



Pruszków, dnia 6 lipca 2023 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:
Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna
ul. Bytomska 7,
70-603 Szczecin
tel. 91 430 83 64
e-mail: przetargi@port.szczecin.pl

Odwołujący:
STRABAG Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588
reprezentowany przez:
radcę prawnego Magdalenę Marciniak
adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com
Tel.: 788-957-521

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej”

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: OZ-092/3/IPU-7/2023

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr **2023/S 122-386442** opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2023 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zakres i Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

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

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

dysponuje lub będzie dysponował co najmniej:

jedną osobą pełniącą funkcję - Dyrektora Projektu/Kierownika Projektu

wymagane kwalifikacje: wykształcenie wyższe.

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

jedną osobą pełniącą funkcję - Kierownika Budowy

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

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

2. **art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp** poprzez:
 - a) wskazanie w treści ogłoszenia pkt II 2.7, SWZ (pkt. 2.1)) i wzorze umowy (§ Akt Umowy część I pkt 5, część V Harmonogram Realizacji robót) terminów realizacji zamówienia w dacie dziennej wyznaczonej ostatecznie na dzień 31 grudnia 2024 r- Odcinek I, 31 lipca 2025 r.- Odcinek II oraz poszczególnych terminów pośrednich w Harmonogramie realizacji robót podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i Zamawiający zaniechał podania takiego uzasadnienia w dokumentacji Postępowania.
 - b) Wskazanie terminów końcowych realizacji zamówienia określonych datą dzienną, jak i poszczególnych terminów Harmonogramu realizacji robót, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.
3. **art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp** poprzez przewidzenie we wzorze umowy możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W pkt 13.1 wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienie zgodnie z którym: „Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót” jednocześnie nie wskazując o jaką wartość istnieje możliwość ograniczenia zakresu ani sposobu, w jaki do takiego ograniczenia może dojść.

II. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy odpowiednio do sformułowanych zarzutów. Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień SWZ i umowy, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez podanie brzmienia konkretnych zapisów:

1. W zakresie warunków udziału w Postępowaniu

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

dysponuje lub będzie dysponował co najmniej:

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

wymagane kwalifikacje: wykształcenie wyższe.

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

jedną osobą pełniącą funkcję - Kierownika Budowy

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

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

2. **W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia**, Odwołujący wnosi o zmianę postanowień odpowiednio ogłoszenia, SWZ i jego załączników:

Część I Aktu umowy

Roboty zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie, to jest **w terminie 36 miesięcy** od Daty Rozpoczęcia do **31.07.2025 r.**

SWZ w zakresie pkt. 2.1, poprzez dokonanie zmiany:

2.1. Termin realizacji zamówienia:

od zawarcia Kontraktu z Wykonawcą realizacja robót budowlanych i uzyskania bezwarunkowych i prawomocnych pozwoleń na użytkowanie zgodnie z Harmonogramem Realizacji Robót - (Część V) projektu Kontraktu - do maksymalnie:

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

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

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

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

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

Poprzez zmianę i doprecyzowanie fragmentu klauzuli:

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

A także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych postanowień umowy które wprost odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji gdy powielają skarżoną materię lub wprost referują do takiej materii.

III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Postanowienia zawarte w SWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu, a także postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą PZP i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienia wprost niezgodne z przepisami ustawy PZP, chociażby w zakresie sposobu określenia terminu lub z użyciem klauzuli abuzywnej nieograniczonej możliwości rezygnacji z części Prac. Dodatkowo przewidziane warunki udziału są nadmierne i znacząco ograniczające konkurencję a jednocześnie nie referują do przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady określone ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym.

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2023 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 6 lipca 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

I. Warunki udziału w postępowaniu

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

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

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

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

Zamawiający niekonsekwentnie w zakresie posiadanego doświadczenia Wykonawcy dopuszcza budowę lub przebudowę nabrzeży bez wymogu wartości robót, natomiast w wymaganiach dotyczących doświadczenia zawodowego Kierownika budowy zawęża warunek tylko do budowy nowego nabrzeża lub pirsu. Tak postawiony warunek pkt 3.2 ppkt 2 b SWZ znacząco ogranicza konkurencję ponieważ budowy nowych nabrzeży występują sporadycznie. Ponadto budowa nowego obiektu jest mniej skomplikowana od przebudowy istniejącego, dlatego to ograniczenie jest bezzasadne i narusza przepis art. 112 ust 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim warunek ma

wykazywać minimalne poziomy zdolności w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zawężenie warunku jedynie do budowy nowego nadbrzeża powoduje że warunek ten nie odpowiada przedmiotowemu zamówieniu, w zakresie w jakim przewiduje on również przebudowę i rozbudowę obiektów. Zawężenie to powoduje też nadmierne ograniczenie konkurencji tylko do tych wykonawców i ich kierowników, którzy wybudowali nowe obiekty, podczas gdy zdecydowana większość nadbrzeży w naszym kraju istnieje i jest jedynie modernizowana oraz przebudowywana. Doświadczenie w przebudowie obiektów może w pewnych przypadkach być nawet większe niż w samej budowie obiektu, co oznacza że minimalny poziom zdolności do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia zostanie zachowany nawet przy rozszerzeniu warunku.

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

6) budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;

7) robotach budowlanych - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;

7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

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

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

II. Terminy realizacji

1) Termin realizacji niezgodny z przepisami ustawy Pzp

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

Po pierwsze, planowany termin zakończenia powinien być określony w czasookresach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny, dla której określił w postępowaniu datę dzienną. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno rozpoczynać się z momentem podpisania umowy wtedy kiedy realnie wykonawca ma prawo rozpocząć prace, po drugie powinno kończyć się po upływie określonego czasu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy.

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

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

Biorąc pod uwagę swoje profesjonalne i bogate doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, Odwołujący przygotował harmonogram rzeczowy, uwzględniający odpowiednie okresy wykonywania poszczególnych robót, który załącza do niniejszego Odwołania. Harmonogram ten stanowi dowód na okoliczność niedoszacowania przez Zamawiającego czasu koniecznego na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

Dowód: Harmonogram realizacji prac

Przedłożony Harmonogram rzeczowy wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – przybliżony i w optymistycznym wariacie ok 18 miesięcy jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założona przez Odwołującego, poparta jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, kolejność wykonywania poszczególnych etapów procesu realizacyjnego uzasadnia przyjęcie terminu minimum 26 miesięcy dla etapu II i 36 miesięcy dla etapu I.

2) Aspekty merytoryczne uwarunkowań realizacji zamówienia

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

Poniższa analiza czasu na realizację dotyczy głównie robót hydrotechnicznych, gdyż zgodnie z założeniami przedstawionymi przez Zamawiającego największe ograniczenia czasowe w

realizacji prac zostały nałożone właśnie na tą branżę. Umowa przewiduje szereg ograniczeń czasowych i dotyczących sposobów realizacji zadania, regulując jak i kiedy mogą być prowadzone Prace i dotyczą one robót:

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

Zamawiający w załączonej do przetargu dokumentacji wprowadził następujące ograniczenia:

A. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

- Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (częściowe) należy uzyskać osobno dla każdego z etapów zadania tj. dla Odcinka I i dla Odcinka II
- Usunięcie (ze wschodniej granicy przedsięwzięcia) poza obszarem lęgowym ptaków czyli od 16 października do końca lutego (info z decyzji nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach) szuwarowisk trzcinowych o łącznej powierzchni 4.300m²
- Realizacja zadania w sposób umożliwiający utrzymanie w szczególności ciągłości pracy i ruchu Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminal Real Estate Sp. z o.o.
- Wykonawca jest zobowiązany realizować równocześnie prace kafarowe, palowe, zbrojarskie oraz betonowanie dla nabrzeży nr 1 i nr 2; minimum 2 zespoły robocze pracujące jednocześnie przy wykonywaniu robót kafarowych i żelbetowych
- Konieczność dwukrotnego przeniesienia zaplecza
- Usuwanie urobku czerpalnego do morza powinno zostać wstrzymane na okres wiosennego tarła ryb (kwiecień, maj)
- Prace budowlane emitujące wysoki poziom hałasu (np. prace związane z wykorzystaniem kafarów i dziobaków) będą prowadzone tylko w porze dziennej (6:00-22:00). Wyjątek mogą stanowić prace wymagające ciągłości procesu.

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

- Prace związane z robotami czerpalnymi i z przebudową nabrzeży (tj. roboty kafarowe zgodnie z informacją w wyjaśnieniu decyzji) wykonać poza okresem migracji ichtiofauny tj. poza okresem wrzesień – listopad
- Wycinkę szuwaru trzcinowego o powierzchni 4300 m³ przeprowadzić poza okresem lęgowym ptaków (w tym przypadku od 1 marca do 15 października).

Analiza powyższych wymogów wskazuje na konieczność:

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

Dodatkowo, Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w oparciu o warunki kontraktowe dla budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego (tzw. czerwony FIDIC). Warunki tych kontraktów zakładają wieloetapowe procedury i dość długie terminy wpływające na możliwość rozpoczęcia lub prowadzenia Prac a ostatecznie także ich rozliczenia.

Zgodnie z Aktem Umowy, w terminie 14 dni od dnia podpisania umowy (daty rozpoczęcia) Wykonawca musi przedstawić Program (harmonogramy), a Zamawiający ma 21 dni na jego akceptację bądź milczącą zgodę. Roboty mogą się rozpocząć po ww. terminach. Po zakończeniu każdego odcinka łącznie z wykonaniem niezbędnej dokumentacji i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie Wykonawca zwraca się do Inżyniera z wnioskiem o przejęcie części robót, a Inżynier ma 28 dni na akceptację wniosku

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

Analiza czasu – prefabrykacja ścianki:

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

Analiza czasu – pogrążanie ścianki

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

Analiza czasu – roboty czerpalne

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

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

3) Aspekty prawne nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego

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

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. " (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

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

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej poprzez wyznaczenie określonego datą dzienną zbyt krótkiego terminu, który uniemożliwia prawidłowe i zgodne z prawem wykonania zamówienia. W przypadku prac technologicznie złożonych, z uwzględnieniem wyżej wskazanych ograniczeń dochodzi do sytuacji, w której zobowiązanie wykonawcy staje się świadczeniem niemożliwym do spełnienia w trybie art. 387 § 1 KC (§ 1. Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna).

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

III. Brak limitu włączeń

Art. 433 ustawy Pzp w pkt. 4) przewiduje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r., sygn.. KIO 3233/21 (LEX nr 3353737) czytamy: „Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. **A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego.** Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

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

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

- 1) przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku w zamówieniu publicznym nr NPR/NS/2022/002 dotyczącym inwestycji pn.: „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk”, gdzie w §16 ust. 1 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił następujący zapis umowny: „...Zamawiający nie może ograniczyć Przedmiotu Umowy o roboty, których łączna wartość będzie większa niż **10% wynagrodzenia**, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy”,
- 2) przez Zamawiającego – Opera Nova w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy w zamówieniu publicznym nr ZP-331-4/2022 pn.: „Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową”, gdzie w Art. 2.8. Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „2.8. Zamawiający ma prawo wyłączenia z zakresu objętego umową niektórych prac przygotowawczych wymienionych w art. 41 ust. 2 PrBud oraz ma prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości robót budowlanych na ilości dostosowane do potrzeb realizacji przedmiotu Umowy lub pominięcia poszczególnych robót budowlanych, opisanych w Dokumentacji projektowej, jeżeli zmiana ta jest konieczna dla realizacji Umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i zmiana nie stanowi istotnego odstępstwa od dostarczonych projektów, a także **nie przekracza 10% szacunkowego wynagrodzenia** Wykonawcy określonego w pkt. 26.1.1. Umowy.”.

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

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego
6. Harmonogram sporządzony przez Odwołującego, dla potwierdzenia zarzutu dot. terminu,