Sygn. akt: KIO 4179/26

WYROK

Warszawa, 25 września 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: W.Z.

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 sierpnia 2026 r. przez wykonawcę EKOINDUSTRY Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach,

przy udziale uczestników po stronie Odwołującego:

1)Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie,

2)NDI S.A. z siedzibą w Sopocie,

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 6, 8, 9 lit. c), g), i) i nakazuje Zamawiającemu:

- wykreślenie z dokumentów zamówienia odniesień do nieistniejących aprobat technicznych, świadectw ITP i norm branżowych oraz zakazu wbudowywania wyrobów importowanych bez pozytywnej opinii ITB;
- zamieszczenie w dokumentach zamówienia wykazu wszystkich aktualnych, ostatecznych decyzji administracyjnych warunkujących realizację robót oraz ograniczenie obowiązku przedłużenia przez wykonawcę wygasłych pozwoleń lub odnowienia innych uzgodnień do sytuacji, gdy wygaśnięcie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- zmianę § 2 ust. 18 umowy przez ograniczenie obciążenia wykonawcy kosztami intensyfikacji robót do przypadku, gdy konieczność intensyfikacji została spowodowana zwłoką wykonawcy;
- zmianę § 2 ust. 17 zd. 3 umowy przez wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy za utratę ważności nowych materiałów przeznaczonych do wykonania umowy w przypadku okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- zmianę § 13 ust. 2 umowy przez przyznanie wykonawcy prawa żądania zwrotu wszystkich udokumentowanych kosztów przedłużenia terminu realizacji umowy w sytuacji, gdy przedłużenie wynika przyczyn, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3.Kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach w części 1/3 oraz wykonawcę EKOINDUSTRY Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w części 2/3 i:

3.1.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 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 867 zło 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4179/26

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gliwicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Przebudowa i modernizacja skarp i urządzeń zbiornika wodnego Dzierżno Duże, stanowiącego ochronę przeciwpowodziową doliny Kłodnicy*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 sierpnia 2026 r. pod numerem 561409-2026.

Wykonawca EKOINDUSTRY Sp. z o.o. wniósł 24 sierpnia 2026 r. odwołanie wobec treści SWZ, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 112 ust. 1 i art. 116 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (ust. 7.2.4. pkt 2.1. i 2.2. SWZ) z uwzględnieniem wymogu dysponowania dwiema odrębnymi osobami o tożsamych uprawnieniach budowlanych bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej (kierownik budowy oraz kierownik robót hydrotechnicznych) – z bezwzględnym zakazem łączenia funkcji, podczas gdy z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego wynika obowiązek ustanowienia kierownika robót wyłącznie w specjalności innej niż posiadana przez kierownika budowy;

2. art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert pn. „Zwiększenie wysokości kary za zwłokę w wykonaniu zamówienia" (ust. 15.2.4 i ust. 15.4.4 SWZ), które nie odnosi się do przedmiotu zamówienia ani jakości świadczenia, lecz do rozmiaru sankcji, przekształcając karę umowną w przedmiot licytacji i premiując wykonawców o największej zdolności absorpcji ryzyka, z pokrzywdzeniem małych i średnich przedsiębiorstwa;

3. art. 240 ust. 1 i 2 oraz art. 241 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez opisanie zasad oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy" (ust. 15.4.2 SWZ) – za pomocą trzech punktów progowych (10/20/30 mln zł) – bez określenia sposobu punktacji wartości pośrednich oraz skutku wartości niższej niż 10 mln zł;

4. art. 99 ust. 6 w zw. z art. 99 ust. 5 oraz art. 101 ust. 4 i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia w dokumentach zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności dla rozwiązań o charakterze produktowym oraz zaniechanie opatrzenia odniesień do norm, ocen i specyfikacji technicznych wyrazami „lub równoważne" – przy jednoczesnym ukształtowaniu pkt 4.9 SWZ w sposób czyniący niedopuszczalnym złożenie oferty równoważnej (wymóg wykazania równoważności już w ofercie, pod rygorem odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, połączony z zastrzeżeniem, że rozwiązanie równoważne „nie może stanowić zmiany dokumentacji projektowej", oraz z wymogiem posiadania „atestów i aprobat technicznych");

5. art. 99 ust. 4-6 w zw. z art. 101 ust. 4 i 5 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, technologie i urządzenia określonych wytwórców, bez uzasadnienia specyfiką przedmiotu zamówienia i bez określenia kryteriów równoważności, w tym:

   a) opisanie technologii zagęszczania impulsowego (RIC) treścią zbieżną z materiałami informacyjnymi jednego wykonawcy technologii wzmocnień podłoża (młot 5–12 t zrzucany z wys. ok. 1,2 m na stopę śr. 1,5 m, 40–60 uderzeń/min – dokumentacja uzupełniająca ocenę stanu technicznego, pkt 7.2.1), wraz z ograniczeniem „Z uwagi na niezbędny zakres prac dopuszcza się jedynie maszyny o wadze min. 9 ton" (STWiORB br. hydrotechniczna, Część 6, pkt 5);

   b) opisanie kolumn kompaktacyjnych cechami konstrukcyjnymi urządzeń jednej technologii – „specjalistyczna palownica, która podtrzymuje wibrator wgłębny ze śluzą", „maksymalny docisk pionowy przekazywany na wibrator wynosi około 150kN", „winda aktywacyjna (dociskowa)" oraz wymóg dysponowania „zapasową palownicą" (STWiORB Część 6, pkt 5; analogicznie PT s. 11);

   c) opisanie materacy i koszy siatkowo-kamiennych zestawem cech katalogowych wyrobów jednego producenta (STWiORB Część 22, pkt 4; PT s. 37 i 48; Przedmiar poz. 12.1.13–12.1.16: podwójna notacja średnic drutów 2,7/3,7 i 3,4/4,4 mm, powłoka Zn95Al5/ZnAl min. 230 g/m2 kl. A wg EN 10244-2 z dodatkową powłoką polimerową, zszywki ze stali nierdzewnej o nośności min. 2 kN co 10 cm, „perforowane stężenia typu X … 1 szt./m2" o „minimum trzech punktach mocowania w dnie materaca", odporność powłoki „min. 300 cykli zgodnie z ASTM A975");

d)wymóg „dedykowanej listwy systemowej z HDPE o charakterystycznym profilu z kotwami" bez jakiegokolwiek parametru funkcjonalnego (STWiORB Część 9, pkt 7; PT; Przedmiar poz. 4.15, 12.1.3, 12.2.7);

e)opisanie geomembrany HDPE parametrem niemożliwym do zadeklarowania — „wytrzymałość na rozdzieranie ≥ 130 kN/m (-10%) (PN-ISO 433-1)" wg normy, która dla geomembran nie istnieje (STWiORB Część 9, pkt 4; PT s. 37) – oraz cechami fabrycznymi wyrobów wybranych wytwórców (pomiar grubości wg ASTM D 5994 właściwej dla geomembran teksturowanych, fabryczna „wewnętrzna średnica tekturowego rdzenia ok. 152 mm", składowanie „do 4 rolek" – STWiORB Część 9, pkt Transport);

f)opisanie materiałów chemii budowlanej wartościami przepisanymi z kart technicznych konkretnych produktów (PT s. 44–46: „napięcie powierzchniowe < 35 mN/m", „lepkość dynamiczna 900/1100 mPas", „wytrzymałość na ściskanie po wypełnieniu piaskiem SK1: 70 MPa (1:8)", „klasa AR 0,5 wg BCA") wraz z wymogiem pochodzenia zapraw „z jednego systemu naprawczego" (PT s. 52);

g)wskazania wprost: „urządzenie do natrysku na mokro, np. Putzmeister S4EV/TM" (STWiORB Część 12, pkt 5) mata bentonitowa „SP" (dokumentacja uzupełniająca/załączniki PB), rury drenarskie „typ R2 wg DIN 4262-1" (STWiORB Część 18, pkt 4; Przedmiar poz. 5.1.3.5);

h)opisanie geokraty komórkowej zestawem cech jednego wyrobu – wysokość 10 cm, rozstaw zgrzein 440 mm, wymiar sekcji 6,5 × 3,5 m, komórka 22 × 22 cm – z wymogiem zgodności „z aprobatą techniczną IBDiM" (STWiORB br. drogowa, D.10.10.01, pkt 2) — wszystko bez kryteriów równoważności;

rt. 99 ust. 4 i 5 oraz art. 101 ust. 1–5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 (CPR) i art. 34 TFUE w zakresie postanowień opisu przedmiotu zamówienia – poprzez uzależnienie dopuszczenia wyrobów budowlanych od dokumentów odniesienia, które nie istnieją lub nie są wydawane od 1.01.2017 r., a nadto – w STWiORB Część 1 pkt 10 – uzależnienie jakości wyrobów od „norm państwowych (PN lub BN)" i „świadectw ITB", zakaz wbudowywania wyrobów wytwarzanych wg norm zakładowych „bez wydanej uprzednio decyzji Instytutu Techniki Budowlanej" oraz zakaz wbudowywania „materiałów, elementów i wyrobów importowanych bez uzyskania pozytywnej opinii ITB", stanowiący bezpośrednią dyskryminację wyrobów z innych państw członkowskich UE;

rt. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 103 ust. 1-3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i wewnętrznie sprzeczny, w tym:

a)pozostawienie w dokumentach zamówienia CZTERECH niedających się pogodzić kompletów parametrów przesłony przeciwfiltracyjnej: nakaz organu nadzoru budowlanego – przegroda na głębokość h=14,0 m (decyzja ŚIWINB nr 112/20, pkt I.5); dokumentacja uzupełniająca ocenę stanu technicznego (pkt 7.4.1)– CDMM „lub inna równoważna metoda", b=0,4 m, h=14,0 m, fck ≥ 0,3 MPa, $k \leq 1 \cdot 10^{-7}$ m/s; OPZ pkt 1.8.1 lit. g– przegroda bentonitowo-cementowa 0,6 m / 20,0 m; Przedmiar poz. 11.2 w zw. z STWiORB Część 8– przesłona bentonitowo-cementowa „w technologii ścian szczelinowych", 0,6 m, głębokość 20–28 m (34 080 m²), fck ≥ 0,5 MPa, $k \leq 1 \cdot 10^{-9}$ m/s;

b)rozbieżne rozwiązania umocnienia skarpy odwodnej (ocena/nakaz: uzupełnienie ubytków istniejących płyt i dodatkowe umocnienie „do poziomu 204,20 m n.p.m.", mata bentonitowa z zasypką, geowłóknina gr. 500 i narzut kamienny 90–250 mm – vs PT/Przedmiar: całkowita rozbiórka i nowe płyty żelbetowe C35/45 W10 F200 gr. 25 cm, geomembrana HDPE 2,0 mm, materace siatkowo-kamienne 90–180 mm);

c)rozbieżny drenaż (ocena/nakaz pkt 7.4.3: rury PP DN200– vs Przedmiar poz. 5.1.3.5: DN300 PP SN8 „typ R2 wg DIN 4262-1");

d)sprzeczne założenia wykonawcze co do zwierciadła wody (ocena pkt 7.3.2: „z dużym wyprzedzeniem należy obniżyć poziom piętrzenia do rzędnej 194,5" — vs PT s. 64 pkt 10–11: realizacja „bez tymczasowego wyłączenia zbiornika", „nie będzie możliwe okresowe obniżenie do Min PP 194,50", jedynie „możliwość okresowego obniżenia … do rzędnej ~198 m n.p.m.", przy czym „ostateczny poziom … w decyzyjności administratora zbiornika");

e)sprzeczną sekwencję rozpoczęcia robót (PT s. 64 pkt 7: rozpoczęcie „wyłącznie po uzyskaniu wszelkich wymaganych prawem pozwoleń" oraz OPZ pkt 1.9 ppkt 2: zakaz rozpoczęcia robót przed uzgodnieniem analizy ryzyka dla ichtiofauny i wdrożeniem wszystkich środków zabezpieczających – vs § 3 ust. 1 Umowy: obowiązek

rozpoczęcia robót nie później niż 21 dni od zawarcia Umowy, obwarowany karami i prawem odstąpienia);

f) posłużenie się niezdefiniowanym pojęciem „okresu letniego (wysokich temperatur)" jako granicą bezwzględnego zakazu prowadzenia robót ograniczających przepływ (OPZ pkt 1.9 ppkt 2)– bez wskazania dat, co uniemożliwia zaplanowanie i wycenę frontów robót – przy jednoczesnym obciążeniu wykonawcy skutkami wszystkich powyższych sprzeczności (§ 1 ust. 11 Umowy);

8. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 103 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1–3 oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ i art. 651 Kc, poprzez zaniechanie zapewnienia i ujawnienia w dokumentach zamówienia aktualnego stanu prawnego inwestycji oraz przerzucenie na wykonawcę skutków jego nieaktualności, w sytuacji, gdy:

a) termin wykonania obowiązków nałożonych decyzją nakazową ŚIWINB nr 112/20, przedłużony decyzją nr 138/22 do dnia 31 grudnia 2025 r., upłynął przed wszczęciem postępowania, a dokumenty zamówienia nie zawierają ani kolejnej prolongaty, ani informacji o podstawie prawnej dalszej realizacji robót;

b) jedyne ujawnione pozwolenie wodnoprawne pochodzi z 28.10.2014 r. (OPZ pkt 1.5 ppkt 1), a dokumenty zamówienia nie zawierają informacji o jego aktualności;

c) zezwolenia na usunięcie drzew i krzewów pochodzą z 2022 r., a OPZ pkt 1.9 ppkt 11 wprost zakłada ich wygaśnięcie, nakazując wykonawcy „przedłużenie wygasłych pozwoleń na wycinki" oraz „odnowienie" innych zdezaktualizowanych uzgodnień na własny koszt;

d) wykaz decyzji (OPZ pkt 1.5) nie obejmuje decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach ani pozwolenia na budowę/zgłoszenia, mimo że Umowa (§ 4 ust. 3 pkt 4 lit. a) zakłada zawiadomienie organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy i ewentualne pozwolenie na użytkowanie;

e) OPZ pkt 1.9 ppkt 10 przenosi na wykonawcę „wszelkie obowiązki wynikające z pozwoleń i decyzji administracyjnych" z chwilą przejęcia terenu budowy – czyniąc wykonawcę odpowiedzialnym za aktualność decyzji, które uzyskiwał Zamawiający i na których ważność wykonawca nie miał żadnego wpływu;

9. art. 433 pkt 1-3 w zw. z art. 431 i art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹, art. 471, art. 473 § 1 i art. 651 Kc, poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umowy i dokumentów zamówienia w sposób przewidujący odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, oraz naliczanie kar za opóźnienie niezawinione, w szczególności w zakresie postanowień przewidujących:

a) § 1 ust. 11 Umowy – rozstrzyganie „jakichkolwiek sprzeczności, dwuznaczności lub rozbieżności" dokumentów „szerszym zakresem świadczeń lub wyższym standardem wykonania", o którym „ostateczna decyzja … należeć będzie do Zamawiającego", bez prawa do wynagrodzenia i zmiany terminu;

b) § 3 ust. 2 zd. 2 Umowy – zdefiniowanie „dotrzymania terminu wykonania Umowy" jako dokonania odbioru końcowego WRAZ z zatwierdzeniem przez Zamawiającego kosztorysu powykonawczego, przez co w terminie wykonawcy, obwarowanym karą 20 000–50 000 zł za każdy dzień, zamknięto sekwencję czynności własnych Zamawiającego i Inżyniera (przystąpienie do odbioru — do 21 dni od zgłoszenia, § 4 ust. 3 pkt 4 lit. b; odbiór — do 21 dni, lit. h; kosztorys powykonawczy — 15 dni; jego weryfikacja – do 15 dni, § 4 ust. 3 pkt 5) oraz czynności organów administracji (§ 4 ust. 3 pkt 4 lit. a);

c) § 2 ust. 18 Umowy – prawo Zamawiającego żądania intensyfikacji robót (dodatkowe brygady, sprzęt, praca zmianowa, soboty i niedziele) już w razie „opóźnienia" przekraczającego 14 dni względem OHB – a więc także opóźnienia niezawinionego – z przerzuceniem całości kosztów akceleracji na wykonawcę i sankcją kary 2 000 zł/dzień (§ 9 ust. 1 pkt 5);

d) klauzule nakazujące wycenę robót tymczasowych i towarzyszących „(w tym również tych nie wyszczególnionych w Dokumentacji Projektowej)" w cenach jednostkowych lub kosztach ogólnych (PT– uwagi ogólne, m.in. branża drogowa pkt 10) – przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia;

e) uzależnienie kluczowego warunku realizacji (poziomu piętrzenia, najwyżej ok. 198,00 m n.p.m.) od dyskrecjonalnej „decyzyjności administratora zbiornika", którym jest sam Zamawiający, bez jakiejkolwiek gwarancji umownej (PT s. 64 pkt 11–12);

f) przeniesienie na wykonawcę całości ryzyk środowiskowych, w tym kosztów działań ratowniczych, odszkodowań i skutków zdarzeń „z przyczyn zarówno zależnych, jak i niezależnych od Wykonawcy" (OPZ pkt 1.9 ppkt 6 i ppkt

31);

g)§ 2 ust. 17 zd. 3 Umowy – obciążenie wykonawcy, „niezależnie od przyczyny", wszelkimi kosztami i ryzykiem utraty ważności materiałów, a więc także w razie przestoju z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

h)§ 11 ust. 6 Umowy – obowiązek przedłużania zabezpieczenia na koszt wykonawcy „niezależnie od przyczyn" wydłużenia terminu realizacji;

i)§ 13 ust. 2 Umowy – przy przedłużeniu terminu z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę zwrot wyłącznie zamkniętego katalogu „kosztów ogólnych" (z pominięciem kosztów sprzętu i kosztów ogólnych zarządu), obwarowany terminami zgłoszenia 7 i 21 dni „pod rygorem odmowy zapłaty";

j)§ 16 ust. 3-4 Umowy – zastrzeżenie, że „weryfikacja przesłanek uznania zdarzenia za siłę wyższą oraz ocena wpływu … należy do Zamawiającego", przy jednoczesnym wyłączeniu dodatkowego wynagrodzenia;

k)§ 1 ust. 8 Umowy – obowiązek wykonania robót ujętych w Projekcie budowlanym, a niewyszczególnionych w Przedmiarze, „bez zawierania odrębnej Umowy i to w terminie umownym", a więc przed uzgodnieniem wyceny w trybie § 13;

l)§ 5 ust. 2 pkt 7 Umowy – zrzeczenie się z góry wszelkich roszczeń związanych z nieudzieleniem zaliczki (do ok. 27,8 mln zł), czyniące zaliczkę świadczeniem całkowicie dyskrecjonalnym;

m)§ 10 ust. 4 pkt 4 Umowy – prawo odstąpienia, gdy „tempo realizacji prac nie gwarantuje" dotrzymania terminu (przesłanka ocenna, niemierzalna), oraz § 10 ust. 12 — prawo odstąpienia „bez negatywnych dla siebie skutków", gdy zmiany z § 13 przekroczą 30% wynagrodzenia;

n)§ 2 ust. 1 Umowy – obowiązek utrzymywania ubezpieczenia OC oraz ubezpieczenia usuwania szkód przez cały okres rękojmi i gwarancji (przy 96miesięcznej gwarancji — do 8 lat po odbiorze) oraz ubezpieczenia robót (CAR) na 100% wynagrodzenia brutto, tj. na sumę rzędu pół miliarda złotych;

10. art. 433 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 484 § 2 Kc w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie wzoru umownego (załącznik nr 4 do SWZ), poprzez ukształtowanie katalogu kar umownych (§ 9 Umowy) w sposób rażąco nieproporcjonalny i jednostronny: 31 tytułów kar wyłącznie po stronie wykonawcy przy braku choćby jednej kary zastrzeżonej na rzecz wykonawcy, nieproporcjonalnie wysoki maksymalny pułap kar umownych – 30% łącznego wynagrodzenia;

11. art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1–3 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp – przez określenie klauzuli waloryzacyjnej (§ 13 ust. 5 Umowy) w sposób niejednoznaczny i czyniący waloryzację iluzoryczną:

a)jako poziom zmiany ceny uprawniający do waloryzacji wskazano zmianę „o więcej niż 5%" MIESIĘCZNEGC wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej GUS („obowiązującego w dniu złożenia wniosku w stosunku do wskaźnika obowiązującego w dniu zawarcia Umowy") – wskaźnik miesięczny wyraża zmianę cen miesiąc do miesiąca i w warunkach stabilnej gospodarki oscyluje w granicach ±1%, wobec czego próg może nie zostać osiągnięty nawet przy skumulowanej dwucyfrowej inflacji kosztów w 24-miesięcznym okresie realizacji;

b)wzór W = X × G nie rozstrzyga, czy waloryzacji podlega pełna wartość zmiany wskaźnika, czy nadwyżka ponad próg 5%;

c)waloryzacja obejmuje wyłącznie zakres „niewykonany … wg stanu na dzień złożenia wniosku", przez co wzrost kosztów poniesiony między przekroczeniem progu a dniem wniosku bezpowrotnie obciąża wykonawcę, a wniosek można składać nie częściej niż co 6 miesięcy;

d)pkt 10 przewiduje, że po upływie pierwotnego terminu wykonania waloryzacja następuje według wskaźnika „korzystniejszego dla Zamawiającego" – niezależnie od przyczyn przekroczenia terminu, a więc także przy przedłużeniu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (w sprzeczności z pkt 11, który skutek ten wiąże wyłącznie ze zwłoką wykonawcy);

e)łączny limit 10% pierwotnego wynagrodzenia netto w połączeniu z powyższą konstrukcją progu nie odpowiada wymogowi ustalenia realnego mechanizmu przywracania równowagi ekonomicznej;

12. art. 16 pkt 3 w zw. z art. 453 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 568 § 1 Kc, poprzez zrównanie okresu rękojmi z

okresem gwarancji wydłużanym w kryterium oceny ofert do 96 miesięcy (§ 8 ust. 1–2 Umowy) i związane z tym zatrzymanie 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy – na okres do 8 lat po odbiorze, z obowiązkiem nieprzerwanego odnawiania zabezpieczenia (§ 11 ust. 5–7) pod rygorem konwersji na pieniądz, oraz przez sprzężony z tym obowiązek utrzymywania ubezpieczeń przez cały ten okres (§ 2 ust. 1) – w sposób nieproporcjonalnie obciążający wykonawców i ograniczający udział MŚP;

13. art. 436 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie terminu wykonania zamówienia (24 miesiące od zawarcia Umowy) w wymiarze nieuwzględniającym narzuconych w dokumentacji okien sezonowych i technologicznych oraz procedur konsumujących ten termin, np.:

–zakaz prowadzenia w niezdefiniowanym „okresie letnim" robót ograniczających przepływ – OPZ pkt 1.9 ppkt 2;

–prace na 10 wskazanych działkach wyłącznie „w okresie jesiennym tj. po zbiorach plonów" — ppkt 34;

–zakaz wycinki od 1 marca i uprzednia inwentaryzacja ornitologiczna — ppkt 12; - etapowanie rozbiórki korpusu odcinkami maks. 400 m z odbudową przed dalszą rozbiórką — ppkt 7;

–realizacja bez obniżenia piętrzenia poniżej ok. 198,00 m n.p.m., w dyskrecji administratora — PT s. 64 pkt 10–12;

–obowiązek uzgodnienia gospodarowania wodą z Nadzorem Wodnym Pławniowice – PT s. 64 pkt 12;

–konsumpcja ok. 2 miesięcy terminu przez sekwencję odbiorowo-rozliczeniową z § 3 ust. 2 w zw. z § 4 Umowy) co czyni termin realnie osiągalnym jedynie dla wykonawców dysponujących z góry zwielokrotnionym potencjałem;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia w dokumentach zamówienia następujących zmian:

1. dopuszczenie łączenia funkcji Kierownika budowy i Kierownika robót hydrotechnicznych przez jedną osobę albo wykreślenie wymogu dysponowania Kierownikiem robót hydrotechnicznych, ewentualnie obniżenie wymagań dla tej funkcji do uprawnień w specjalności inżynieryjnej hydrotechnicznej w ograniczonym zakresie;

2. usunięcie tego kryterium „Zwiększenie wysokości kary za zwłokę w wykonaniu zamówienia" i realokację jego wagi (12%) na kryterium ceny lub kryteria jakościowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia;

3. uzupełnienie opisu kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy" kryterium o jednoznaczny sposób punktacji wartości pośrednich (interpolacja liniowa albo progi domknięte przedziałami) oraz wskazanie skutku wykazania wartości niższej niż 10 mln zł;

4. jednoznaczne określenie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności (parametrów granicznych istotnych funkcjonalnie), opatrzenie wszystkich odniesień do norm, aprobat, ocen i specyfikacji technicznych w STWiORB i dokumentacji projektowej wyrazami „lub równoważne" oraz zmianę pkt 4.9 SWZ przez wykreślenie zastrzeżenia, że rozwiązanie równoważne „nie może stanowić zmiany dokumentacji projektowej", wykreślenie wymogu „atestów i aprobat technicznych" i ograniczenie wymogów dowodowych na etapie oferty do przedmiotowych środków dowodowych wyraźnie wskazanych w SWZ;

5.

a) w zakresie ST „Roboty w zakresie dogęszczania i wgłębnego wzmocnienia gruntu": wykreślenie zdania „Z uwagi na niezbędny zakres prac dopuszcza się jedynie maszyny o wadze min. 9 ton" oraz wymogu „zapasowej palownicy", a także zastąpienie opisów cech urządzeń (wibrator śluzowy, docisk ok. 150 kN, „winda aktywacyjna") wymaganiami wynikowymi (ID ≥ 0,70 / ID ≥ 0,55 potwierdzone sondowaniami, z dopuszczeniem równoważnych technologii zagęszczenia);

b) w zakresie umocnień siatkowo-kamiennych: zastąpienie cech katalogowych (badanie wg ASTM A975, „stężenia typu X … 1 szt./m2", podwójna notacja średnic drutów) parametrami funkcjonalnymi (wytrzymałość siatki, klasa trwałości powłoki wg EN 10244-2, trwałość korozyjna) z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych – jednolicie w STWiORB, PT (s. 37, 48) i Przedmiarze (poz. 12.1.13–12.1.16);

c) w zakresie mocowania geomembrany: określenie parametrów funkcjonalnych listwy kotwiącej (materiał, wytrzymałość zakotwienia na wyrywanie, rozstaw kotew) w miejsce sformułowania „dedykowana listwa systemowa z HDPE o charakterystycznym profilu" (Przedmiar poz. 4.15, 12.1.3, 12.2.7; PT), z dopuszczeniem równoważnych systemów mocowania i kotew;

d) w zakresie geomembrany HDPE: sprostowanie parametru „wytrzymałość na rozdzieranie ≥ 130 kN/m (-10%) (PN-ISO 433-1)" (PT s. 37) przez podanie prawidłowej wartości i metody badawczej oraz usunięcie wymagań

przesądzających cechy fabryczne wyrobu (strefy zakładu, średnica rdzenia, metoda ASTM D5994 dla geomembrany gładkiej) niemających znaczenia funkcjonalnego;

e) w zakresie materiałów chemii budowlanej i systemu napraw betonu: zastąpienie wartości katalogowych (m.in. „napięcie powierzchniowe < 35 mN/m", piasek „SK1", klasa „AR 0,5 wg BCA", punktowe lepkości 900/1100 mPas) klasami i parametrami normowymi wg PN-EN 1504 z tolerancjami, wykreślenie wskazania „np. Putzmeister S4EV/TM", oznaczenia maty bentonitowej „SP" i odniesienia „typ R2 wg DIN 4262-1", oraz wykreślenie wymogu pochodzenia zapraw „z jednego systemu naprawczego" – albo uzupełnienie tych wskazań o kryteria równoważności;

6. wykreślenie z Części 1 pkt 10 STWiORB postanowień o normach „PN lub BN", „świadectwach ITB", decyzjach ITB dl wyrobów wg norm zakładowych oraz zakazu wbudowywania wyrobów importowanych bez „pozytywnej opinii ITB"; wykreślenie z STWiORB branży drogowej (D.00.00.00 pkt 2.1 i 6.7) postanowień uzależniających dopuszczenie wyrobu zagranicznego od udzielenia mu aprobaty technicznej; a także zastąpienie w całej dokumentacji (w tym: PT s. 52 – „aktualna Aprobata Techniczna IBDiM"; STWiORB Część 7, 8, 11, 12, 13 – „Aprobaty Techniczne" zaczynów, domieszek i materiałów naprawczych; D.10.10.01 – „aprobata techniczna IBDiM" dla geokraty) wymogu aprobat wymogiem posiadania odpowiednio: oznakowania CE, Krajowej Oceny Technicznej, Europejskiej Oceny Technicznej lub równoważnego dokumentu odniesienia – oraz zastąpienie opisu geokraty (D.10.10.01 pkt 2: wysokość 10 cm, zgrzeiny co 440 mm, sekcja 6,5 × 3,5 m, komórka 22 × 22 cm) parametrami funkcjonalnymi (wysokość, wytrzymałość taśm i połączeń zgrzewanych, trwałość) z dopuszczeniem wyrobów równoważnych;

7. usunięcie stwierdzonych sprzeczności, w tym przez jednoznaczne określenie w dokumentach zamówienia wiążących parametrów: przesłony przeciwfiltracyjnej (docelowo: technologia, szerokość, głębokość – z usunięciem lub oznaczeniem jako niewiążących parametrów rozbieżnych z opracowań wcześniejszych), umocnienia skarpy odwodnej, drenażu (DN200 albo DN300) – wraz z potwierdzeniem zgodności przyjętych rozwiązańz decyzją nakazową ŚIWINB nr 112/20 albo wskazaniem aktu zmieniającego zakres nakazu;

8.

a) usunięcie sprzeczności sekwencji rozpoczęcia robót przez zmianę § 3 ust. 1 Umowy tak, aby bieg obowiązku rozpoczęcia robót rozpoczynał się nie wcześniej niż po przekazaniu terenu budowy oraz po uzgodnieniu analizy ryzyka dla ichtiofauny i potwierdzeniu przez Zamawiającego kompletności decyzji administracyjnych warunkujących roboty;

b) opublikowanie w dokumentach zamówienia wykazu wszystkich aktualnych, ostatecznych decyzji administracyjnych warunkujących realizację robót (wraz z terminami ich ważności), jednoznaczne wskazanie podstawy prawnej wykonywania robót po 31.12.2025 r. (prolongata nakazu ŚIWINB, pozwolenie na budowę, zgłoszenie albo inna podstawa) oraz zmianę OPZ pkt 1.9 ppkt 10-11 przez ograniczenie obowiązków wykonawcy do decyzji, których potrzeba wynika z technologii wykonawcy, z przypisaniem Zamawiającemu skutków wygaśnięcia lub nieaktualności decyzji, które uzyskiwał Zamawiający;

9.

a) zmianę § 1 ust. 11 Umowy przez wykreślenie zdań przewidujących rozstrzyganie sprzeczności „szerszym zakresem świadczeń lub wyższym standardem" według decyzji Zamawiającego bez prawa do wynagrodzenia i zmiany terminu, oraz wykreślenie z dokumentacji klauzul nakazujących wycenę robót „nie wyszczególnionych w Dokumentacji Projektowej" – jako sprzecznych z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia;

b) zmianę § 3 ust. 2 zd. 2 Umowy przez przyjęcie, że za dotrzymanie terminu wykonania uważa się skuteczne zgłoszenie gotowości do odbioru końcowego, o ile odbiór potwierdzi wykonanie przedmiotu Umowy – z wyłączeniem z terminu wykonawcy czasu czynności odbiorowych i rozliczeniowych Zamawiającego, Inżyniera oraz organów administracji;

c) zmianę § 2 ust. 18 Umowy przez ograniczenie żądania intensyfikacji do przypadków zwłoki wykonawcy oraz przyznanie wykonawcy zwrotu kosztów intensyfikacji we wszystkich przypadkach, w których jej potrzeba wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy;

d) zmianę § 2 ust. 17 zd. 3 Umowy przez ograniczenie ryzyka utraty ważności materiałów do przypadków, w których przyczyna leży po stronie wykonawcy;

e) zmianę § 13 ust. 2 Umowy przez objęcie zwrotem – przy przedłużeniu terminu z przyczyn nieleżących po stronie

wykonawcy – wszystkich udokumentowanych kosztów przedłużenia (w tym kosztów sprzętu i proporcjonalnych kosztów

f)ogólnych zarządu) oraz wykreślenie rygoru „odmowy zapłaty" związanego z terminami zgłoszenia 7 i 21 dni;

g)zmianę § 16 ust. 3 Umowy przez poddanie kwalifikacji zdarzenia jako siły wyższej obiektywnym kryteriom z § 16 ust. 1 (a nie jednostronnej „weryfikacji" Zamawiającego) oraz zmianę § 16 ust. 4 pkt 3 przez przyznanie zwrotu udokumentowanych kosztów przedłużenia

h)zmianę § 1 ust. 8 Umowy przez zastrzeżenie, że wykonanie robót ujętych w Projekcie budowlanym, a niewyszczególnionych w Przedmiarze, następuje po ich wprowadzeniu do Umowy i wycenie w trybie § 13, z odpowiednią zmianą terminu;

i)zmianę OPZ pkt 1.9: w ppkt 6– ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do szkód zawinionych; w ppkt 31 – wykreślenie odpowiedzialności za szkody „z przyczyn … niezależnych od Wykonawcy";

10.

a)zmianę § 9 Umowy przez: obniżenie kary za zwłokę w usunięciu wad (pkt 6) do poziomu nie wyższego niż 0,05% wartości elementu dotkniętego wadą za dzień zwłoki, z zastrzeżeniem górnego pułapu dziennego istotnie niższego od kary za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy; obniżenie kary za nieprzejęcie terenu budowy (pkt 22); powiązanie kary z pkt 31 (obowiązek informacyjny VAT) z rzeczywistą szkodą Zamawiającego; wyłączenie kumulacji kar za to samo zdarzenie (pkt 2 i 4) przez zaliczanie kar cząstkowych na poczet kary końcowej; obniżenie kary z pkt 21 oraz doprecyzowanie, że dotyczy ona wyłącznie dni faktycznego prowadzenia robót; ograniczenie definicji wady (§ 4 ust. 5) do wady w rozumieniu art. 556¹ Kc; wprowadzenie symetrycznych kar umownych na rzecz wykonawcy co najmniej za zwłokę Zamawiającego w przekazaniu terenu budowy, w przystąpieniu do odbiorów i w zatwierdzeniu kosztorysu powykonawczego;

b)zmianę § 9 ust. 5 Umowy przez ograniczenie potrąceń do kar wymagalnych i bezspornych albo stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem, oraz zmianę § 9 ust. 3 przez ograniczenie odszkodowania uzupełniającego do udokumentowanej szkody z zachowaniem łącznego limitu odpowiedzialności;

c)obniżenie maksymalnego pułapu kar umownych do 20% wynagrodzenia łącznego brutto

11.zmianę § 13 ust. 5 Umowy (waloryzacja) przez: oparcie mechanizmu na skumulowanej zmianie wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej GUS liczonej narastająco od dnia otwarcia ofert; jednoznaczne wskazanie, że waloryzacji podlega nadwyżka ponad próg (a sam próg nie wyższy niż 5% zmiany skumulowanej); objęcie waloryzacją robót wykonanych po dniu przekroczenia progu (a nie dopiero od dnia wniosku); wykreślenie pkt 10 w zakresie, w jakim stosuje wskaźnik „korzystniejszy dla Zamawiającego" niezależnie od przyczyn przekroczenia terminu; oraz podwyższenie łącznego limitu waloryzacji do poziomu adekwatnego dla 24-miesięcznego kontraktu, nie niższego niż 15% wynagrodzenia netto;

12.w zakresie zarzutu 1.12 poprzez zmianę § 8 ust. 1 Umowy przez określenie okresu rękojmi zgodnie z art. 568 § 1 KC (5 lat) niezależnie od oferowanego okresu gwarancji, względnie zmianę § 11 ust. 2 przez zwrot 30% zabezpieczenia nie później niż po upływie 5 lat od odbioru końcowego; zmianę § 11 ust. 6 przez ograniczenie obowiązku przedłużania zabezpieczenia na koszt wykonawcy do przypadków wydłużenia terminu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; oraz zmianę § 2 ust. 1 Umowy przez ograniczenie obowiązku utrzymywania ubezpieczenia OC i ubezpieczenia usuwania szkód do okresu realizacji, a w okresie gwarancji – do ubezpieczeń związanych z wykonywaniem napraw gwarancyjnych;

13.w zakresie zarzutu 1.13 poprzez wydłużenie terminu wykonania zamówienia do 36 miesięcy od zawarcia Umowy, względnie wprowadzenie mechanizmu automatycznego przedłużenia o okresy, w których realizacja była niemożliwa z przyczyn określonych w dokumentacji (okna środowiskowe i sezonowe, poziom piętrzenia, decyzje administracyjne).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący podczas posiedzenia Izby złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów: nr 1, nr 5 lit. a, b, d-h, nr 8 lit. b, nr 9 lit. d, f, h, j-n, nr 10, nr 11 lit. e, nr 12 i nr 13. W związku z oświadczeniem Odwołującego zarzuty te nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutów podtrzymanych na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące dokumentów zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień przyszłej umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 ustawy Pzp), nie są natomiast narzędziem służącym „negocjowaniu" przez wykonawców bardziej korzystnych dla nich warunków zamówienia. Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści dokumentów zamówienia, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W ocenie Izby część zarzutów odwołania nie zmierzała do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom dokumentów zamówienia treści korzystnej dla wykonawcy.

Następnie wskazać należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, a Izba ocenia zasadność zarzutów w kontekście twierdzeń i dowodów przedstawionych przez strony. Nie jest rolą Izby poszukiwanie – w zastępstwie stron – okoliczności przemawiających za zasadnością ich stanowisk procesowych, uzupełnianie twierdzeń uzasadniających te stanowiska czy korygowanie ich braków. Każda ze stron ponosi więc odpowiedzialność za nieprzedstawienie klarownego uzasadnienia stanowiska czy niezaprzeczenie skonkretyzowanym twierdzeniom strony przeciwnej.

W zakresie poszczególnych zarzutów Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut 2

W punktach 15.2.4 i 15.4.4. SWZ Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert „Zwiększenie wysokości kary za zwłokę w wykonaniu zamówienia" o wadze 12%, określając następujący sposób przyznawania punktów w tym kryterium"

Każda z ważnych Ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.4 SWZ „Zwiększenie wysokości kary za zwłokę w wykonaniu zamówienia" wg poniższego wzoru

Pk = (Kp : Kmax) x 12

gdzie:

Kp – zaproponowana w Ofercie ocenianej, w pełnych złotych, wysokość kary (nie mniej niż 20 000 zł i nie więcej niż 50 000 zł) z tytułu zwłoki w dotrzymaniu terminu końcowego realizacji Umowy, za każdy rozpoczęty dzień. Wyższa kwota kary umownej nie będzie przyjmowana do oceny Ofert;

Kmax – maksymalna (wynosząca nie więcej niż 50 000 zł), zaproponowana spośród złożonych i nieodrzuconych Ofert, wysokość kary umownej z tytułu zwłoki w dotrzymaniu terminu końcowego realizacji Umowy, za każdy rozpoczęty dzień.

Maksymalna liczba punktów jaką można uzyskać w niniejszym kryterium wynosi 12 pkt.

W przypadku niepodania przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym wysokości kary umownej Zamawiający uzna, iż Wykonawca przyjął minimalną wysokość kary umownej wynoszącą 20 000 zł.

Zgodnie z art. 240 ustawy Pzp:

ust. 1: Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.

ust. 2: Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Stosownie do art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:

ust. 1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

ust. 3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Po pierwsze należy stwierdzić, że Odwołujący w żadnej mierze nie wskazał, na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołanie nie zawiera żadnych twierdzeń o braku jednoznaczności zaskarżonego kryterium ani o ryzyku dowolności w jego stosowaniu.

W odniesieniu do naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący oparł przedmiotowy zarzut na twierdzeniu, że zaskarżone kryterium oceny ofert nie odnosi się do przedmiotu zamówienia ani do jakości świadczenia, a sprowadza

się do premiowania rozmiaru sankcji, którą wykonawca godzi się zapłacić, co zdaniem Odwołującego odnosi się do cechy podmiotowej wykonawcy, z pokrzywdzeniem małych i średnich przedsiębiorstw. Izba powyższego stanowiska nie podziela.

Zauważenia wymaga, że kwestia możliwości ustanowienia kryterium oceny ofert w postaci wysokości kar umownych była oceniana w orzecznictwie Izby, przy czym zgodnie z dominującym poglądem brak jest podstaw, aby tego rodzaju kryterium uznać z zasady za niedopuszczalne. Izba w rozpoznawanej sprawie podziela stanowisko, że sam fakt przyjęcia takiego kryterium w postępowaniu nie stanowi naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 ustawy.

Podkreślić należy, że ustawa nie określa zamkniętego katalogu dopuszczalnych kryteriów oceny oferty, przyznając w tym zakresie swobodę zamawiającemu, który – w granicach określonych przepisami działu 2 rozdziału 7 ustawy Pzp oraz zasadami udzielania zamówień publicznych – ma możliwość tak kształtować kryteria, aby służyły one wyborowi oferty w jak najwyższym stopniu spełniającej jego uzasadnione oczekiwania.

Biorąc pod uwagę, że katalog kryteriów pozacenowych określony w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter otwarty, zamawiający jest uprawniony do ustanowienia pozaceonywch kryteriów oceny ofert innych niż wskazane w tym przepisie, o ile będą one odnosić się do przedmiotu zamówienia. Stosownie natomiast do art. 241 ust. 2 ustawy Pzp związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. W świetle tego przepisu związek kryteriów z przedmiotem zamówienia może więc dotyczyć jego dowolnych aspektów.

Odwołujący nie wykazał, aby zaskarżone kryterium nie było związane z przedmiotem zamówienia, poprzestając jedynie na zaprezentowaniu tezy o braku takiego związku. W ocenie Izby natomiast związek ten wyraża się w zwiększeniu gwarancji terminowego wykonania przedmiotu zamówienia, niewątpliwie bowiem zwiększenie odpowiedzialności odszkodowawczej za zawinione nieterminowe wykonanie robót zmniejsza ryzyko wystąpienia zwłoki, zwiększając w ten sposób pewność Zamawiającego co do istotnego aspektu jakościowego świadczenia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 519/20*(…) omawiane kryterium oceny ofert odnosi się do istotnego aspektu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, jakim jest terminowa realizacja poszczególnych elementów zamówienia, w tym przypadku przedmiotu odbiorów częściowych. Wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia stanowić może miernik gwarancji jakości realizacji zamówienia, podobnie jak inne kryteria oceny ofert, takie jak termin realizacji zamówienia czy długość okresu gwarancji (uznawane co do zasady za dopuszczalne – por. m.in. wyrok z dnia 17 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 211/20). Wysokość kary umownej za zwłokę w wykonaniu zamówienia wpływać ma w sposób dyscyplinujący na wykonawców realizujących zamówienie, co z kolei powinno przekładać się na zwiększone zaangażowanie wykonawcy, jego większą staranność i dbałość o wywiązanie się z zobowiązań umownych, a w konsekwencji wyższą jakość wykonywanych robót budowlanych. (…) Wykonawca deklarując wysokość kar umownych za zwłokę w realizacji części zamówienia definiuje pośrednio jakość swojego świadczenia, kryterium takie wpisuje się zatem w potrzeby Zamawiającego dążącego do wyboru wykonawcy, który daje wyższą gwarancję należytej jakości zamówienia.* Izba w rozpoznawanej sprawie ten pogląd w pełni podziela.

Jednocześnie w działaniu Zamawiającego nie można dopatrzeć się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie opisał sposób oceny ofert w ramach kwestionowanego kryterium, określając minimalny i maksymalny poziom kary, co eliminuje ryzyko nierealnych zobowiązań wykonawców w celu nieuczciwego zwiększenia punktacji.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że zaskarżone kryterium dotyczy sytuacji podmiotowej wykonawców i stanowi niedopuszczalne ograniczenie dla małych i średnich przedsiębiorstw. Jak wskazano powyżej, zwiększenie gwarancji należytej realizacji zamówienia w jego istotnym aspekcie jest niewątpliwie związane z jakością oferowanego świadczenia. Ponadto dostrzeżenia wymaga, że kryteria oceny ofert ze swej natury – poprzez promowanie określonych cech, funkcjonalności czy poziomu jakości – prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom. Jeżeli jednak celem tych kryteriów jest uzyskania świadczeń lepszej jakości, uzasadnionej obiektywnym interesem zamawiającego, nie może to być postrzegane jako naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

Zarzut 3

W punkcie 15.4.2 SWZ Zamawiający określił następujący sposób oceny oferty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”:

Każda z ważnych Ofert będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.2 SWZ „Doświadczenie Kierownika budowy", poprzez przyznanie odpowiedniej liczby punktów za doświadczenie osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy (wskazanej do realizacji niniejszego zamówienia i spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ), na podstawie wartości wykonanych robót w ramach budowy, przebudowy, nadbudowy, odbudowy lub rozbudowy:

- zbiornika(ów) wodnego(ych) wielofunkcyjnego(ych), retencyjnego(ych) lub suchego(ych, wraz z doszczelnieniem zapory ziemnej pionową przesłoną przeciwfiltracyjną na łącznej długości min. 100 m, oraz uwzględniającej pompownię lub budowlę zrzutową z ruchomymi zamknięciami,

lub

- wału(ów) przeciwpowodziowego(ych) lub zapory(ór) ziemnej(ych), wraz z doszczelnieniem pionową przesłoną przeciwfiltracyjną na łącznej długości min. 100 m, oraz uwzględniającej pompownię lub śluzę wałową (przepust wałowy),

nad których realizacją osoba ta przez okres min. 12 miesięcy (dla każdej z powyższych robót) pełniła funkcję kierownika budowy, kierownika robót lub inspektora nadzoru, w zakresie robót hydrotechnicznych, tj. za:

10 mln zł brutto – 0 pkt

20 mln zł brutto – 5 pkt

30 mln zł brutto – 10 pkt

Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienia SWZ nie rozstrzygają, ile punktów otrzymuje oferta wskazująca na doświadczenie odnoszące się do wartości robót np. 15, 25 albo 35 mln zł, co zdaniem Odwołującego świadczy o niejednoznaczności tego kryterium.

W ocenie Izby zastrzeżenia Odwołującego w tym zakresie są niezasadne. Biorąc pod uwagę brzmienie punktu 15.4.2 SWZ nie można mieć wątpliwości, że zgodnie z jego jedyną rozsądną interpretacją, punkty mają być przyznawane za osiągnięcie wskazanych przez Zamawiającego progów wartościowych. Oznacza to, że trzy wartości 10, 20 i 30 mln zł stanowią progi, a oferta otrzyma liczbę punktów właściwą dla najwyższego osiągniętego progu. SWZ nie przewiduje natomiast zróżnicowania punktacji dla wartości pośrednich. Oznacza to, że za doświadczenie w robotach od 20 mln zł zostanie przyznane 5 punktów, a jeśli próg ten wyniesie co najmniej 30 mln zł – 10 punktów.

Przyjęcie odmiennego rozumienia powyższych postanowień SWZ byłoby nielogiczne i odbierałoby opisanemu sposobowi punktacji jakikolwiek sens. Nie sposób bowiem twierdzić, że za doświadczenie w robotach o wartości 20 mln zł oferta otrzyma 5 punktów, a o wartości np. 25 mln zł nie otrzyma punktów, gdyż Zamawiający punktów dla takiej wartości nie przewidział.

Zarzut 4

Zgodnie z puntem 4.9 SWZ:

Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia lub innych dokumentach postępowania służących do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, znajdują się jakiekolwiek znaki towarowe, patenty czy pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne („lub równoważne" – zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp). Dotyczą one wszystkich elementów / składników opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, które są wymagane od wykonawcy.

Zasady oceny rozwiązań równoważnych obowiązujące w niniejszym postępowaniu obejmują zakres badania i oceny Ofert, gdzie nie wypełnienie wszystkich elementów tego opisu może być podstawą do odrzucenia Oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zasady oceny rozwiązania równoważnego będą także obowiązywać w trakcie realizacji Umowy, gdzie w przypadku zamiaru wprowadzenia w trakcie jej realizacji rozwiązania równoważnego przewidzianego zapisami niniejszej SWZ i opisu przedmiotu zamówienia będą stanowiły między innymi o tym, czy Zamawiający może dopuścić rozwiązanie równoważne czy też nie (art. 454 ustawy Pzp).

Podobna zasada obowiązuje w przypadkach, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zostały prowadzone odniesienia do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp.

Oferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia wymaga dodatkowo wykazania, że oferowane rozwiązanie równoważne jest o parametrach techniczno – eksploatacyjno - użytkowych nie gorszych niż wymagane przez Zamawiającego. Ciężar wykazania spełnienia tych wymagań leży po stronie Wykonawcy w składanej

ofercie lub jeżeli ten przypadek ma miejsce w trakcie realizacji Umowy – w chwili zaistnienia konieczności dokonania takiej zmiany.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane wg zasad wskazanych powyżej musi dodatkowo wykazać w ofercie / w trakcie realizacji zamówienia, że oferowane przez niego dostawy / usługi / roboty budowlane spełniają wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w treści SWZ i w postępowaniu.

Wykazanie, że oferowane przez Wykonawcę rozwiązania spełniają wymagania określone przez Zamawiającego musi nastąpić w złożonej ofercie (a na etapie realizacji Umowy w formie pisma skierowanego do Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego) z podaniem szczegółowych parametrów zaproponowanych rozwiązań, materiałów i urządzeń oraz udowodnienia okoliczności wynikających w wcześniejszych zapisów.

Rozwiązanie równoważne przyjęte przez Wykonawcę w ofercie nie może zmieniać założeń projektowych (nie może stanowić zmiany dokumentacji projektowej), na które Zamawiający nie wyraża zgody na obecnym etapie postępowania.

Wszelkie materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne muszą spełniać następujące wymagania i standardy w stosunku do materiałów, urządzeń i produktów wskazanych jako przykładowe, tj. muszą być co najmniej o takich samych lub wyższych:

–parametrach technicznych jak te, które wskazano w dokumentacji projektowej (o nie gorszych parametrach),

–ponadto muszą być: kompatybilne z istniejącą i projektowaną infrastrukturą,

–spełniać te same funkcje,

–spełniać wymagania bezpieczeństwa konstrukcji, bhp i p.poż,

–posiadać stosowne dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie, atesty i aprobaty techniczne.

Zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Stosownie do art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Art. 101 ust. 4 i 5 ustawy Pzp stanowi:

ust. 4. Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

ust. 5. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w , że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że skoro dokumentacja opisuje wyroby kompletem parametrów przepisanych z kart konkretnych produktów (zarzut nr 5), to każdy zamiennik z natury różni się od opisu którymś parametrem karty, w związku z czym Zamawiający zobowiązany był opisać parametry równoważności, a postanowienia zawarte w tym zakresie w SWZ tego nie robią.

Zauważyć należy, że Odwołujący, aby wykazać zasadność przedmiotowego zarzutu, powinien wskazać konkretne postanowienia SWZ, które w świetle powyższych przepisów wymagają opisania kryteriów równoważności. W szczególności Odwołujący powinien wykazać, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Odwołujący takich okoliczności nie wykazał (o czym w części uzasadnienia dotyczącej zarzutu 5), zatem zarzut dotyczący zaniechania opisania kryteriów równoważności należy uznać za niezasadny.

Zarzut 5 lit. c

Zamawiający określił w dokumentach zamówienia następujące wymagania dla materacy i koszy siatkowo-

kamiennych: siatki o oczku 60 ± 5 mm, „średnicy drutu siatki min. 2,7/3,7 mm, średnicy drutu brzegowego min. 3,4/4,4 mm" (podwójna notacja: drut rdzenia/drut w powłoce), powłoki Zn95Al5/ZnAl min. 230 g/m2 w klasie A wg EN 10244-2 z dodatkową powłoką polimerową, zszywek ze stali nierdzewnej o nośności min. 2 kN w rozstawie co 10 cm oraz „dodatkowych, perforowanych stężeń typu X łączących dno i wieko … w ilości 1 szt./m2 powierzchni materaca, posiadających minimum trzy punkty mocowania w dnie materac a(STWiORB część 22, pkt 4, PT (s. 37, 48), przedmiar poz. 12.1.13–12.1.16); odporność powłoki polimerowej na ścieranie min. 300 cykli zgodnie z ASTM A975 oraz wydłużenie powłoki min. 300% zgodnie z EN ISO 527-2 (Część 22, pkt 4).

Odwołujący zakwestionował opis wymagań dotyczących materacy i koszty siatkowo-kamiennych, podnosząc, że zawiera on zestaw cech odpowiadający karcie technicznej wyrobów jednego producenta systemów gabionowych. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił kartę techniczną produktu.

W ocenie Izby przedstawiona przez Odwołującego karta techniczna potwierdza jedynie, że dany producent oferuje rozwiązanie o określonych cechach, nie dowodzi natomiast, że jest to rozwiązanie charakterystyczne wyłącznie dla tego jednego producenta. Odwołujący w żadnej mierze, że jest to rozwiązanie niedostępne u innych producentów. W związku z tym zarzut należało uznać za niezasadny.

Zarzut 6

Dokumentacja postępowania zawiera odniesienia do aprobat technicznych:

(…) zapraw SPCC nakładanych maszynowo, pochodzących z jednego systemu naprawczego, posiadających aktualną Aprobatę Techniczną IBDiM (PT – Inżynieria Hydrotechniczna, s. 52 (pkt 4.1.6.5)

(…) lub mieszanek hydraulicznych posiadającychstosowne Aprobaty Techniczne (PT -kolumny Jet Grouting (zaczyn cementowy),

(…) posiadać stosowne dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie, atesty i aprobaty techniczne (SWZ pkt 4.9 in fine; analogicznie OPZ pkt 1.9 ppkt 22–23)

Jakość materiałów i elementów przeznaczonych do wbudowania. Jakość materiałów, elementów i wyrobów dostarczanych na budowę powinna być zgodna z wymaganiami norm państwowych (PN lub BN), a w przypadku braku norm z wymaganiami określonymi w świadectwie ITB. Nie należy dopuszczać do wbudowywania materiałów, elementów i wyrobów dostarczanych wg wymagań technicznych określonych w normach zakładowych, bez wydanej uprzednio decyzji Instytutu Techniki Budowlanej w trybie obowiązujących przepisów. Nie należy dopuszczać do wbudowywania materiałów, elementów i wyrobów importowanych bez uzyskania pozytywnej opinii ITB (STWiORB branża hydrotechniczna, Część 1, pkt 10)

Odwołujący podniósł, że postanowienia te są anachronizmem sprzecznym z obowiązującym porządkiem prawnym. Wskazał, że aprobat technicznych nie udziela się od 1 stycznia 2017 r. (od tej daty wydawane są krajowe oceny techniczne; aprobaty wydane wcześniej zachowały ważność jedynie do upływu okresu, na który zostały udzielone), a system „świadectw ITB" i norm branżowych (BN) nie istnieje od dziesięcioleci. Odwołujący wskazał, że warunki wprowadzania wyrobów budowlanych do obrotu wyznaczają rozporządzenie (UE) nr 305/2011 (oznakowanie CE na podstawie zharmonizowanych specyfikacji technicznych) oraz ustawa o wyrobach budowlanych (znak budowlany B na podstawie krajowej oceny technicznej), wymóg „aktualnej" aprobaty premiuje wyroby dawnych posiadaczy aprobat i formalnie zamyka rynek dla wyrobów nowych oraz legitymujących się ETA/CE, a uzależnienie wbudowania wyrobu importowanego od „pozytywnej opinii ITB" stanowi bezpośrednią dyskryminację wyrobów z innych państw członkowskich UE (ten sam skutek wywołuje w STWiORB branży drogowej (D.00.00.00 pkt 2.1 i 6.7) dopuszczenie wyrobu wyprodukowanego poza terytorium Polski wyłącznie pod warunkiem, że udzielono mu aprobaty technicznej.

Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że wskazane wyżej dokumenty odniesienia są aktualne i zgodne z prawem unijnym. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że nie wymaga stosowania wyrobów sprzecznie z prawem unijnym ani uzyskania polskiego dokumentu dla produktu legalnie wprowadzonego do obrotu na podstawie właściwego reżimu unijnego, a postanowienia STWiORB dotyczące aprobat, świadectw ITB, norm PN lub BN i wyrobów importowanych należy interpretować jako wymaganie posiadania dokumentów dopuszczających wyrób do zastosowania zgodnie z aktualnie obowiązującym prawem, adekwatnych do danego wyrobu i jego zamierzonego zastosowania.

Stanowisko Zamawiającego świadczy o tym, że nie kwestionuje on twierdzeń Odwołującego o braku aktualności aprobat technicznych i innych dokumentów. Ze stanowiska tego wynika, że nawet jeśli taki brak aktualności ma miejsce, to dokumenty zamówienia należy interpretować zgodnie z aktualnym stanem prawnym. Zamawiający nie zajął jednoznacznego stanowiska co do aktualności poszczególnych rodzajów dokumentów i stanów prawnych. W odniesieniu do produktów importowanych Zamawiający jedynie zadeklarował w odpowiedzi na odwołanie, że nie

będzie odrzucał wyrobu tylko dlatego, że pochodzi z innego państwa członkowskiego.

Powyższe wkazuje, że Zamawiający bagatelizuje ewentualne błędny w dokumentach zamówienia, oczekując, że braki i wady w opisie wymagań będą przez wykonawców usunięte w drodze samodzielnych ustaleń co do aktualności stanu prawnego w zakresie poszczególnych dokumentów.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że tak opisany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom określonym w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot mówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zarzut 7

Odwołujący wskazał na następujące sprzeczności w dokumentach zamówienia:

- cztery komplety parametrów przesłony przeciwfiltracyjnej: (1) decyzja nakazowa ŚIWINB nr 112/20, pkt I.5: „wykonanie uszczelnienia przegrodą przeciwfiltracyjną na głębokość h=14,0m"; (2) dokumentacja uzupełniająca ocenę stanu technicznego, pkt 7.4.1: „przegrodą przeciwfiltracyjną wykonaną metodą ciągłego wgłębnego mieszania gruntu CDMM lub inną równoważną metodą. Szerokość przegrody b=0,4m na głębokość h=14,0m", fck ≥ 0,3 MPa, k ≤ $1 \cdot 10^{-7}$ m/s; (3) OPZ pkt 1.8.1 lit. g: przegroda bentonitowocementowa „na głębokość h=20,0m i szerokość 0,6 m"; (4) Przedmiar poz. 11.2: „Wykonanie pionowej bentonitowo-cementowej przesłony przeciwfiltracyjnej o głębokości 20–28 m i szerokości nominalnej 0,6 m w technologii ścian szczelinowych" - - 34 080 m², przy czym STWiORB Część 8 wymaga dla materiału przesłony „wytrzymałości charakterystycznej na ściskanie (po 28 dniach) fck ≥ 0,5 MPa, oraz odpowiednio niskiego współczynnika wodoprzepuszczalności k ≤ 1x10-9 m/s". Rozpiętość pomiędzy wariantami (14 m vs 28 m głębokości; 0,4 vs 0,6 m; fck 0,3 vs 0,5 MPa; k 10^{-7} vs 10^{-9} m/s; CDMM vs ściana szczelinowa) przekłada się wprost na kilkudziesięciomilionowe różnice wyceny jednej pozycji;
- rozbieżne rozwiązania umocnienia skarpy odwodnej: nakaz (pkt I.6) - „uzupełnienie ubytków w istniejących płytach i dylatacjach oraz wykonanie dodatkowego umocnienia skarpy do poziomu 204,20 m npm", a ocena — mata bentonitowa z zasypką 20 cm, geowłóknina gr. 500 i narzut kamienny 90–250 mm; podczas gdy PT/Przedmiar przewidują pełną rozbiórkę umocnień, nowe płyty żelbetowe gr. 25 cm (poz. 4.4), geomembranę HDPE 2,0 mm (poz. 12.1.3) i materace siatkowo-kamienne 90–180 mm;
- rozbieżny drenaż: ocena/nakaz pkt 7.4.3 — „wymiana istniejących rur na rury PP średnicy 20cm w pełni sączące"; Przedmiar poz. 5.1.3.5 — „rury drenarskie w pełni sączące DN300 z PP SN8 typ R2 wg DIN 4262-1";
- sprzeczne założenia wodne: ocena pkt 7.3.2 — „Przed przystąpieniem do wykonania robót ziemnych w czaszy zbiornika z dużym wyprzedzeniem należy obniżyć poziom piętrzenia wody w zbiorniku do rzędnej 194,5"; PT s. 64 pkt 10–11 — „prace realizowane będą bez tymczasowego wyłączenia zbiornika z użytkowania", „nie będzie możliwe okresowe obniżenie zwierciadła wody do rzędnej Min PP = 194,50 m n.p.m.", możliwe jedynie obniżenie „do rzędnej ~198 m n.p.m. (ostateczny poziom … w decyzyjności administratora zbiornika)";
- sprzeczną sekwencję startu: PT s. 64 pkt 7 („Prace budowlane można rozpocząć wyłącznie po uzyskaniu wszelkich wymaganych prawem pozwoleń, zgłoszeń, bądź decyzji…") i OPZ pkt 1.9 ppkt 2 (zakaz rozpoczęcia robót do czasu wdrożenia środków z analizy ichtiologicznej) — wobec § 3 ust. 1 Umowy (rozpoczęcie robót nie później niż 21 dni od zawarcia Umowy, pod rygorem kar i odstąpienia);
- niezdefiniowane pojęcie „okresu letniego (wysokich temperatur)" jako granicy bezwzględnego zakazu robót ograniczających przepływ (OPZ pkt 1.9 ppkt 2) — bez dat, których wymaga planowanie frontów na zbiorniku o powierzchni ok. 600 ha.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 1 ust. 11 umowy wszystkie te sprzeczności rozstrzyga jednostronnie Zamawiający.

Odwołujący pominął jednak treść § 1 ust. 10 oraz pełne brzmienie § 1 ust. 11 umowy, które stanowią:

ust. 10: *Uznaje się, że stosunek prawny między stronami ukształtowany jest w szczególności przez następujące dokumenty zgodnie z poniższą hierarchią:*

1) Umowę wraz z załącznikami,

2) Dokumentację Projektową wraz z wszystkimi załącznikami,

3) wymagania zawarte w ST, SST,

4) Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie nieuregulowanym w pkt 1,

5) Ofertę Wykonawcy wybranego przez Zamawiającego, w tym Wyceniony Przedmiar Robót sporządzony przez Wykonawcę na etapie przygotowania Oferty,

6) dokumentację postępowania o udzielenia niniejszego zamówienia, w tym w szczególności SWZ wraz z wszystkimi załącznikami do SWZ (w tym decyzje administracyjne, pozwolenia, opinie lub inne uzgodnienia),

z zastrzeżeniem ust. 11.

ust. 11: *Dokumenty tworzące Umowę należy traktować jako wzajemnie wyjaśniające się i uzupełniające w taki sposób, że w wyniku jakichkolwiek sprzeczności, dwuznaczności lub rozbieżności między tymi dokumentami, które nie zostaną rozstrzygnięte przez odwołanie do hierarchii tych dokumentów wskazanej ust. 10, Wykonawca nie może ograniczyć ani zakresu przedmiotu Umowy, ani wymaganego zakresu należytej staranności, ani żądać jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, czy też ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, a także przesunięcia jakiegokolwiek terminu umownego. W przypadku niezgodności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na Umowę, regulacje bardziej szczegółowe będą miały pierwszeństwo przed regulacjami ogólniejszymi. Jeżeli jednak z różnych dokumentów składających się na Umowę wynikać będzie różny zakres świadczeń lub różne standardy ich wykonania, to za decydujący będzie się uważać szerszy zakres świadczeń lub wyższy standard wykonania. Ostateczna decyzja, m.in. który z podanych standardów jest wyższy należeć będzie do Zamawiającego.*

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynika, jaki jest wzajemny stosunek poszczególnych dokumentów i jak rozstrzygać sprzeczności między nimi. Odwołujący wykazał, że wyszczególnione przez niego sprzeczności nie mogą być usunięte przy zastosowaniu powyższych reguł i nie wyjaśnił, dlaczego jest to niemożliwe. Z kolei klauzula przyznającemu prawo rozstrzygnięcia o tym, który ze standardów wykonania jest wyższy, nie stanowi blankietowego uprawnienia do rozszerzenia przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy, nie uprawnia bowiem do narzucenia wykonawcy obowiązku wykonania świadczeń nieopisanych w dokumentach zamówienia.

Izba podziela przy tym stanowisko Zamawiającego, że niezasadne jest traktowanie dokumentów o odmiennej funkcji (decyzji administracyjnej wyznaczającej minimalny obowiązek, wcześniejszej oceny stanu technicznego, dokumentacji uzupełniającą, projektu techniczny, STWiORB i przedmiaru) jako równorzędnych. Słusznie Zamawiający wskazał, że różnica między zakresem nakazu organu a rozwiązaniem projektowym nie stanowi automatycznie sprzeczności, gdyż inwestor może przyjąć zakres szerszy lub rozwiązanie techniczne rozwijające minimum wynikające z nakazu, jeżeli pozostaje to zgodne z prawem i decyzjami administracyjnymi.

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący zarzucił również posłużenie się przez Zamawiającego niezdefiniowanym pojęciem „okresu letniego (wysokich temperatur)" jako granicą bezwzględnego zakazu prowadzenia robót ograniczających przepływ (OPZ pkt 1.9 ppkt 2). Odwołujący ograniczył się jednak wyłącznie do wskazania na brak takiej definicji, nie przedstawiając w tym zakresie uzasadnienia ani nie formułując wniosku co do żądanej treści tej definicji, co powoduje, że zarzut w tej części nie mógł być uwzględniony.

Zarzut 8

Odwołujący podniósł, że: *Postępowanie prowadzone jest „w związku z wydaniem decyzji nakazowej Śląskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego nr 112/20". Decyzją nr 138/22 z 21.11.2022 r. organ zmienił termin wykonania nakazu w następujący sposób: „Nowym terminem wykonania ww. decyzji w zakresie powyższych obowiązków jest 31 grudnia 2025 r. W pozostałym zakresie ww. decyzja pozostaje bez zmian." (decyzja ŚIWINB nr 138/22 z 21.11.2022 r., znak WINB-WI.7741.71.2019.DM1). Termin ten upłynął przed wszczęciem postępowania, a prolongata była warunkowana „jednoczesnym ciągłym utrzymaniem piętrzenia wody w zbiorniku poniżej 200 m n.p.m.". Dokumenty zamówienia nie zawierają ani kolejnej zmiany terminu nakazu, ani informacji o podstawie prawnej wykonywania robót po 31.12.2025 r. Jednocześnie: jedyne ujawnione pozwolenie wodnoprawne pochodzi z 28.10.2014 r. (OPZ pkt 1.5 ppkt 1); zezwolenia na usunięcie drzew i krzewów pochodzą z 1.12.2022 r. i 12.12.2022 r., a OPZ pkt 1.9 ppkt 11 wprost zakłada ich wygaśnięcie; w wykazie nie ma decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach ani pozwolenia na budowę/zgłoszenia — mimo że Umowa (§ 4 ust. 3 pkt 4 lit. a) przewiduje zawiadomienie organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy i ewentualne pozwolenie na użytkowanie, a zakres projektowy (całkowita wymiana umocnień, przesłona 20–28 m, geomembrana na ok. 90 tys. m²) wykracza poza literalną treść nakazu z 2020 r. Wykonawca nie jest w stanie ustalić, czy i na jakiej podstawie roboty mogą być legalnie prowadzone, ani wycenić ryzyka wstrzymania robót przez organy - a OPZ pkt 1.9 ppkt 10 przenosi na niego „wszelkie obowiązki wynikające z pozwoleń i decyzji administracyjnych" z chwilą przejęcia terenu budowy, zaś ppkt 11 każe mu na własny koszt „przedłużać" i „odnawiać" decyzje, których adresatem i beneficjentem jest Zamawiający*.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał ani nie udowodnił, które z powyższych aktów administracyjnych są aktualne i mogą stanowić podstawę wykonywania robót. Zamawiający ograniczył się do zaprezentowania stanowiska, że:

Upływ terminu 15 września 2022 roku wskazanego w decyzji nr 112/20 nie powoduje sam przez się wygaśnięcia obowiązku, nieważności decyzji ani zakazu późniejszego wykonania robót. Jest to termin wykonania nakazu, a nie termin obowiązywania materialnoprawnego obowiązku utrzymania obiektu w należytym stanie technicznym. (…) Status poszczególnych pozwoleń należy oceniać według ich treści, przepisów szczególnych, daty ostateczności, rozpoczęcia korzystania z uprawnienia i zdarzeń mogących powodować wygaśnięcie. Sama data wydania pozwolenia wodnoprawnego w 2014 roku nie dowodzi jego nieaktualności. Tak samo data zezwolenia na usunięcie drzew nie przesądza, że wszystkie wynikające z niego uprawnienia wygasły. Obowiązki wykonawcy dotyczące uzyskiwania uzgodnień właściwych dla przyjętej technologii, organizacji robót, zajęcia terenu, wycinki lub ochrony środowiska nie oznaczają obciążenia go wyłączną odpowiedzialnością za decyzje należące ustawowo do Zamawiającego. Rozdział obowiązków wynika z całej umowy i przepisów. Art. 433 pkt 3 Pzp zakazuje odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający; nie zakazuje przypisania wykonawcy obowiązków operacyjnych ani ryzyk pozostających w jego sferze organizacyjnej.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie podjął nawet próby określenia aktualności poszczególnych dokumentów, przerzucając na wykonawców ciężar ustalenia, które z nich są aktualne, które mimo upływu terminów mogą stanowić podstawę robót, a które wygasły. Odnosząc się do tego stanowiska należy podkreślić, że jednoznacznie i wyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia należy do obowiązków zamawiającego, o czym stanowi przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o powyższe informacje.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności żądania nakazania Zamawiającemu *usunięcie sprzeczności sekwencji rozpoczęcia robót przez zmianę § 3 ust. 1 Umowy tak, aby bieg obowiązku rozpoczęcia robót rozpoczynał się nie wcześniej niż po przekazaniu terenu budowy oraz po uzgodnieniu analizy ryzyka dla ichtiofauny i potwierdzeniu przez Zamawiającego kompletności decyzji administracyjnych warunkujących roboty*. O ile Odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu wykazał zasadność uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w zakresie stanu prawnego, o tyle konieczność potwierdzania ich aktualności po zawarciu umowy nie została uzasadniona. Tym bardziej nie zostało uzasadnione żądanie, aby rozpoczęcie robót nastąpiło *po uzgodnieniu analizy ryzyka dla ichtiofauny*, a Odwołujący nie wykazał żadnego związku tego żądania z przedmiotowym zarzutem.

Zarzut 9

Zamawiający zamieścił w projekcie umowy następujące postanowienia:

§ 1 ust. 11: *Dokumenty tworzące Umowę należy traktować jako wzajemnie wyjaśniające się i uzupełniające w taki sposób, że w wyniku jakichkolwiek sprzeczności, dwuznaczności lub rozbieżności między tymi dokumentami, które nie zostaną rozstrzygnięte przez odwołanie do hierarchii tych dokumentów wskazanej ust. 10, Wykonawca nie może ograniczyć ani zakresu przedmiotu Umowy, ani wymaganego zakresu należytej staranności, ani żądać jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, czy też ponoszenia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, a także przesunięcia jakiegokolwiek terminu umownego. W przypadku niezgodności pomiędzy poszczególnymi dokumentami składającymi się na Umowę, regulacje bardziej szczegółowe będą miały pierwszeństwo przed regulacjami ogólniejszymi. Jeżeli jednak z różnych dokumentów składających się na Umowę wynikać będzie różny zakres świadczeń lub różne standardy ich wykonania, to za decydujący będzie się uważać szerszy zakres świadczeń lub wyższy standard wykonania. Ostateczna decyzja, m.in. który z podanych standardów jest wyższy należeć będzie do Zamawiającego*.

§ 3 ust. 2 zd. 2: *Za dotrzymanie terminu wykonania Umowy uważa się dokonanie odbioru końcowego Przedmiotu Umowy wraz z zatwierdzeniem przez Zamawiającego kosztorys powykonawczego w trybie określonym w § 4 Umowy*.

§ 2 ust. 18: *Wykonawca będzie zobowiązany do zintensyfikowania realizacji robót w przypadkach i na zasadach określonych poniżej:*

1) W przypadku:

a) zagrożenia niewykonania robót w terminach określonych w OHB lub w Umowie,

b) wystąpienia opóźnienia w realizacji robót przekraczającego 14 dni w stosunku do przyjętych terminów w OHB,

c) wystąpienia okoliczności wskazujących na brak należytego wykonania robót, w szczególności w zakresie jakości, zgodności z dokumentacją projektową lub wymaganiami technicznymi,

d) wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, wymagających przyspieszenia realizacji robót dla ochrony interesów Zamawiającego, w tym w szczególności w przypadku zagrożenia powodziowego oraz dla bezpieczeństwa osób lub mienia,

e) wystąpienia obiektywnej konieczności zachowania ciągłości realizacji robót powiązanych z pracami innych

wykonawców,

Zamawiający ma prawo, poprzez pisemne żądanie, wezwać Wykonawcę do niezwłocznej intensyfikacji realizacji Robót.

2) Żądanie Zamawiającego, o którym mowa w pkt 1, może obejmować w szczególności:

a) zwiększenie liczby personelu Wykonawcy zaangażowanego w realizację robót, w tym skierowanie do wykonania robót dodatkowych brygad roboczych,

b) zwiększenie liczby lub wydajności maszyn, urządzeń i środków transportu wykorzystywanych w realizacji robót,

c) organizację pracy w systemie zmianowym, w tym wprowadzenie pracy w systemie dwu- lub trzyzmianowym oraz pracy w soboty, niedziele lub dni ustawowo wolne od pracy, jeżeli będzie to niezbędne dla osiągnięcia zakładanych celów terminowych,

d) zmodyfikowanie organizacji placu budowy, celem usprawnienia realizacji robót.

3) Wykonawca jest zobowiązany do wykonania żądania Zamawiającego, o którym mowa w pkt 1–2, w terminie wskazanym w żądaniu, nie dłuższym jednak niż ***7 dni*** *od dnia jego doręczenia, chyba że Zamawiający określi inny dłuższy termin dostosowany do potrzeb wynikających z okoliczności faktycznych.*

Wykonawca ma prawo, w terminie 3 dni od dnia doręczenia żądania, o którym mowa w pkt 1-2, zgłosić Zamawiającemu uzasadnione uwagi dotyczące możliwości wykonania żądania, jego zgodności z dokumentami lub wpływu na termin lub wynagrodzenie. Zgłoszenie uwag nie wstrzymuje obowiązku realizacji żądania, chyba że Zamawiający postanowi inaczej.

4) Wszelkie koszty związane z intensyfikacją realizacji robót, w tym wynikające z:

a) zwiększenia zatrudnienia,

b) wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych lub w systemie zmianowym,

c) zwiększenia liczby maszyn i urządzeń,

d) organizacji dodatkowych zmian roboczych,

Ponosi Wykonawca i są one uwzględnione w wynagrodzeniu ustalonym Umową, bez prawa do odrębnego wynagrodzenia, podwyższenia wynagrodzenia lub zgłaszania roszczeń o dodatkową zapłatę, za wyjątkiem kosztów wynikających z okoliczności określonych w pkt 1 lit d) i e), które będą stanowiły dodatkowe wynagrodzenie Wykonawcy wypłacone po udokumentowaniu tych kosztów Zamawiającemu i zawarciu stosowanego aneksu do Umowy.

5) Zamawiający, formułując żądanie intensyfikacji robót, oceniając zasadność, zakres oraz sposób wykonania żądania na podstawie stanu faktycznego istniejącego w dacie żądania, uwzględniając konieczność zachowania terminów umownych, odpowiedniej koordynacji robót na budowie oraz konieczność dostosowania zasad realizacji inwestycji do obiektywnie zmieniających się warunków, ochrony przeciwpowodziowej czy zapobieżeniu szkody na osobach i mieniu, a Wykonawca jest uprawniony do zakwestionowania zasadności lub treści żądania oraz wniesienia zastrzeżeń i uwag do zakresu i sposobu realizacji robót, w tym w szczególności gdy żądanie jest sprzeczne z przepisami prawa, jest techniczne niemożliwe lub grozi powstaniem szkody na osobach i mieniu.

6) Niewykonanie lub nienależyte wykonanie żądania Zamawiającego, o którym mowa w pkt 1–2, w terminie określonym zgodnie z pkt 3, stanowi naruszenie Umowy i skutkuje uprawnieniem Zamawiającego do:

a) naliczenia kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 5 Umowy, oraz/lub

b) podjęcia innych środków przewidzianych w Umowie, w tym odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy czy Wykonania Zastępczego.

§ 2 ust. 17: *Roboty wykonywane będą z materiałów nowych Wykonawcy lub będących własnością Zamawiającego, lub z materiałów pozyskanych na budowie w sytuacjach przewidzianych w ST, SST. Przy wykonywaniu robót budowlanych należy stosować materiały dopuszczone do obrotu i stosowane w budownictwie na zasadach określonych w ustawie z dnia 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych. Na każde żądanie Zamawiającego lub Inżyniera, w terminie 3 dni od wezwania, Wykonawca okaże wymagane prawem dokumenty potwierdzające dopuszczenie zastosowanych materiałów do obrotu i stosowania w budownictwie, a także okaże wyniki badań laboratoryjnych przeprowadzonych na zasadach określonych w ST, SST. Wykonawca, niezależnie od przyczyny, ponosi wszelkie koszty i ryzyko utraty ważności nowych materiałów przeznaczonych do wykonania Umowy.*

§ 13 ust. 2: *Strony zgodnie postanawiają, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy niewynikającego z winy Wykonawcy lub jego podwykonawców, Wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego rzeczywiście poniesionych kosztów ogólnych budowy, tj. tylko kosztów związanych bezpośrednio z funkcjonowaniem*

Wykonawcy na budowie w okresie przedłużenia terminu realizacji Umowy (tj. tylko: koszty zaplecza Wykonawcy (media, ubezpieczenie, ochrona oraz najmu zaplecza budowy), koszty obsługi biurowej budowy (wynagrodzenia) i nadzoru geodezyjnego (wynagrodzenia), koszty pracownicze (wynagrodzenia) oraz koszty wydłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i koszty ubezpieczenia). Wysokość kosztów będzie ustalana w oparciu o przedłożone przez Wykonawcę dokumenty księgowe i inne, które będą obrazować rzeczywisty koszt poniesienia tych kosztów ogólnych oraz fakt ich rzeczywistego wykonywania przez Wykonawcę w czasie przedłużonego terminu realizacji Umowy. Wysokość poniesienia kosztów ogólnych wymaga przez Wykonawcę należytego udokumentowania (w szczególności: rachunki, faktury, potwierdzenia płatności i inne dokumenty księgowe). Fakt rzeczywistego wykonania przez Wykonawcę prac w przypadku przedłużenia terminu realizacji Umowy w ramach kosztów ogólnych należy zgłosić do 7 dni po ich zakończeniu, a następnie przedłożyć w tym zakresie stosowne dokumenty (np. umowy, zlecenia, karty pracy, notatki, itd.) do 21 dni po ich zakończeniu (pod rygorem odmowy zapłaty za koszty ogólne). Strony zgodnie postanawiają, że koszty ogólne będą rozliczone w aneksie do Umowy.

W projekcie technicznym Zamawiający przewidział m.in.:

Pkt 10 ppkt 11: *W porozumieniu z administratorem zbiornika, w oparciu o potrzeby wynikające z realizowanej gospodarki wodnej, oraz archiwalne odczyty poziomów wody, przyjęto że podczas realizacji przedmiotowego zamierzenia budowlanego nie będzie możliwe okresowe obniżenie zwierciadła wody do rzędnej Min PP = 194,50 m n.p.m. Dokumentację projektową opracowano z założeniem konieczności realizacji części prac technikami podwodnymi, oraz z nad wody, z uwzględnieniem możliwości okresowego obniżenia piętrzenia wody w zbiorniku do rzędnej ~198 m n.p.m. (ostateczny poziom okresowego obniżenia piętrzenia wody w zbiorniku w decyzyjnością administratora zbiornika)*.

Pkt 10 ppkt 12: *Przed przystąpieniem do realizacji prac budowlanych Wykonawca jest zobowiązany do uzgodnienia z Zamawiającym szczegółowych warunków gospodarowania wodą dla zbiornika wodnego Dzierżno Duże w okresie realizacji prac budowlanych, w tym do uzgodnienia z Kierownikiem Nadzoru Wodnego Pławniowice m.in. wprowadzenia okresowych niższych poziomów piętrzenia dla udostępnienia elementów budowli poniżej poziomu NPP, w oparciu o opracowany przez Wykonawcę harmonogram prac uwzględniający moce przerobowe którymi dysponuje w zakresie sprzętu i ludzi, oraz planowane do wykonania działania związane z ochroną terenu prowadzenia prac przed działaniem wód w trakcie realizacji robót budowlanych*.

Zgodnie z art. 433 pkt 1-3 ustawy Pzp:

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W ocenie Izby zasadne okazały się zarzuty oznaczone w odwołaniu literami c, g, i. Zarzuty te dotyczą postanowień, które obciążają wykonawcę odpowiedzialnością w stopniu wykraczającym poza granice określone art. 433 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, § 2 ust. 18 umowy ustanawia prawo żądania intensyfikacji robót również w przypadku wystąpienia niezawinionego opóźnienia lub innych okoliczności, w tym takich, za które odpowiada Zamawiający. Jednocześnie koszty wynikające z intensyfikacji robót (zwiększenia zatrudnienia, wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych lub w systemie zmianowym, zwiększenia liczby maszyn i urządzeń, organizacji dodatkowych zmian roboczych) będą obciążać wykonawcę. Powyższe oznacza obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością za opóźnienie (co jest zakazane przepisem art. 433 pkt 1 ustawy Pzp), jak również może wiązać się z odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3 ustawy Pzp).

Z analogicznych powodów za niedopuszczalne należy uznać postanowienie § 2 ust. 17 zd. 3 umowy, który przewiduje obciążenie wykonawcy kosztami i ryzykiem utraty ważności nowych materiałów przeznaczonych do wykonania umowy, niezależnie od przyczyny. Oznacza to obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością również w sytuacji, gdy utrata ważności materiałów jest spowodowana okolicznościami leżącymi wyłącznie po stronie Zamawiającego. Jest to niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zasadnie zakwestionował brzmienie § 13 ust. 2 umowy. Zgodnie z tym postanowieniem w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy niewynikającego z winy wykonawcy lub jego podwykonawców,

wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę wyłącznie zamkniętego katalogu „kosztów ogólnych". Zauważyć należy, że Zamawiający nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym żadnego uzasadnienia dla takiego ograniczenia.

Z brzmienia § 13 ust. 2 umowy wynika, że nawet w sytuacji, gdy przedłużenie terminu realizacji umowy będzie spowodowane okolicznościami, za które odpowiada Zamawiający, wykonawca będzie musiał pokryć istotne koszty, jakimi są przykładowo koszty sprzętu. Może to więc skutkować odpowiedzialnością wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, co jest niedopuszczalne w świetle art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę § 13 ust. 2 umowy, przy czym za niezasadne Izba uznała żądanie Odwołującego w zakresie, jaki dotyczy wykreślenie rygoru odmowy zapłaty związanego z niedotrzymaniem terminów zgłoszenia (7 i 21 dni). W zakresie wykreślenia tego rygoru Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia wykazującego ich niezasadność.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące postanowień wskazanych w podpunktach a, b oraz e.

W odniesieniu do § 1 ust. 11 umowy Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, ograniczając się do sformułowania zarzutu i wniosku. Niezależnie od powyższego wskazać należy, z powyższe postanowienie nie stanowi podstawy do dowolnego i oderwanego od dokumentów zamówienia zakresu świadczenia.

Niezasadny – zdaniem Izby – jest zarzut dotyczący § 3 ust. 2 zd. 2 umowy, zgodnie z którym *za dotrzymanie terminu wykonania Umowy uważa się dokonanie odbioru końcowego Przedmiotu Umowy wraz z zatwierdzeniem przez Zamawiającego kosztorysu powykonawczego*. Odwołujący podniósł w tym zakresie, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za tempo czynności Zamawiającego oraz organów administracji. Odwołujący pomija jednak, że zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 umowy kara umowna za nieterminowe zakończenie przedmiotu umowy przewidziana jest wyłącznie na wypadek zwłoki wykonawcy, zatem twierdzenie, że wykonawca będzie odpowiadał również za okoliczności nieleżące po jego stronie, nie ma oparcia w postanowieniach umowy.

W odniesieniu do zarzutu z podpunktu e, dotyczącego uzależnienie kluczowego warunku realizacji (poziomu piętrzenia, najwyżej ok.198,00 m n.p.m.) od dyskrecjonalnej „decyzyjności administratora zbiornika", Izba stwierdziła, że w odwołaniu nie przedstawiono uzasadnienia tego zarzutu, w związku z czym brak jest podstaw do jego uwzględnienia.

Zarzut 11

W § 13 ust. 5 projektu umowy Zamawiający wprowadził następujące postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia:

5. Stosownie do postanowień art. 439 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 Umowy, na następujących zasadach: 1) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, tj. gdy nastąpi zmiana (odpowiednio wzrost lub spadek) o więcej niż 5% miesięcznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Monitorze Polskim (wskaźnik inflacji GUS) obowiązującego w dniu złożenia wniosku, o którym mowa w pkt. 2 i 3, w stosunku do wskaźnika inflacji GUS obowiązującego w dniu zawarcia Umowy, Strony mają prawo do waloryzacji (odpowiednio zwiększenia lub obniżenia) cen jednostkowych wynagrodzenia umownego o wartość zmienionego wskaźnika inflacji GUS, za niewykonany przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego zakres prac wg stanu na dzień złożenia powyższego wniosku, począwszy od upływu 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem dalszych postanowień Umowy. W przypadku, gdyby wskaźnik inflacji GUS przestałby być dostępny, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.

Wartość waloryzacji poszczególnych cen jednostkowych niewykonanych pozycji wynagrodzenia umownego będzie liczona wg poniższego wzoru:

W = X x G

gdzie:

W - wartość waloryzacji ceny jednostkowej danej niewykonanej pozycji

X - wartość danej niewykonanej pozycji

G - wartość zmienionego wskaźnika inflacji GUS wyrażona w % 41

2) W sytuacji wzrostu wskaźnika inflacji GUS, o którym mowa w pkt. 1, powyżej 5% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie waloryzacji wysokości wynagrodzenia, o której mowa w pkt. 1. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.

3) W sytuacji spadku wskaźnika inflacji GUS, o którym mowa w pkt. 1, powyżej 5% Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie waloryzacji wysokości wynagrodzenia, o której mowa w pkt. 1. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.

4) Wniosek, o którym mowa w pkt. 2 i 3 można złożyć nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia, jednak nie częściej niż raz na 6 miesięcy i z zastrzeżeniem pozostałych postanowień niniejszego paragrafu. Jeżeli Zamawiający uzna, iż wniosek Wykonawcy o zmianę wynagrodzenia jest niekompletny, zawiera braki, błędy lub jest niewystarczająco uzasadniony, wzywa Wykonawcę do jego uzupełnienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pod rygorem braku jego rozpatrzenia.

5) Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w pkt. 1 niniejszego paragrafu na zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego. (…)

10) Jeżeli Wykonawca nie ukończy robót w pierwotnym terminie umownym, to waloryzacja wynagrodzenia po tym okresie będzie dokonywana albo według wskaźnika inflacji GUS obowiązującego w dniu upływu pierwotnego terminu wykonania robót, albo według bieżącego wskaźnika inflacji GUS, zależnie od tego, co jest korzystniejsze dla Zamawiającego, z zastrzeżeniem postanowień pkt 11. Korekta cen następuje zgodnie z zasadami waloryzacji określonymi w niniejszej Umowie i nie stanowi odrębnego mechanizmu waloryzacyjnego.

11) Nie będzie się stosować żadnej waloryzacji w stosunku do kosztów lub cen prac wprowadzonych po zawarciu Umowy, w tym na podstawie § 13 Umowy, ani prac, które miały być zakończone, jednak z powodu zwłoki Wykonawcy nie zostały wykonane w terminie wynikającym z Umowy, w tym z OHB/RHB.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

ust. 1: Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

ust. 2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia umowy nie naruszają powyższych przepisów. Zamawiający zamieścił we wzorze umowy wszystkie elementy waloryzacji wymagane przepisami ustawy, brak więc jest podstaw do twierdzenia o naruszeniu tych przepisów. Zamawiający określił poziom zmiany cen uprawniający do waloryzacji, sposób jej ustalenia z odesłaniem do wskaźnika publikowanego przez Prezesa GUS, wpływ zmiany cen na koszt wykonania zamówienia oraz maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wprowadzenie tych postanowień stanowiło wyłącznie formalne wypełnienie obowiązku określonego w art. 439 ustawy Pzp.

Odnosząc się do tego, że do waloryzacji będzie uprawniała zmiana o więcej niż 5% miesięcznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wskazać należy, że zgodnie z projektem umowy próg ten dotyczy zmiany wynikającej z porównania wskaźnika z dnia złożenia wniosku do wskaźnika obowiązującego w dniu zawarcia umowy. Jednocześnie zauważenia wymaga, że jakkolwiek celem waloryzacji jest minimalizowanie skutków zmiany kosztów realizacji

zamówienia, to cel ten nie powinien być rozumiany jak bieżące i całkowite eliminowanie skutków każdej zmiany kosztów realizacji zamówienia, o czym świadczy fakt, że ustawodawca zobowiązał zamawiających do określania zarówno jej częstotliwości, jak i poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, po osiągnięciu którego powstanie uprawnienie do waloryzacji wynagrodzenia. Oznacza to, że wykonawca musi brać pod uwagę, że waloryzacja nie zapewni pełnej rekompensaty zwiększonych kosztów wykonania zamówienia, a powinna raczej rekompensować zmiany istotne czy trudne do przewidzenia w dacie kalkulowania ceny ofertowej. W związku z tym próba wykazywania przez Odwołującego, że w obecnych realiach rynkowych wskaźnik uprawniający do waloryzacji nie zostałby osiągnięty, nie świadczy o zasadności zarzutu.

Ponadto Odwołujący nie wyjaśnił, z czego wywodzi niejasność ustalonego przez Zamawiającego wzoru, a zaznaczyć należy, że samo zakwestionowanie tego wzoru jest nie wystarczające, a zadaniem Izby nie jest poszukiwanie – w zastępstwie Odwołującego - argumentów świadczących o zasadności zarzutu. Odwołujący nie wykazał również naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy przez ustalenie, że waloryzacja obejmuje wyłącznie zakres niewykonany wg stanu na dzień złożenia wniosku.

W ocenie Izby nie zachodzi również sprzeczność między postanowieniami § 13 ust. 5 pkt 10 i 11 umowy. W świetle tych postanowień, w przypadku, gdy prace nie zostały wykonane w terminie z powodu zwłoki wykonawcy, waloryzacja nie będzie przysługiwać, co należy uznać za uzasadnione. Natomiast w przypadkach niespowodowanych taką zwłoką wybór wskaźnika będzie należał do Zamawiającego. W ocenie Izby takie uprawnienie Zamawiającego nie powoduje obciążenia wykonawcy skutkami okoliczności, za które odpowiada Zamawiający, wykonawca nie będzie bowiem w takim przypadku pozbawiony waloryzacji. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania (tj. biorąc pod uwagę zarzuty rozpoznane merytorycznie oraz zakres i wagę zarzutów uwzględnionych i oddalonych) obciążając kosztami Odwołującego w części 2/3 i Zamawiającego w części 1/3.

Przewodnicząca:……