górnego limitu kar umownych (30% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto), stanowi zaprzeczenie funkcji stymulującej wykonanie zobowiązania. Odwołujący wskazał przy tym, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, limit kar umownych, którego wysokość w stosunku do wartości umowy oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent, jest uznawany za nadmierny w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r., sygn. akt: VI Ga 173/13, w którym za niewspółmierną uznano karę umowną w wysokości 43% wynagrodzenia).

Zdaniem odwołującego, obniżenie górnego limitu kar umownych w istotny sposób przyczyni się do zwiększenia konkurencyjności niniejszego postępowania, a także w sposób bezpośredni przełoży się na wysokość cen ofertowych.

[Zarzut nr 3 - brak zaliczki]

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 443 ust.1 Pzp, zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Odwołujący zauważył, że w celu wypełnienia ww. obowiązku w § 14 wzoru umowy zamawiający ustalił zapłatę wynagrodzenia w częściach, nie przewidział natomiast możliwości wypłaty zaliczki.

Odwołujący podkreślił, że ww. przepis ma charakter semiimperatywny, a zatem, zamawiający może ustalić w umowie korzystniejsze warunki rozliczania wynagrodzenia wykonawcy, w tym przyjąć równolegle zapłatę wynagrodzenia w częściach i możliwość udzielania zaliczki. Według odwołującego, celem tego przepisu jest ochrona wykonawców umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a jednocześnie zapewnienie płynności finansowej przy realizacji inwestycji.

Odwołujący podnosił, iż w przypadku zamówień o tak dużej wartości oraz z uwagi na specyfikę robót hydrotechnicznych wykonywanych w warunkach otwartego morza, wymagających zaangażowania ponadstandardowych specjalistów oraz specjalistycznego sprzętu, a więc czynników generujących zwiększone nakłady i wydatki w trakcie realizacji, w celu zwiększenia konkurencyjności niniejszego postępowania, uzasadnione byłoby przyjęcie możliwości udzielenia zaliczki. Odwołujący powołał się przy tym na stanowisko wyrażone w literaturze przedmiotu, że „*zaliczka pełni przede wszystkim rolę kredytową. Umożliwia ona dłużnikowi uzyskanie środków, przy pomocy których sfinansuje realizację zobowiązania. Wykonanie zobowiązania zawsze, w mniejszym lub większym stopniu, rodzi konieczność poniesienia różnego rodzaju nakładów i wydatków zanim dłużnik świadczenia niepieniężnego (wierzyciel świadczenia pieniężnego) uzyska należną mu zapłatę. Uzyskanie środków na wykonanie świadczenia może nastąpić na rynku finansowym, jednak jest to każdorazowo związane z poniesieniem kosztów ich pozyskania (odsetek, prowizji). W praktyce obrotu finansowanie realizacji zobowiązań kontraktowych niemal zawsze okazuje się tańsze niż pozyskiwanie przez wykonawców środków na rynku finansowym. W konsekwencji zaliczkowanie wynagrodzenia przynosi pozytywne efekty także zamawiającym, gdyż uzyskują oferty tańsze, niewymagające uwzględnienia w ich cenie kosztów pozyskania środków pieniężnych na realizację zamówienia na rynku finansowym. W przypadku zamówień publicznych nabiera to szczególnego znaczenia. Obniżenie kosztów realizacji zamówienia to z jednej strony wymierna korzyść dla zamawiających, a z drugiej – szersze otwarcie rynków zamówień publicznych dla mniejszych wykonawców, w tym w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP). Zaliczka może być korzystna dla zamawiającego – obniża koszty oferty o wartość środków pieniężnych, które wykonawca pozyskuje na realizację zamówienia na rynku finansowym. Zaliczka daje większe szanse na udział w zamówieniach publicznych dla wykonawców z sektora MŚP*” (J. Jerzykowski, Zaliczki w zamówieniach publicznych, Urząd zamówień Publicznych, 2018r., str. 12).

Zdaniem odwołującego, z powyższych względów postulat modyfikacji postanowień SWZ, w tym wzoru przyszłej umowy, polegający na wprowadzeniu postanowień ustalających możliwość udzielenia oraz sposób rozliczania zaliczki,

jest w pełni uzasadniony.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że dotychczasową praktyką jednego z zamawiających - Urzędu Morskiego w Gdyni - było ustalanie zasad rozliczenia wynagrodzenia w zupełnie odmienny sposób niż proponowany w niniejszym postępowaniu, tj. zamawiający dokonywał rozliczenia w częściach, przewidywał udział zaliczek na realizację inwestycji oraz nie warunkował zapłaty końcowej części wynagrodzenia w sposób określony w zaskarżonych postanowieniach umownych (odwołujący powołał się przy tym na przykłady uprzednio prowadzonych postępowań, w których Urząd Morski w Gdyni ustalił określone zasady udzielania i rozliczania zaliczek).

Odwołujący zauważył też, że wnioskowany przez niego sposób rozliczenia wynagrodzenia jest obecnie powszechną praktyką rynkową. Zamawiający publiczni realizujący duże inwestycje infrastrukturalne (drogowe, kolejowe) z reguły zamieszczają bowiem zapisy przewidujące możliwość udzielania zaliczek czy płatności częściowych w swoich umowach.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i dokonanie zmiany zaskarżonych przez niego postanowień wzoru umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale IV –*Opis przedmiotu zamówienia* – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej jako: „SWZ”) zamawiający w ust. 1 – 10 wskazał:

1. *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych decyzji administracyjnych dla układu falochronów chroniących przed falowaniem Port Zewnętrzny - dalej jako „Przedmiot Zamówienia” w oparciu o wymogi BIM, określone w załączniku nr 13 do SWZ.*

2. *Przedmiot Zamówienia obejmuje zaprojektowanie, a następnie wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji projektu pod nazwą: „Budowa nowego układu ogólnodostępnych falochronów zewnętrznych z uwzględnieniem potrzeb Marynarki Wojennej RP”, w skład którego wchodzić będą:*

- 1) *Północny osłonowy falochron wyspowy (odcinek A długości około 250 metrów),*
- 2) *Północny osłonowy falochron wyspowy (odcinek B długości około 800 metrów),*
- 3) *Północny osłonowy falochron wyspowy (odcinek C długości około 800 metrów),*
- 4) *Północno-wschodni osłonowy falochron wyspowy (odcinek A długości około 56 metrów),*
- 5) *Północno-wschodni osłonowy falochron wyspowy (odcinek B długości około 500 metrów),*
- 6) *Wzmocnienie wraz z wykonaniem narzutów redukujących falowanie w rejonie istniejącego Falochronu Głównego Wschodniego część północna na całym jego odcinku (około 235 metrów),*
- 7) *Wzmocnienie wraz z wykonaniem narzutów redukujących falowanie w rejonie głowicy istniejącego Falochronu Głównego (na odcinku około 148 metrów).*

3. *Przedmiot Zamówienia w postaci powyżej opisanych falochronów prowadzi do wytworzenia osłoniętego od oddziaływania fal akwenu umożliwiającego manewry przy terminalu w Porcie Zewnętrznym wraz z bezpiecznym rozładunkiem przy jego nabrzeżach. Wzmocnienie istniejących falochronów wraz z wykonaniem narzutów ma na celu ochronę istniejących obiektów przed dochodzącym falowaniem oraz minimalizację refrakcji falowania.*

4. *Całość Przedmiotu Zamówienia obejmuje wykonanie:*

- 1) *dokumentu BEP,*
- 2) *dokumentacji projektowej, zgodnie z wymogami BIM określonymi przez Zamawiającego szczegółowo w załączniku nr 13 do SWZ, niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji inwestycji (z wyłączeniem decyzji środowiskowej i decyzji lokalizacyjnej), w szczególności:*
 - a) *wykonanie mapy do celów projektowych;*
 - b) *złożenie wniosku o pozwolenie na wznoszenie i wykonywanie konstrukcji i urządzeń na polskich obszarach morskich - na podstawie Pełnomocnictwa otrzymanego od Zamawiającego;*
 - c) *złożenie wniosku o wydanie pozwolenia wodnoprawnego na podstawie Pełnomocnictwa otrzymanego od Zamawiającego;*
 - d) *opracowanie Projektu koncepcyjnego;*
 - e) *opracowanie Projektu budowlanego, tj. Projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz wielobranżowego Projektu architektoniczno-budowlanego wraz z uzgodnieniami oraz wielobranżowych Projektów technicznych;*
 - f) *wystąpienie do Wojewody Pomorskiego w Gdańsku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę;*
 - g) *opracowanie wielobranżowych projektów wykonawczych wraz z uzgodnieniami, STWiORB, przedmiarami robót oraz wszelkimi pozostałymi opracowaniami.*
- 3) *wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i*

zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w w/w pkt. 2), oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy, wszelkich czynności wymaganych prawem pozwalających na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,

4) pozyskania prawomocnego pozwolenia na użytkowanie wykonanych obiektów i infrastruktury.

5. Zamówienie obejmuje wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej, obejmującej wszystkie wymagane prawem oraz niezbędne dla prawidłowej realizacji i utrzymania opracowania, w tym dla branż:

1) architektonicznej,

2) konstrukcyjnej,

3) hydrotechnicznej,

4) elektroenergetycznej (oświetlenie nawigacyjne, sterowanie oświetleniem),

wraz z przeprowadzeniem stosownych czynności administracyjnych pozwalających na uzyskanie decyzji administracyjnych zezwalających na realizację robót budowlanych.

6. Zakres robót budowlanych dotyczący Zamówienia obejmuje:

1) przygotowanie obszaru objętego przedsięwzięciem do bezpiecznej realizacji w oparciu o Raport z pomiarów hydrograficznych i geofizycznych sporządzony na potrzeby przewidywanych robót budowlanych,

2) wykonanie niezbędnych prac czerpalnych i podczyszczeniowych wraz z wymianą gruntu w przypadku gdy taka konieczność zaistnieje,

3) wykonanie dwóch falochronów wyspowych północno wschodnich o łącznej długości 500+56 metrów wraz z oświetleniem nawigacyjnym,

4) wykonanie trzech północnych falochronów wyspowych o łącznej długości 800+800+250 metrów wraz z ich oświetleniem nawigacyjnym,

5) wykonanie niezbędnych prac zasympowych,

6) wykonanie wygaszaczy falowania oraz niezbędnych prac w zakresie wzmocnienia istniejącego Falochronu Głównego Wschodniego – część północna na całej jego długości ok. 235 metrów,

7) wykonanie wygaszaczy falowania oraz niezbędnych prac w zakresie wzmocnienia istniejącego Falochronu Głównego Wschodniego na długości około 148 metrów.

7. Zamówienie należy zrealizować z uwzględnieniem istniejących uwarunkowań, w tym zwłaszcza w sposób niedoprowadzający do degradacji istniejącej infrastruktury, do której dowiązane będą nowe falochrony.

8. Zamówienie należy zrealizować z uwzględnieniem decyzji środowiskowej oraz decyzji lokalizacyjnej wydanych dla przedmiotowej inwestycji. Decyzja środowiskowa i decyzja lokalizacyjna zostały załączone do niniejszego postępowania.

9. Zamawiający zwraca uwagę, iż całość przedmiotu zamówienia powinna być wykonana zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, Regulacjami Zamawiającego, normami, zasadami wiedzy technicznej.

10. Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia zawarto w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, który stanowi załącznik nr 3 do SWZ.

W rozdziale IX SWZ - Warunki udziału w postępowaniu - w ust. 4 zamawiający wskazał:

4. Warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

1) Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych) każda;

2) dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

a) jedną osobą na stanowisku Kierownika Projektu, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane jako Przedstawiciel Wykonawcy (lub równoważne stanowisko polegające na zarządzaniu kontraktem/projektem np. typu Manager Projektu, Dyrektor Kontraktu, Kierownika Zespołu lub Kierownika Budowy), w tym doświadczenie przy realizacji - przez cały okres realizacji lub przez okres minimum 18 miesięcy – jednej morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie lub przebudowie falochronów o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto);

(...)

d) jedną osobą na stanowisku Kierownika Budowy, posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń), i co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (robót) w zakresie powyższych uprawnień, w tym na jednej robocie budowlanej, której przedmiotem było wykonanie morskiej budowli

hydrotechnicznej, przez cały okres realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub przez okres minimum 18 miesięcy, polegającej na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii posadowionych na głębokości nie mniejszej niż – 5 m (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych netto).

W Załączniku nr 4 do SWZ – Wzór umowy zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

•§ 10 ust. 3:

Zamawiający może zgłaszać dalsze zastrzeżenia, jeżeli przekazana uzupełniona i poprawiona przez Wykonawcę dokumentacja stanowiącej przedmiot Umowy wymaga dalszych poprawek/uzupełnień. Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania uwag do danej części dokumentacji również na dalszych etapach, nawet do części już odebranych, a Wykonawca jest obowiązany do ich uwzględnienia.

•§ 16 KARY UMOWNE:

1. Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadkach:

(...)

2) zwłoki w wykonaniu robót określonych w Rozdziale IV ust. 4 pkt. 3) SWZ – w wysokości 0,1% (słownie: jedna dziesiąta procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za Roboty, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt. 2) Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 1 pkt. 2) Umowy;

(...)

5) odstąpienia od Umowy przez jedną ze Stron, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% (słownie: dwadzieścia procent) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 13 ust. 1 Umowy;

(...)

6. Strony ustalają maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić na podstawie niniejszej Umowy na poziomie 30% (słownie: trzydzieści) całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust. 1 Umowy.

Wobec tak ukształtowanych postanowień SWZ wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt: KIO 3509/23) i wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 3515/23) wnieśli odwołania w dniu 24 listopada 2024 roku.

Sygn. akt: KIO 3509/23

Pismem z dnia 27 listopada 2023 r. wykonawca FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23.

Także pismem z dnia 27 listopada 2023 roku wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23.

Izba uznała, że zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców spełniają wymogi formalne, określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdziła, że wykonawca FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23.

W dniu 6 grudnia 2023 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 grudnia 2023 roku w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oraz w toku rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Sygn. akt: KIO 3515/23

Pismami z dnia 27 listopada 2023 r. wykonawcy:

- a) FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- b) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;
- c) STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie
- d) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie,

zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23.

Izba uznała, że zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców spełniają wymogi formalne, określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdziła, że wykonawcy: FABE POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i NDI S.A. z siedzibą w Sopocie stali się uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23.

W dniu 6 grudnia 2023 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23, w której oświadczył, iż: uwzględnia w części zarzut 1, w części zarzut 2 a) oraz w części zarzut 2 e) oraz, że wnosi o:

1. umorzenie postępowania w zakresie części zarzutu 1, w części zarzutu 2 a) oraz części zarzutu 2 e);
2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na jego bezzasadność;
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów obsługi prawnej według norm przepisanych lub zgodnie ze spisem kosztów, w razie jego złożenia na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniai uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie obu odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

I.Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23

Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Natomiast przepis art. 16 ustawy Pzp, w którym zostały określone podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi, iż: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Powołany powyżej przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp bezpośrednio wskazuje na wymagania jakie ustawodawca nałożył na zamawiających w związku z określaniem warunków udziału w postępowaniu, tj. z jednej strony zamawiający są obowiązani kierować się zasadą proporcjonalności względem przedmiotu zamówienia przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej strony odpowiednio ukształtowane warunki udziału w postępowaniu powinny dać zamawiającym możliwość oceny czy wykonawcy będą zdolni do należytego wykonania danego zamówienia. Innymi słowy, sposób ukształtowania warunków zamówienia musi być wyważony i powinien zabezpieczać interesy zarówno zamawiającego, który jest zainteresowany wyborem ofert wykonawców, dających rękojmię prawidłowej realizacji danego zamówienia, a jednocześnie warunki te nie mogą być nadmierne w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia i nie mogą w sposób nieuprawniony ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom.

W tym miejscu Izba przywołuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 2022r., wydany w sprawie C-195/21 (LB przeciwko Smetna palata na Republika Bulgaria). W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził m.in., że:

„49Instytucja zamawiająca powinna ponadto stosować się przy ustalaniu kryteriów kwalifikacji do podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych ustanowionych w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24. Do niej należy również, po pierwsze, równe i niedyskryminujące traktowanie wykonawców oraz działanie w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a po drugie, czuwanie nad tym, aby nie formułować warunków zamówienia w taki sposób, aby wykluczyć to zamówienie z zakresu zastosowania tej dyrektywy, lub aby w sztuczny sposób ograniczyć konkurencję, poprzez sformułowanie jego warunków z zamiarem nieuzasadnionego uprzywilejowania lub postawienia w mniej korzystnej pozycji niektórych wykonawców.

50 Niemniej jednak, jako że znajduje się ona w najlepszej sytuacji dla oceny swoich własnych potrzeb, prawodawca Unii przyznał instytucji zamawiającej szeroki zakres uznania przy ustalaniu kryteriów kwalifikacji, o czym świadczy stałe zastosowanie czasownika „móc” w art. 58 dyrektywy 2014/24. W ten sposób instytucja ta korzysta zgodnie z ust. 1 tego artykułu z określonej swobody przy definiowaniu takich warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jakie uzna za związane z przedmiotem zamówienia publicznego i proporcjonalne do niego oraz właściwe dla zapewnienia, że kandydat lub oferent dysponuje zdolnością prawną i finansową oraz kompetencjami technicznymi i zawodowymi koniecznymi dla wykonania udzielanego zamówienia. W szczególności zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca swobodnie ocenia warunki udziału, jakie uważa za właściwe ze swojego punktu widzenia, w szczególności w celu zagwarantowania wykonania zamówienia na takim poziomie jakości, jaki uzna za właściwy. (...)

53 Z uwagi na powyższe rozważanie na pierwsze pytanie prejudycjalne trzeba odpowiedzieć, iż art. 58 ust. 1 i 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca mogła wprowadzić tytułem kryteriów kwalifikacji dotyczących zdolności technicznych i zawodowych wykonawców bardziej rygorystyczne wymogi niż minimalne wymogi ustanowione przez uregulowanie krajowe, o ile takie wymogi będą właściwe dla zagwarantowania, iż kandydat lub oferent będzie posiadał zdolności techniczne i zawodowe konieczne dla zagwarantowania realizacji udzielanego zamówienia, o ile będą one związane z przedmiotem zamówienia oraz o ile będą one do niego proporcjonalne.”

Jak z powyższego wyroku wynika według Trybunału Sprawiedliwości zakres uznania przysługującego instytucji zamawiającej na etapie definiowania kryteriów kwalifikacji jest ograniczony w ten sposób, iż mają być one właściwe dla zagwarantowania, iż kandydat lub oferent będzie posiadał zdolności techniczne i zawodowe konieczne dla zagwarantowania realizacji udzielanego zamówienia o ile będą one związane z przedmiotem zamówienia oraz, o ile będą one do niego proporcjonalne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający określając warunki udziału w tym postępowaniu (Izba odnosi się do warunków w zakresie w jakim zostały one zaskarżone przez odwołującego) uczynił to zgodnie z dyspozycją art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, a także zgodnie z art. 58 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2017/2365.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że warunki udziału ustalone w przedmiotowym postępowaniu są adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz są uzasadnione zarówno w odniesieniu do skali, zakresu i specyfiki przedmiotu zamówienia, jak również stopnia jego złożoności, warunków realizacji oraz wartości zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim argumentację zamawiającego, że zamówienie obejmuje swoim zakresem prace, które będą dotyczyły falochronów wyspowych umiejscowionych na otwartych wodach zatoki. Tym samym realizacja tego zamówienia wymaga odpowiedniego doświadczenia nie tylko w zakresie budowli hydrotechnicznych (do których niewątpliwie zaliczają się również nabrzeża i pirsy), ale przede wszystkim doświadczenia w realizacji budowli hydrotechnicznych na otwartych wodach (bez dostępu drogowego do miejsca budowy) oraz na akwenie niezabezpieczonym przed falowaniem. Tymczasem w przypadku takich budowli jak nabrzeża i pirsy ich budowa odbywa się ze stałym dostępem drogowym do terenu budowy, w osłoniętych od falowania akwenach. Z kolei optymalne zorganizowanie pracy pozwala na wykonanie robót budowlanych bez użycia sprzętu pływającego, choć taki sprzęt też często jest używany w przypadku budowy nabrzeży i pirsów, co miała zwizualizować dokumentacja zdjęciowa okazana przez odwołującego.

Wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przedstawił z kolei opracowanie naukowe pt.: „Budowle morskie” wyd. II, tom IV Wykonawstwo robót morskich, Przykłady obliczeń, autorstwa Stanisława Hueckela, w którym wskazano, iż: „Budowę nabrzeży masywnych, podwodnych części pochylni i wyciągów, śluz i doków suchych bardzo często przeprowadza się tak jak na śródlądziu, tj. na sucho, pod osłoną grodzy (podrozdz. 8.4). Zupełnie inaczej natomiast przedstawia się wykonanie budowli zewnętrznych narażonych na bezpośrednie ataki morza. Obiekty takie wykonuje się najczęściej wprost na wodzie, bez jej usuwania czy obniżania, z czego w konsekwencji wynika konieczność budowy ich części podwodnych z elementów gotowych (kamień) lub prefabrykowanych.(...) Sztormy atakujące rozpoczętą budowę mogą stać się przyczyną jej częściowego zniszczenia, zatopienia znajdującego się na niej sprzętu oraz przygotowanych deskowań i rusztowań, torów transportowych itp. Konieczność przygotowania się do tego niebezpieczeństwa zmniejsza jeszcze liczbę dni poświęconych właściwym robotom budowlanym. (...) Nagłość i nieregularność przebiegu zjawisk hydrologicznych i meteorologicznych na morzu, gorsze przystosowanie człowieka do pracy na wodzie, trudności należytego i wyczerpującego zbadania budowy geologicznej dna morskiego stwarzają jeszcze jedną cechę charakteryzującą roboty na morzu, a mianowicie zwiększone w stosunku do robót lądowych ryzyko. Skutki każdego niedbalstwa czy przeoczenia są

tu na ogół o wiele gorsze niż przy pracach na lądzie, ale stosunkowo często zachodzą także wypadki niezawinione przez nikogo, wypadki których nie można z góry przewidzieć.”

Powyżej cytowane opracowanie wskazuje również na szczególną specyfikę robót budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowego zamówienia, a tym samym uzasadnia również szczególne oczekiwania zamawiającego w zakresie wykazania się przez wykonawców określonym doświadczeniem czy też wykazaniem, że dysponują lub będą dysponować osobami skierowanymi do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika Projektu oraz na stanowisku Kierownika Budowy legitymującymi się odpowiednim doświadczeniem zawodowym.

Dodać przy tym należy, że odwołujący wprowadził wykazywał, że zamawiający dopuścił w warunkach udziału w postępowaniu możliwość wykazania się doświadczeniem w realizacji budowy/przebudowy także falochronów półwyspowych, gdzie możliwy jest dostęp z lądu, jednak, nie negował tej okoliczności, że prace na takiej budowie hydrotechnicznej realizowane są w warunkach nieosłoniętych przed falowaniem, a co jak wykazywał zamawiający wymaga odpowiedniego doświadczenia i umiejętności w tym zakresie, jak również umiejętności w zabezpieczeniu tego typu prac.

Zamawiający powołał się przy tym na własne doświadczenie. Mianowicie, Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni realizując w roku 2006 zadanie: *Przebudowa Falochronu Głównego w Gdyni wraz z modernizacją systemu nawigacyjnego* musiał zerwać umowę z wykonawcą prac ze względu na niewłaściwe prowadzenie robót. Powyższe świadczy o tym, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu bazował również na własnych doświadczeniach.

Ponadto, zamawiający słusznie wskazywał, że choć budowle hydrotechniczne, takie jak falochrony, nabrzeża czy pirsy są zaliczone do tej samej kategorii obiektów budowlanych związanych z transportem wodnym (kategoria XXI), to z technicznego punktu widzenia występują istotne różnice w sposobie realizacji poszczególnych inwestycji. Także okoliczność, że rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 101, poz. 645) ustanawia wspólne warunki techniczne dla morskich budowli hydrotechnicznych w tym falochronów, nabrzeży i pirsów nie stanowi o tym, że są to budowle o takiej samej charakterystyce i sposobie realizacji. Samo rozporządzenie w dziale V zawiera przepisy odnoszące się tylko i wyłącznie do falochronów.

W konsekwencji nie sposób uznać, tak jak to wywodził odwołujący, że równoważne doświadczenie na tym samym lub wyższym poziomie będzie posiadał również wykonawca realizujący roboty związane z budową lub przebudową innych obiektów hydrotechnicznych, takich jak nadbrzeża lub pirsy.

Nie bez znaczenia jest okoliczność, że zamawiający przedstawił wykaz podmiotów, które w jego ocenie spełniają tak ustalone warunki udziału w postępowaniu, w tym także podmiotów, które realizowały referencyjne zamówienia na terenie Polski, a odwołujący w żaden sposób nie kwestionował tego wykazu.

W odniesieniu do wartości inwestycji Izba uznała, że warunek w tym zakresie jest ustalony w sposób adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wykazywał przy tym, że ta wartość zależy też od długości falochronu, a to z kolei przekłada się na długość okresu jego realizacji, a co za tym idzie, pozwala domniemywać, że wykonawca realizował inwestycję w różnych porach roku, przy różnych, także niesprzyjających warunkach atmosferycznych, co także przekłada się na ocenę zdolności takiego wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła oddalić odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23.

II. Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23

1)

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie następujących zarzutów odwołania:

- a) zarzutu nr 1 – w całości,
- b) zarzutu nr 2a) - w zakresie dotyczącym ustalenia bezusterkowego odbioru Projektu koncepcyjnego oraz bezusterkowego odbioru wielobranżowego projektu architektoniczno-budowlanego,
- c) zarzutu nr 2e) – w całości,
- d) zarzutu nr 3 - w zakresie dotyczącym przyjęcia zasady wypłaty 10% wynagrodzenia po odbiorze Końcowym Przedmiotu Umowy oraz uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Zamawiający bowiem w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w części, w części zarzutu nr 2 a) oraz części zarzutu nr 2 e), wskazując jednocześnie jaką część dokumentacji udostępni wykonawcom oraz jakich zmian dokonał w dokumentacji przetargowej.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania zamawiający, wyjaśniając wątpliwości odwołującego, związane z zakresem dokumentacji, do której udostępnienia zamawiający zobowiązał się w związku z uwzględnieniem w części zarzutu nr 1 odwołania, oświadczył, iż zobowiązuje się również do niezwłocznego przekazania aktualnego planu batymetrycznego.

Wobec powyższego odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut nr 1 w zakresie w jakim nie został on uwzględniony przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 a) zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie dotyczącym bezusterkowości odbioru projektu koncepcyjnego oraz projektu wielobranżowego. W pozostałym zakresie (tj. możliwości wielokrotnych rewizji dokumentacji) odwołujący podtrzymał swój zarzut.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 e) – zamawiający oświadczył, iż uznaje odwołanie co do okresu odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu, jednak nie zgodził się z żądaniem odwołującego skrócenia tego terminu do dwóch dni kalendarzowych, tylko skrócił ten termin do 2 dni roboczych. Odwołujący wycofał zarzut nr 2 e) w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 zamawiający oświadczył, iż uwzględnia ten zarzut w części dotyczącej limitu wynagrodzenia częściowego, zwiększając go do 95%. Odwołujący cofnął zarzut nr 3 w części dotyczącej limitu płatności częściowych w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego, a podtrzymał zarzut w zakresie odnoszącym się do żądania wprowadzenia zaliczkowania.

Wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego i częściowego ich wycofania przez odwołującego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie.

2)

Izba uwzględniła odwołanie zarzut nr 2 w zakresie w jakim odnosił się on do kwestii uprawnienia zamawiającego do wielokrotnych rewizji dokumentacji projektowej, nawet w stosunku do części już odebranych oraz w zakresie wysokości kar umownych.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

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

Stosownie do art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610, ze zm.) – dalej jako: „k.c.” - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Natomiast przepis art. 5 k.c. wyraża ogólną zasadę, iż nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Ad. zarzut nr 2a)

Zgodnie z § 10 ust. 3 Wzoru umowy: zamawiający może zgłaszać dalsze zastrzeżenia, jeżeli przekazana uzupełniona i poprawiona przez Wykonawcę dokumentacja stanowiącej przedmiot Umowy wymaga dalszych poprawek/uzupełnień. Zamawiający jest uprawniony do zgłaszania uwag do danej części dokumentacji również na dalszych etapach, nawet do części już odebranych, a Wykonawca jest obowiązany do ich uwzględnienia.

Odwołujący żądał wykreślenia zdania 2 z § 10 ust. 3.

Izba uznała, że określone w § 10 ust. 3 zd. 2 wzoru umowy uprawnienie zamawiającego do zgłaszania uwag do danej części dokumentacji projektowej również na dalszych etapach, nawet do części już odebranych i jednocześnie obowiązek wykonawcy do uwzględnienia tych uwag stanowi przejaw nadużycia ze strony zamawiającego jego prawa do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 627 k.c. przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia. Natomiast przepis art. 638 k.c. określa zasady odpowiedzialności za wady dzieła i stanowi, że:

§ 1. Do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego.

§ 2. Jeżeli zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio.

Odwolujący zasadnie wskazywał, że w oparciu o tak ukształtowane postanowienia Umowy zamawiający mógłby wielokrotnie zmieniać wytyczne i ocenę przedstawionych dokumentów, które przecież już zostały przez niego zaakceptowane i odebrane. Tym samym uprawnienie zamawiającego do wielokrotnych rewizji dokumentacji przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za zaniechania zamawiającego, który po otrzymaniu określonej części dokumentacji powinien być w stanie dokonać jej weryfikacji i oceny oraz zgłosić uwagi oraz zastrzeżenia w określonym, zamkniętym przedziale czasu. Słusznie powoływał się tutaj odwołujący na obowiązek współdziałania zamawiającego przy realizacji kontraktu.

Zamawiający z kolei argumentował, że ewentualne błędy, wady dokumentacji projektowej ujawniają się na etapie realizacji robót budowlanych. Wskazywał też, że skoro wykonawca odpowiedzialny jest zarówno za sporządzenie dokumentacji projektowej, jak i etap budowlany to zasadnym jest, aby wszelka dokumentacja projektowa mogła być sprawdzana i weryfikowana przez zamawiającego na każdym etapie realizacji zamówienia, a wykonawca, aby był zobowiązany do uwzględnienia odpowiednich zmian. Natomiast w toku rozprawy podnosił, że tak ukształtowane postanowienia umowy, pozwoliłyby mu na uniknięcie żądań ze strony wykonawcy w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych.

Jednakże Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego. Zamawiający zgodnie z § 10 ust. 3 zdanie 1 ma uprawnienie do zgłaszania dalszych zastrzeżeń do przekazanej i nawet poprawionej już dokumentacji. Natomiast przyznanie uprawnienia zamawiającemu do zgłaszania dalszych uwag do części dokumentacji już odebranej przez niego, z którym skorelowany byłby obowiązek wykonawcy do uwzględnienia tych uwag, w ocenie Izby stanowi przejaw nadużycia pozycji ze strony zamawiającego, jako gospodarza postępowania przetargowego. Interesy zamawiającego z tytułu ewentualnych wad dokumentacji projektowej już odebranej zabezpieczają odpowiednie przepisy k.c., w tym powołany powyżej przepis art. 638 k.c.

Słusznie podnosił odwołujący w toku rozprawy, że przedmiotowa inwestycja jest bardzo skomplikowana i wymaga współdziałania zarówno ze strony wykonawcy, jak i samego zamawiającego. Tym samym, zamawiający powinien zapewnić też odpowiedni zespół, który będzie sprawnie współdziałał i będzie w stanie – przed odbiorem dokumentacji projektowej – zgłosić stosowne uwagi i zastrzeżenia.

Wobec powyższego Izba uwzględniła zarzut nr 2 a) odwołania w zakresie dotyczącym możliwości wielokrotnych rewizji dokumentacji i nakazała zamawiającemu dokonanie zmian postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, poprzez wykreślenie zdania drugiego w § 10 ust. 3 Wzoru Umowy.

Ad. zarzut nr 2b), 2c) i 2d)

Izba podzieliła także stanowisko odwołującego w kwestii zarzutu ukształtowania postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, z przekroczeniem: granic swobody umów, zasad współzycia społecznego oraz rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane poprzez ustalenie nadmiernie wysokich kar umownych, tj. stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót, stawki kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, a także łącznego limitu kar umownych.

W przypadku stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu robót (określonych w Rozdziale IV ust. 4 pkt 3 SWZ), to Izba podzieliła w tym zakresie argumentację odwołującego odnoszącą wysokość tej kary do wartości tych robót szacowaną na ok. 500 000 000 mln zł, co przy przyjętej stawce 0,1 % daje ok. 500 000 zł za każdy dzień zwłoki.

W ocenie Izby jest to kara nadmierna i rażąco wygórowana. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy w zakresie kar umownych w oderwaniu od wielkości i specyfiki przedmiotu zamówienia.

Oczywistym jest, że ustalony procent określa stosunek proporcjonalny kary umownej do wartości całkowitego wynagrodzenia za roboty budowlane oraz, że stawka 0,1 % jest stosowana w kontraktach, a nawet wskazywana jako przykład dobrej praktyki kontraktowej przez UZP.

Niemniej nie można pomijać tu kwotowej wartości szacowanej wartości robót (której zamawiający nie kwestionował). Obie strony wskazywały w toku rozprawy, iż kara umowna ma w szczególności pełnić funkcje prewencyjne, stymulacyjne (motywować wykonawcę do terminowej realizacji robót, określonych Umową). W ocenie Izby

kara umowna określona na poziomie 0,01 % (czyli ok. 50 000 zł), jak żądał tego odwołujący, spełni swój podstawowy cel. Słusznie zauważył odwołujący, że kara umowna nie powinna być symboliczna, ale jednocześnie nie może pozbawiać wykonawcy ekonomicznego sensu realizacji inwestycji. Jednocześnie należy zauważyć, że zamawiający w tym kontekście powoływał się na obostrzenia związane z otrzymanym dofinansowaniem oraz na olbrzymie ryzyko finansowe, lecz nie przedstawił jakichkolwiek pełniejszych informacji i danych w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmian postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ poprzez:

- zmianę w § 16 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „w wysokości 0,1% (słownie: jedna dziesiąta procenta)” wyrażeniem: „w wysokości 0,01% (słownie: jedna setna procenta)”.

Ponadto, Izba uznała, że również łączny limit kar umownych, określony w § 16 ust. 6 Wzoru Umowy ustalony na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust. 1 Umowy jest rażąco wygórowany. Zatem, maksymalna wysokość kar umownych wynosić będzie w tym przypadku ok. 150 000 000 zł (przy odniesieniu do wartości szacunkowych). Jednocześnie procentowo określony limit 30% także w przypadku tej inwestycji należy uznać za nadmierny.

Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w przywołanym przez odwołującego wyroku Izby z dnia 30.10.2020 r., sygn. akt: KIO 2652/23, iż:

„Niewątpliwie wprowadzenie kar umownych do warunków umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, co do zasady należy uznać za środek odpowiedni dla zapewnienia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednakże z zasady proporcjonalności wynika również, że taki co do zasady odpowiedni środek powinien być zastosowany wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla osiągnięcia tego celu. W konsekwencji obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasada proporcjonalności wyznacza dla zamawiającego granicę swobody w kształtowaniu warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, co należy brać pod uwagę przy stosowaniu art. 3531 kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. (...)

Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do swoistego nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy też naruszenia zasady proporcjonalności”.

W konsekwencji Izba uznała, że określona przez zamawiającego w § 16 ust. 6 Wzoru umowy maksymalna wysokość kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust. 1 Umowy, jest nadmierna i rażąco wygórowana.

Jednocześnie, Izba nie będąc związana żądaniami odwołującego, ustanowiła ten limit nieco wyżej niż żądał tego odwołujący, tj. na poziomie 20 %, mając na uwadze wyważenie interesów i zamawiającego, i wykonawców ubiegających się o to zamówienie.

Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmian postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, poprzez:

- zmianę w § 16 ust. 6 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „na poziomie 30% (słownie: trzydzieści)” wyrażeniem: „na poziomie 20% (dwadzieścia)”.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia od Umowy przez jedną ze Stron, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy Izba w szczególności posiłkowała się przywołanym przez odwołującego opracowaniem Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącym Przykładów negatywnych i dobrych praktyk kontraktowych, gdzie jako przykład dobrej praktyki kontraktowej (rekomendowanego kierunku regulacji), wskazano, że kara za odstąpienie od umowy nie powinna być wyższa niż 10%.

Ponadto, powyżej przywołana argumentacja w odniesieniu do wysokości stawki dziennej kary umownej z tytułu zwłoki oraz łącznego limitu kar umownych również jest adekwatna w tym przypadku.

Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmian postanowień Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, poprzez:

- zmianę w § 16 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie wyrażenia: „w wysokości 20% (słownie: dwadzieścia procent)” wyrażeniem: „w wysokości 10% (słownie: dziesięć procent)”;

Ad. zarzut nr 3)

Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu dotyczącego rezygnacji w ramach projektowanych postanowień umownych z możliwości zaliczkowania robót budowlanych

Zgodnie z art. 442 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Z kolei przepis art. 443 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział płatności częściowe, a zatem spełnił wymóg określony w art. 443 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 442 ust. 1 ustawy Pzp stanowi o tym, że zamawiający „może” udzielić zaliczek. Jest to uprawnienie zamawiającego, a nie bezwzględny obowiązek.

Ponadto, zamawiający w tym postępowaniu ustanowił płatności częściowe, co też dodatkowo zabezpiecza też interesy wykonawców i jak wspomniano powyżej, czyni zadość obowiązkowi nałożonemu na zamawiającego na podstawie art. 443 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut nr 3 w zakresie odnoszącym się do kwestii zaliczkowania robót budowlanych. W pozostałym zakresie zarzut został częściowo uwzględniony i wycofany, o czym była mowa powyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 (dot. sprawy o sygn. akt: KIO 3515/23) § 8 ust. 2 pkt 1 (dot. sprawy o sygn. akt: KIO 3509/23) w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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 § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika wynikające ze złożonej faktury VAT – zostały podzielone na 3 sprawy odwoławcze, zgodnie z opisem na fakturze (po 1 476 zł na każdą ze spraw).

W oparciu o powyższe:

1)w sprawie o sygn. akt: KIO 3509/23

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1 476 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego związanych z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego.

2)w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/23

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 1 476 zł poniesioną przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego oraz stosunkowo rozdzieliła koszty uwzględniając stosunek liczby zarzutów uwzględnionych (4) do oddalonych (1) i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 704,80 zł tytułem należnej odwołującemu części kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: