

Warszawa, dnia 10.07.2023r.

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
e-mail: przetargi@port.szczecin.pl
tel. +91 430 83 64

Osoba do kontaktów:

Monika Gadomska, Katarzyna Nowicka

Odwołujący:

PORR S.A. (nr KRS: 0000026184)
ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
tel.: +48 22 266 99 00
e-mail: oferty@porr.pl

Osoba do kontaktów:

Anna Matyja
tel.: + 48 514 769 478
e-mail: anna.matyja@porr.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej” (nr referencyjny: OZ-092/3/IPU-7/2023)

ODWOŁANIE

I. Zakres zaskarżenia.

Działając w imieniu PORR S.A. („Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 i art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2022.1710 ze zm.; „Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- **[Zarzut nr 1]** ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej w zakresie parametrów inwestycji referencyjnej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz (iii)

PORR S.A.

Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
T +48 22 266 99 00. F -020
centrala@porr.pl
porr.pl

Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy
XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
KRS 26184, NIP PL 522 10 54 994, REGON 011134083

Kapitał zakładowy równy wpłaconemu
27.520.000, 00 PLN

niewynikający z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego z uwagi na ograniczenie katalogu inwestycji referencyjnych do jednego typu budowli hydrotechnicznych morskich, tj. nabrzeża;

- **[Zarzut nr 2]** ustalenie terminu zakończenia realizacji zadania inwestycyjnego i Kamieni Milowych za pomocą konkretnych dat kalendarzowych;
- **[Zarzut nr 3]** niepełny i niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia z uwagi na niezłączenie do dokumentacji postępowania pozwolenia na budowę i pozwoleń wodnoprawnych oraz zastrzeżenie możliwości przekazywania do dnia zawarcia Kontraktu informacji dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy;
- **[Zarzut nr 4]** ukształtowanie postanowień wzoru umowy w sposób naruszający przepisy Pzp i kodeksu cywilnego, w szczególności z przekroczeniem: (i) granic swobody umów, (ii) zasad współżycia społecznego oraz (iii) zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane;
- **[Zarzut nr 5]** prowadzenie postępowania z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady uczciwej konkurencji, zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności;

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej” (nr referencyjny: OZ-092/3/IPU-7/2023).

II. Żądania Odwołującego.

W imieniu Odwołującego wnoszę o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ oraz warunków przyszłej umowy w sposób opisany w pkt III poniżej.

III. Zarzuty i żądania Odwołującego.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów:

[Zarzut nr 1]

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

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

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

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

[Zarzut nr 2]

- art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ustalenie terminu zakończenia realizacji inwestycji i Kamieni Milowych za pomocą konkretnych dat kalendarzowych;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt II.2.7 ogłoszenia, pkt 2.1 SWZ, pkt 5 Aktu Umowy, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Załącznika - Część V - Harmonogram Realizacji Robót w poniższy sposób oraz dostosowanie pozostałych terminów realizacyjnych zawartych w dokumentacji przetargowej do tych zmian:

a) Ogłoszenie:

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

Niniejsze zamówienie podlega wznowieniu: **nie**”

b) SWZ:

„2.1. Termin realizacji zamówienia:

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

- ~~31 grudnia 2024 r.~~ - Odcinek I - **22 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu;**
- ~~31 lipca 2025 r.~~ - Odcinek II - **30 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu.**

c) Akt Umowy:

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

d) Załącznik - Część V - Harmonogram Realizacji Robót:

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

e) Opis Przedmiotu Zamówienia:

„Roboty czerpalne wykonane będą w dwóch fazach:

- faza I do rzędnej -10,5 m - w terminie do 22 miesięcy od Daty Rozpoczęcia
- faza II do rzędnej -12,5 m - w terminie do 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia

[Zarzut nr 3]

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

z uwagi na:

- a) brak w dokumentach postępowania decyzji administracyjnych wyznaczających zakres i warunki realizacji zadania inwestycyjnego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. pozwolenia na budowę i pozwolenia wodnoprawnego;
- b) zastrzeżenie możliwości przekazywania do dnia zawarcia Kontraktu (a więc po dniu otwarcia ofert) informacji dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy;

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

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

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

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, ponieważ brak pozwolenia na budowę i pozwoleń wodnoprawnych stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

ewentualnie:

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

[Zarzutek nr 4]

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

Odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienia sub. 1.1.3.1:

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

- art. 433 pkt 3) i art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353[1] k.c. i art. 473 k.c. w zw. z art. 16 i art. 8 Pzp - poprzez ukształtowanie treści umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równowagi stron wskutek modyfikacji sub. 4.10, w sposób który powoduje przerzucenie na

Wykonawcę ryzyka gospodarczego wynikającego z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, które powinno obciążać Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 Pzp.

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

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

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

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

[Zarzut nr 5]

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

- IV. Termin publikacji ogłoszenia.** Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 28.06.2023r. pod nr 2023/S 122-386442.

Z uwagi na fakt, że termin 10 dni liczony od dnia 28.06.2023 r. upływa dnia 8.07.2023 r. w sobotę, faktyczny termin na złożenie niniejszego odwołania upływa dnia 10.07.2023r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SWZ został zatem zachowany.

- V.** Zgodnie z art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego.

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa hydrotechnicznego i infrastrukturalnego oraz jest potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zadania inwestycyjnego.
2. Jednak skutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem kluczowy

warunek udziału postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, terminy realizacji inwestycji oraz postanowienia przyszłej umowy w sposób wadliwy i niekonkurencyjny.

3. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają wykonawcom, w tym Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia.
4. *„Środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” (wyrok KIO z dnia 04.10.2010r., sygn.akt: KIO 2036/10).*

II. Stan faktyczny.

1. Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn. „Budowa zdolności przeładunkowej portu morskiego w Świnoujściu do obsługi potrzeb morskiej energetyki wiatrowej” (nr referencyjny: OZ-092/3/IPU-7/2023).
2. Przedsięwzięcie polega na budowie Terminalu Instalacyjnego w Świnoujściu dla obsługi Morskich Farm Wiatrowych (MFW) oraz innych ładunków ponadgabarytowych. Planowany terminal przeznaczony będzie głównie do przeładunku, składowania i wstępnego montażu elementów morskich turbin wiatrowych oraz serwisowania eksploatowanych turbin wiatrowych szczególnie w okresie budowy morskich farm wiatrowych na Bałtyku oraz również do przeładunku i składowania innych ładunków ponadgabarytowych, przestrzennych, ciężkich lub zjednostkowanych (pkt 1.1. SWZ).
3. Przedmiotem zamówienia jest:
 - (i) rozbudowa istniejących Nabrzeży nr 1 i nr 2 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna -10,5 m) - Odcinek I,

- (ii) budowa ścianki szczelnej wraz z zakotwieniem dla przyszłego Nabrzeża nr 3 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna - 12,5 m) i załadowniem części akwenu pomiędzy ścianką szczelną a istniejącym nabrzeżem nr 3 - Odcinek II,
 - (iii) uzyskanie pozwoleń na użytkowanie osobno dla każdego z etapów zadania, tj. dla Odcinka I i dla Odcinka II.
4. Inwestycja będzie realizowana w oparciu o „WARUNKI KONTRAKTOWE DLA BUDOWY dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, 4. wydanie angielsko-polskie niezmiennione 2008 z erratą (tłumaczenie 1. wydania 1999), przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (Fédération Internationale des Ingénieurs - Conseils - FIDIC, P.O. Box 311, CH-1215 Geneva 15, Szwajcaria)”, zmodyfikowane przez Zamawiającego w Część II - Warunki Szczególne Kontraktu.

III. Uzasadnienie zarzutów.

[Zarzut nr 1; Inwestycje referencyjne]

1. Zamawiający w pkt 3.2 ppkt 2) lit. a) SWZ oraz w pkt III.1.3 lit. a) ogłoszenia, ustalił warunek udziału w niniejszym postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie inwestycji referencyjnych w sposób nadmierny i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie jest on również uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.
2. Zamawiający, uzna bowiem warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej dwie budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane Dz.U. 2023 poz. 682 z późn. zm.) konstrukcji hydrotechnicznych nabrzeży o długości co najmniej 100 m i głębokości technicznej co najmniej 8 m każda”.
3. Zamawiający wymaga zatem wykazania doświadczenia przy realizacji inwestycji dokładnie takich samych jak przedmiot niniejszego zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt 1.1. SWZ, przedmiotem zamówienia jest „*rozbudowa istniejących Nabrzeży nr 1 i nr 2 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna - 10,5 m) - Odcinek I oraz budowa ścianki szczelnej wraz z zakotwieniem dla przyszłego Nabrzeża nr 3 wraz z robotami czerpalnymi (głębokość techniczna - 12,5 m) i załadowniem części akwenu pomiędzy ścianką szczelną a istniejącym nabrzeżem nr 3 - Odcinek II [...] zgodnie z przekazaną dokumentacją projektową*”.
4. Natomiast obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest postawienie minimalnych (z uwzględnieniem sytuacji rynkowej) warunków dotyczących doświadczenia, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy, które jednocześnie umożliwią realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości (wyrok KIO z dnia 20.01.2017r., sygn.akt: KIO 8/17).

5. Przepisy ustawy nie wymagają, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega. *„Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia.”* (wyrok KIO z 24.01.2018r.; sygn.akt: KIO 82/18).
6. Natomiast Zamawiający przeniósł wprost element opisu przedmiotu zamówienia do opisu warunków udziału w postępowaniu dotyczącego inwestycji referencyjnej (rodzaj morskiej budowli hydrotechnicznej). Natomiast *„opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia”* (wyrok KIO z dnia 21.07.2015 r.; sygn.akt: KIO 1431/15).
7. Zgodnie z §2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U.1998.101.645 ze zm.), morskie budowle hydrotechniczne to budowle nawodne lub podwodne, wznoszone:
 - a) na morzu terytorialnym,
 - b) na morskich wodach wewnętrznych,
 - c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego,
 - d) w portach i przystaniach morskich,które wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełniania przeznaczonej mu funkcji stanowią całość techniczno-użytkową.
8. W ramach tych budowli w myśl § 3 pkt 1 ww. rozporządzenia wyróżnia się podkategorię budowli portowych, tj. budowli usytuowanych na obszarze portów morskich, w szczególności są to falochrony, łamacze fal, nabrzeża przeładunkowe i postojowe, wysepki, pochłaniacze fal, bulwary spacerowe.
9. Fakt umieszczenia ww. budowli w jednej podgrupie budowli portowych świadczy o tym, że są one zbliżone pod względem warunków realizacji oraz wymagań technicznych i materiałowych. Muszą bowiem uwzględniać w jednakowym stopniu gabaryty jednostek pełnomorskich (co przekłada się na wymiary i przekroje poprzeczne tych budowli) oraz dynamiczne i chemiczne bezpośrednie oddziaływanie wody morskiej.
10. W związku z tym wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji podobnych rodzajowo morskich budowli hydrotechnicznych jest w stanie w sposób prawidłowy i terminowy wykonać inną budowlę należącą do tej samej kategorii.
11. Z uwagi na powyższe nieuzasadnione pod względem technicznym jest ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego w pkt 3.2 ppkt 2) lit. a) SWZ oraz w pkt III.1.3 lit. a) ogłoszenia, co czyni ww.

warunek udziału w postępowaniu wymagający wykazania doświadczenia w realizacji wyłącznie nabrzeży nieuzasadnionym i nieproporcjonalnym do przedmiotu niniejszego zamówienia.

12. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że profesjonalni Zamawiający (podmioty administrujące budowlami morskimi, tj. zarządy portów, urzędy morskie) w trakcie postępowań przetargowych z zakresu robót hydrotechnicznych traktują jako równoważne doświadczenie zdobyte podczas realizacji nadbrzeży, falochronów oraz pirsów i dopuszczają możliwość wymiennego legitymowania się doświadczeniem zdobytym przy realizacji tych budowli.
13. Powyższe potwierdza zestawienie przetargów załączone do niniejszego odwołania, w których Zamawiający w celu weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zleczanych przez nich zamówień, dopuścili możliwość zamiennego posługiwania się doświadczeniem przy realizacji falochronów, nabrzeży i pirsów lub ustalili jeszcze bardziej liberalne wymóg wykazania doświadczenia w budowie/przebudowie jakichkolwiek hydrotechnicznych budowli morskich.
14. W celu zatem zwiększenia konkurencyjności niniejszego postępowania uzasadnione jest, poszerzenie katalogu inwestycji referencyjnych o inne tego typu budowle morskie, np. falochrony czy pirsy.
15. Proponowana zmiana uwzględnia charakter niniejszego zamówienia oraz nie powoduje obniżenia wymagań stawianych wykonawcom co do ich umiejętności zawodowych. Realizacja inwestycji hydrotechnicznych cechuje się bowiem dużą powtarzalnością kategorii i zakresów robót, organizacji procesu budowy czy stosowanych rozwiązań technicznych.
16. Co więcej w ostatnich latach to kategorie budowli morskich pominiętych przez Zamawiającego, w szczególności falochrony wykonywane są w najnowszych technologiach, które wymagają od ich wykonawców oraz kadry technicznej wykazania się wysoką wiedzą techniczną i zawodową.
17. Ponadto warunki wykonywania falochronów (robót budowlanych) są nie mniej skomplikowane, a częściowo trudniejsze niż przy budowie nabrzeży (tj. bez dostępu z lądu lub ze znacznie ograniczonym dostępem, konieczność wykonywania wszystkich prac przy użyciu sprzętu pływającego, wykonywanie wszystkich prac w warunkach hydrologicznych otwartego morza (brak ostony przed falowaniem), ograniczenia nawigacyjne).
18. Oznacza to, że ustalone przez Zamawiającego wymagania dotyczące doświadczenia zawodowego w sposób nieuzasadniony ograniczają grono wykonawców, wyłączając z udziału w niniejszym postępowaniu podmioty posiadające odpowiednie doświadczenie zawodowe.
19. Natomiast Zamawiający jest zobowiązany do zachowania niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 5.03.2021r.; sygn.akt: KIO 418/21).
20. Należy zatem podkreślić, że *„po to ustawodawca wprowadził wymóg proporcjonalności, by zamawiający w sposób wyważony stawiali granicę w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia, a nie po to, by dopuszczać tylko takiego wykonawcę, który wykonał wcześniej analogiczną, taką samą, inwestycję”* (wyrok KIO z dnia 24.06.2016r.; sygn.akt: KIO 995/16).

21. W konsekwencji zatem, o ile „zrozumiała jest troska zamawiającego o zapewnienie wykonania zamówienia przez wykonawcę posiadającego odpowiednie - w jego ocenie - doświadczenie, ale trudno zaakceptować pogląd, że takie doświadczenie posiadają jedynie podmioty, które wykonały wcześniej zamówienie tożsame czy nawet identyczne z zamówieniem będącym przedmiotem zamówienia” (wyrok KIO z dnia 14.07.2015r.; KIO 1393/15).
22. Z uwagi na powyższe konieczna i uzasadniona jest zmiana kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w sposób zaproponowany przez Odwołującego, który uwzględnia charakter przedmiotu zamówienia oraz sytuację na rynku budownictwa hydrotechnicznego, tj. umożliwienie posłużenia się doświadczeniem w realizacji szerszego katalogu budowli morskich.

[Zarzut nr 2; Terminy realizacji inwestycji]

1. Zgodnie z pkt II.2.7 ogłoszenia, pkt 2.1 SW, pkt 5 Aktu Umowy, Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz postanowieniami Załącznika - Część V - Harmonogram Realizacji Robót, Zamawiający wymaga wykonania - Odcinka I do dnia 31 grudnia 2024 r. oraz - Odcinka II do dnia 31 lipca 2025 r. Ponadto w Załączniku - Część V - -Harmonogram Realizacji Robót za pomocą dat dziennych określono termin wykonania poszczególnych Kamieni Milowych.
2. Terminy wykonania zadania inwestycyjnego zostały zatem ustalone za pomocą konkretnych dat kalendarzowych.
3. Natomiast zgodnie z art. 436 Pzp, planowany termin zakończenia robót budowlanych powinien zostać ustalony w umowie w sprawie zamówienia publicznego w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. „Taki sposób oznaczenia terminu wykonania przedmiotu umowy powoduje, iż wykonawcy nie obciążają negatywne skutki przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak ma to miejsce w przypadku oznaczenia terminu datą dzienną, gdyż termin rozpoczyna swój bieg dopiero od zdarzenia następującego po rozstrzygnięciu postępowania” (W.Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2021).
4. Powyższy przepis wyjątkowo dopuszcza wskazanie konkretnej daty wykonania umowy, jeżeli jest to uzasadnione obiektywną przyczyną, np. ramami czasowymi wynikającymi z umowy o dofinansowanie projektu.
5. „Wprowadzona w art. 436 Ustawy regulacja dotycząca określania planowanego terminu zakończenia inwestycji objętej zamówieniem ma na celu ustalenie jasnych dla wykonawców ram czasowych, co stanowi istotny element opisu przedmiotu zamówienia, pozwalający na oszacowanie kosztów inwestycji, jak również oszacowanie odpowiednich sił i środków, jakie będą musiały być zaangażowane w celu dotrzymania nałożonych terminów. Możliwość odstąpienia od zasady ustalania terminu ilością dni, tygodni, miesięcy lub lat, przez wskazanie daty wykonania umowy musi być obiektywnie uzasadnione. Nie chodzi o samo formalne nazwanie przyczyny, która może obiektywnie uzasadniać takie odstąpienie, konieczne jest rzeczywiste istnienie uzasadnienia, co pozwala odnieść daną

okoliczność do sytuacji faktycznie mającej znaczenie dla realizacji inwestycji” (wyrok KIO z dnia 17.04.2023r.; sygn.akt: KIO 836/23).

6. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby ustalenie terminu wykonania zamówienia za pomocą dat dziennych.
7. W pkt 1.1 SWZ znajduje się jedynie informacja, że Zamawiający ubiega się o dofinansowanie inwestycji ze środków instrumentu „Łącząc Europę” (Connecting Europe Facility, CEF) CEF 2 Transport - Projects on the Core Network - Cohesion envelope. CEF-T-2022-CORECOEN-MARP-WORKS: Maritime ports - studies, works or mixed.
8. Z powyższych informacji wynika zatem, że Zamawiający w dacie wszczęcia postępowania nie pozyskał jeszcze ww. środków oraz nie zostały ustalone przez instytucję finansującą zasady i terminy ich wydatkowania. W niniejszym postępowaniu nie zachodzi zatem obiektywna przyczyna uzasadniająca ustalenie dziennych dat wykonania inwestycji i jej poszczególnych części (Odcinków i Kamieni Milowych).
9. Z tego względu ustalone przez Zamawiającego terminy pośrednie (Kamienie Milowe) oraz termin wykonania całej inwestycji stanowi pewien prognozowany cel Zamawiającego. Nie mają one jednak umocowania w dokumentach, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek rozliczenia tej inwestycji w nieprzekraczalnym terminie. Natomiast obiektywna przyczyna terminów realizacji zamówienia publicznego musi istnieć już w momencie ogłoszenia o zamówieniu (por. wyrok KIO z dnia 17.04.2023r.; sygn.akt: KIO 836/23).
10. Jednocześnie analiza terminów ustalonych przez Zamawiającego wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie inwestycji nawet w terminie pierwotnie założonym przez Zamawiającego.
11. Zamawiający ustalił bowiem termin składania ofert na dzień 1.08.2023r., a termin związania ofertą na dzień 28.11.2023r. W związku z tym przy założeniu, że umowa w sprawie realizacji niniejszego zamówienia zostanie zawarta w ostatnim dniu terminu związania ofertą (tj. w dniu 28.11.2023r.), na realizację robót budowlanych i uzyskanie wymaganych pozwoleń na użytkowanie pozostanie w przypadku Odcinka I - 13 miesięcy oraz Odcinka II - 20 miesięcy. Termin ten jest zbyt krótki na rozbudowę nabrzeży o łącznej długości 788,1 m i głębokości technicznej -12,5 m wraz uzyskaniem pozwoleń na użytkowanie.
12. Odwołujący przygotował Harmonogram rzeczowy, który załącza do niniejszego Odwołania. Przedłożony Harmonogram wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin jest nierealny i niemożliwy do utrzymania. Według Odwołującego termin wykonania Odcinka I wynosi 22 miesięcy od momentu podpisania Kontraktu oraz dla wykonania Odcinka II - 30 miesięcy od momentu podpisania umowy.
13. Dodatkowo każde wydłużenie procedury udzielenia zamówienia (np. wskutek wnoszenia środków ochrony prawnej) skraca ten termin.

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

14. Należy przy tym zwrócić uwagę, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wyznaczył minimalny 1-miesięczny termin składania ofert, co dla tego typu inwestycji w ocenie Odwołującego jest okresem niewystarczającym.

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

16. Przykładowo okres postępowania przetargowego wyniósł:

- Zamawiający Zarząd Morskiego Portu Gdynia:
 - Przebudowa Nabrzeża Helskiego 1 - ogłoszenie postępowania: 28.11.2022r, termin pierwotny składania ofert: 11.01.2023r., termin ostateczny składania ofert: 08.02.2023r., wybór oferty: 18.05.2023r., data podpisania umowy: brak (stan na dzień 10.07.2023r.)

Okres trwania postępowania od ogłoszenia postępowania do dnia 10.07.2023r. - **7,5 miesiąca**;

- Zamawiający Zarząd Morskiego Portu Gdańsk:
 - Przebudowa Nabrzeża Rudowego - ogłoszenie postępowania: 08.06.2022r., termin pierwotny składania ofert: 09.08.2022r.; termin ostateczny składania ofert: 14.10.2022r., wybór oferty: 07.04.2023r. data podpisania umowy: brak (stan na dzień 10.07.2023)

Okres trwania postępowania od ogłoszenia postępowania do dnia 10.07.2023r. - **13 miesięcy**;

- Przebudowa Nabrzeża Bytomskiego- ogłoszenie postępowania: 03.06.2022r., termin pierwotny składania ofert: 18.07.2022r., termin ostateczny składania ofert: 14.10.2022r., wybór oferty: 07.04.2023r., data podpisania umowy: brak (stan na dzień 10.07.2023r.);

Okres trwania postępowania od ogłoszenia postępowania do dnia 10.07.2023r. - **13 miesięcy**;

- Nabrzeże Wiślane- ogłoszenie postępowania: 19.09.2022r, termin pierwotny składania ofert: 25.10.2022r., termin ostateczny składania ofert: 19.06.2023r. wybór oferty: brak, data podpisania umowy: brak (stan na dzień 10.07.2023r.);

Okres trwania postępowania od ogłoszenia postępowania do dnia 10.07.2023r. - **10 miesięcy**.

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

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

18. Przedstawione harmonogramy obejmują prace kafarowe - pogrążanie ścianek szczelnych, prace związane z wykonywaniem pali CFA, prace czerpalne, prace żelbetowe oraz prace instalacyjne, drogowe i wykończeniowe (w każdym z dwóch przypadków okres wykonywania prac pozostaje niezmienny). Analiza Harmonogramów w sposób jednoznaczny wykazuje, iż opisanie poszczególnych Kamieni Milowych i zakończenia Kontraktu poprzez sztywne daty może powodować ich niedotrzymanie z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.
19. Dodatkowo Harmonogram Bazowy w sposób jednoznaczny wskazuje, iż przy założeniu daty podpisania Kontraktu przypadającej na ostatni dzień związania z ofertą dotrzymanie Kamieni Milowych oraz terminu zakończenia Kontraktu, ustalonych przez Zamawiającego, jest niemożliwe.
20. Zgodnie z projektem pierwszymi robotami związanymi z realizacją zadania jest pogrążenie ścianki szczelnej przebudowywanych Nabrzeży nr 1 i 2. Okres dostawy materiału niezbędnego do realizacji prac czyli ścianki szczelnej stalowej wynosi do 12 tygodni co nieuwzględnia prefabrykacji szacowanej na 2 tygodnie oraz dopełnienia wymagań formalnych - zatwierdzenia wniosków materiałowych, negocjacji i kontraktacji umowy z dostawcą/dostawcami grodzic/ścianki szczelnej.
21. Zgodnie zatem z załączonym Harmonogramem Bazowym dostawa pierwszej partii grodzic wraz z prefabrykacją (przygotowaniem, montażem zamków) przypada na dzień 19.03.2024r. Co w efekcie powoduje wobec zapisów SWZ wskazujących aktualnie termin zakończenia 1 i 4 Kamienia milowego na dzień 30.03.2024r., iż Wykonawca na wykonie robót polegających na instalacji ścianki szczelnej nabrzeża o długości łącznej około 450 m ma 11 dni kalendarzowych od momentu dostawy, co jest okresem nierealnym, niemożliwym do dochowania.
22. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia wprowadza szereg ograniczeń w wykonywaniu prac.. Do kluczowych ograniczeń należą: zakaz prowadzenia prac czerpalnych i kafarowych od strony rzeki w miesiącach wrzesień-listopad w związku z okresem migracji ichtiofauny, wycinka szuwaru poza okresem lęgowym ptaków. (Decyzja Nr 2/2023 o środowiskowych uwarunkowaniach), zakaz usuwania urobku czerpalnego do morza w okresie wiosennego tarła ryb (kwiecień-maj), realizację zadania przy zachowaniu ciągłości pracy Terminala Promowego w Świnoujściu i Euro Terminala Real Estate Sp. z o.o. oraz uzyskania odrębnych pozwoleń na użytkowanie dla Odcinka I i dla Odcinka II.
23. Powyższe zostały uwzględnione jedynie w zakresie wykonywania robót czerpalnych, gdyż roboty kafarowe przy założeniu podpisania Kontraktu w wyżej wymienionej dacie (28.11.2023r.) nie są prowadzone w okresach zastrzeżonych jak wskazano powyżej. Nie zmienia to faktu, iż przesunięcie terminu rozpoczęcia/podpisania umowy może spowodować pokrycie się okresu realizacji prac

kafarowych z okresami zastrzeżonymi, co stanowi przesłankę do wydłużenia okresu realizacji poszczególnych Kamieni Milowych zgodnie z treścią niniejszego odwołania. Ekstremalnym przypadkiem jest sytuacja, w której do podpisania kontraktu dochodzi w dniu około dnia 12.05.2024r. Uwzględniając około 12 tygodni na dostawę osiągnięty zostanie początek okresu zastrzeżonego, w którym brak jest możliwości wykonywania prac kafarowych. W związku z tym podjęcie tych prac możliwe będzie dopiero od dnia 01.12.2024r., a zakończenie w okresie zgodnym z Harmonogramem Bazowym (tj. 40 dni roboczych/szacowane około 2 miesiące kalendarzowe, tj. około 30.01.2025r.).

24. Powyższe wymagania techniczne i środowiskowe realizacji robót hydrotechnicznych w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż uzasadnionym jest wydłużenie okresów realizacji 1 i 4 Kamienia Milowego do co najmniej 9 miesięcy od daty podpisania umowy oraz w konsekwencji wydłużenie terminów wykonania kolejnych Kamieni Milowych zgodnie z treścią niniejszego odwołania.
25. W konsekwencji terminy realizacji zamówienia ustalone przez Zamawiającego nie są możliwe do dochowania. Natomiast przekroczenie tych terminów naraża Wykonawcę na kary umowne (sub 8.7 oraz Załącznik do oferty) oraz poważne konsekwencje wynikające m.in. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.
26. Jednocześnie należy wskazać, że *„określenie w SIWZ terminów realizacji zamówienia stanowi jeden z istotnych elementów składających się na opis przedmiotu zamówienia. Również w tym zakresie wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do potrzeb, w szczególności nie mogą być zbyt wysokie, gdyż postępowanie takie mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Muszą być one ustalone z jednej strony odpowiednio do własnych, obiektywnych i uzasadnionych potrzeb oraz celu danego postępowania, z drugiej zaś brać pod uwagę uwarunkowania panujące na danym rynku oraz np. związane z technologią wykonywania robót budowlanych”* (wyrok KIO z dnia 13.11.2018r.; sygn.akt: KIO 2177/18).
27. W niniejszym postępowaniu zbyt krótki termin realizacji inwestycji w istotny sposób ogranicza krąg podmiotów, które będą w stanie złożyć ofertę, co z dużym prawdopodobieństwem spowoduje złożenie wygórowanych ofert, przekraczających budżet Zamawiającego.
28. Zaskarżone postanowienie umowne ogranicza zatem konkurencyjności niniejszego postępowania. Natomiast jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza *„zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (Przystępujący) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (podobnie w wyroku z 7 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 443/16 oraz wyroku z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 582/16)”* (wyrok KIO z dnia 1.02.2022r.; sygn.akt: KIO 126/22).
29. Z uwagi na powyższe terminy realizacji zamówienia powinny zostać zmodyfikowane, zgodnie z propozycją Odwołującego.

[Zarzut nr 3; Opis przedmiotu zamówienia]

1. Zamawiający, w myśl sub. 1.13, przekaze Wykonawcy Pozwolenie na Budowę w dniu przekazania Terenu Budowy. Dodatkowo w pkt 11 i 12 Załącznika do umowy (część V. Decyzje) oraz w pkt 10 „Opisu przedmiotu zamówienia” wskazano, że Zamawiający jest w trakcie uzyskiwania pozwoleń wodnoprawnych i pozwolenia na budowę. Przedmiotowe pozwolenia zostaną przekazane Wykonawcy w Dacie Rozpoczęcia, którą jest data zawarcia Kontraktu przez obie Strony (sub. 8.1).
2. Ponadto Zamawiający zastrzegł możliwość przekazywania istotnych danych dotyczących warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy do daty podpisania Kontraktu oraz w trakcie jego realizacji (sub. 4.10.1).
3. Jednocześnie pomimo opisanych braków dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę do przygotowania i wyceny oferty, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczenia potwierdzającego gruntowną znajomość Terenu Budowy przed podpisaniem Kontraktu (sub. 4.10.1.).
4. W sub. 4.10.1 przyjęto bowiem fikcję prawną, zgodnie z którą „będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas oraz z uwzględnieniem przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które Wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych) wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził Teren Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed podpisaniem Kontraktu uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich):
 - kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturą techniczną,
 - warunki hydrologiczne, klimatyczne - w tym warunki sztormowe występujące na Terenie Budowy - i środowiskowe ze szczególnym uwzględnieniem wpływu Robót na środowisko;”.
5. Jednocześnie Zamawiający ma pełną świadomość, że identyfikacja ryzyk realizacyjnych będzie możliwa dopiero po przekazaniu ww. pozwoleń i ewentualnie pozostałych informacji będących w posiadaniu Zamawiającego. W myśl bowiem sub. 4.21 Wykonawca w terminie 21 dni od daty przekazania Pozwolenia na Budowę jest zobowiązany do złożenia Raportu Otwarcia, w którym:
 - (i) wskaże wszelkie zastrzeżenia i uwagi do Decyzji, Rysunków, Specyfikacji oraz Wykazów. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za właściwe odczytanie i interpretację danych zawartych w Decyzjach, Rysunkach, Specyfikacjach oraz Wykazach w tym terminie,
 - (ii) zidentyfikuje ryzyka realizacyjne związane z wykonaniem Robót.
6. Przedstawione postanowienia SWZ oraz wzoru umowy wskazują, że Wykonawca dopiero na etapie realizacji, a więc po wygraniu przetargu i podpisaniu umowy, ma możliwość uzyskania pełnej wiedzy dotyczącej, np. warunków podpowierzchniowych i hydrologicznych. Wskazać tutaj należy, iż na

obszarze objętym przedmiotem inwestycji prowadzone są aktualnie roboty rozbiórkowe, porządkowe co potwierdzone jest licznymi publikacjami prasowymi, a co do których brak jest jakichkolwiek informacji w opisie przedmiotu zamówienia, a których standard, zakres, końcowy efekt jest dla oferentów nieznany i niemożliwy do samodzielnego określenia.

7. Z uwagi na powyższe Wykonawca nie jest w stanie skalkulować tych ryzyk w ofercie. Nie jest bowiem możliwe w dacie opracowywania oferty ustalenie wysokości kosztów ograniczeń i utrudnień, które mogą wystąpić na placu budowy oraz uwzględnienie ich w wynagrodzeniu wykonawcy, a także ustalić i oszacować konsekwencji mogących powstać wskutek modyfikacji wprowadzonych na żądanie organu wydającego pozwolenie na budowę.
8. Natomiast za pomocą sub. 4.10.1, Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, które powinno obciążać Zamawiającego. Takie działanie należy zakwalifikować jako naruszenie art. 99 Pzp. Jednocześnie przerzucenie na Wykonawcę ryzyka, nad którym nie ma on żadnej kontroli jest sprzeczne z zasadą słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.
9. *„Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia”* (wyrok KIO z dnia 18.05.2015r.; sygn.akt: KIO 897/15).
10. Z tego względu Wykonawca nie może być obciążony ryzykiem niedostatecznego rozpoznania i opisanie przez Zamawiającego warunków realizacji umowy (utrudnień i ograniczeń występujących na placu budowy) czy opieszałości w pozyskaniu decyzji administracyjnych koniecznych do rozpoczęcia budowy.
11. W wyroku z dnia 8.07.2016r. (sygn. akt: XXIII Ga 675/16) Sąd Okręgowy w Warszawie podkreślił, iż ewentualne zmiany w zakresie robót będące następstwem zdarzeń wykrytych w trakcie realizacji inwestycji zgodnie z doświadczeniem życiowym wpływają na koszt oraz na czas realizacji inwestycji.
12. W związku z tym uzasadniona i konieczna jest ingerencja w tok postępowania zaproponowana przez Wykonawcę, tj. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia wymaganych decyzji

administracyjnych, a w przypadku braku takiej możliwości modyfikacja postanowień warunków umowy w celu umożliwienia podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy i zmiany Czasu na Ukończenie w sytuacji gdy dokumenty przekazane przez Zamawiającego po dacie złożenia ofert będą generowały dodatkowe koszty realizacji i/lub wpływały na terminy pośrednie i terminy końcowy wykonania zadania inwestycyjnego.

13. Powyższe zmiany umożliwią racjonalną wycenę inwestycji oraz złożenie porównywalnych ofert przez uczestników postępowania. Wyliminowana zostanie bowiem konieczność samodzielnego zidentyfikowania oraz oszacowania ewentualnych ryzyk spowodowanych niepełnym opisem przedmiotu zamówienia.
14. Natomiast w sytuacji gdy nie jest możliwe wyeliminowanie opisanego zaniedbania Zamawiającego za pomocą powyższych środków uzasadniony jest wniosek o nakazanie unieważnienia całego postępowania.

[Zarzut nr 4; Warunki umowy]

1. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji warunków zamówienia, która zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp powinna zawierać postanowienia projektowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
2. Jednakże swoboda Zamawiającego w kształtowaniu przyszłej umowy nie jest absolutna. Zamawiający nie może bowiem nadużywać swojego prawa podmiotowego. Zgodnie z art. 5 k.c., *„nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działania lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”*.
3. *„Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach swobody umów, aczkolwiek uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać”* (wyrok KIO z 28 stycznia 2019r.; sygn.akt: KIO 26/19).
4. W konsekwencji postanowienia umowy sprawie zamówienia publicznego nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony (Zamawiającego) lub nakładać same obowiązki tylko na drugą stronę (Wykonawcę). *„Wykonawca ma prawo do równego traktowania z zamawiającym, jak i uczciwej konkurencji jako podmiotu prawa cywilnego zobowiązanego do wykonania, w tym należytego wykonania, umowy (art. 7 ust. 1 p.z.p.)”* (wyrok KIO z 30.10.2017 r., sygn.akt: KIO 2163/17).
4. Powyższe wynika z zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., zgodnie z którą treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego). *„Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych*

obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego.” (wyrok KIO z dnia 2 lutego 2021 r.; KIO 3512/20).

5. Natomiast zaskarżone postanowienia umowne naruszają wprost przepisy kodeksu cywilnego i/lub przepisy Prawa zamówień publicznych wskazane w niniejszym odwołaniu oraz kształtują uprawnienia Zamawiającego w sposób nieadekwatny do charakteru inwestycji i nadmierny w stosunku do wymogu racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
6. W ocenie Odwołującego, Zamawiający ukształtował zaskarżone postanowienia umowy z przekroczeniem akceptowanej i dopuszczalnej na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych modyfikacji zasady równości stron kontraktowych.
7. *„To, że zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku zamawiającego” (wyrok KIO z 30.10.2017r.; sygn.akt: KIO 2163/17).*
8. Z uwagi na powyższe uzasadnione i konieczne jest wprowadzenie zmian postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób zaproponowany przez Odwołującego.

(Data Odniesienia)

1. Zgodnie z sub. 1.1.3.1, „Data Odniesienia” oznacza datę podpisania Aktu Umowy.
2. „Data Odniesienia” jest istotnym postanowieniem umownym, np. wyznacza możliwość modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany prawa (sub. 13.7).
3. W związku z tym termin ten z uwagi na adhezyjny charakter umowy w sprawie zamówienia nie może wykraczać poza termin składania ofert. Po tej dacie nie jest bowiem możliwa modyfikacja treści umowy oraz oferty Wykonawcy.

(Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy)

1. Na podstawie sub.4.10.1 „Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy”, przyjmowana jest fikcja prawna, w myśl której Wykonawca w dacie zawierania Kontraktu posiada wszystkie niezbędne dane odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty.
2. Deklaracja taka, z uwagi na uwarunkowania niniejszego przetargu opisane w Zarzucenie nr 3, w szczególności fakt przekazania pozwolenia na budowę i pozwoleń wodnoprawnych dopiero w dacie przekazania Terenu Budowy, jest zbyt daleko idąca.

3. Wykonawca bowiem ani w dacie składania oferty, ani w dniu podpisywania Kontraktu nie będzie dysponował minimalnym pakietem informacji pozwalających na identyfikację podstawowych ryzyk budowlanych i oszacowanie ich wartości.
4. W związku z tym modyfikacja pierwotnej sub.4.10 dokonana przez Zamawiającego i zastąpienie jej sub. 4.10.1, narusza zasadę równowagi stron kontraktowych. W połączeniu ze zmodyfikowanym brzmieniem sub. 1.1.3.1 „Data Odniesienia” prowadzi bowiem do sytuacji, w której nie będzie możliwa modyfikacja ceny ofertowej pomimo, że po dacie składania ofert nastąpiła zmian prawa lub z decyzji administracyjnych uzyskanych przez Zamawiającego będzie wynikała, np. konieczność wykonania dodatkowych prac czy poniesienia dodatkowych kosztów.
5. Za pomocą powyższego postanowienia Zamawiający przerzuca zatem na Wykonawcę ryzyko gospodarcze wynikające z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, które powinno obciążać Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 Pzp. Jednocześnie przerzucenie na Wykonawcę ryzyka, nad którym nie ma on żadnej kontroli, stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.
6. Z uwagi na powyższe w pełni uzasadniony jest wniosek Wykonawcy przywrócenia sub. 4.10 w pierwotnym brzmieniu oraz modyfikacja „Daty Odniesienia” w proponowany sposób.

(Termin na odstąpienie od umowy przez Zamawiającego)

1. Zgodnie z sub. 15.2, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od Kontraktu w terminie od Daty Rozpoczęcia do 365 dni od upływu Czasu na Ukończenie poprzez oświadczenie o odstąpieniu w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w tym postanowieniu umownym.
2. Powyższa regulacja narusza podstawowy cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18.05.2015r. (sygn.akt: KIO 897/15) podkreśliła, że *„nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej przyczyny. Celem postępowanie jest zrealizowanie z góry określonego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 p.z.p., tylko w przypadku gdy dalsza realizacja owego celu publicznego nie leży w interesie publicznym zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy”*.
3. Natomiast w niniejszym przypadku kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowne przyznają Zamawiającemu prawo do jednostronnego rozwiązania umowy również po wykonaniu inwestycji. Zgodnie z sub. 1.3.3, „Czas na Ukończenie” oznacza bowiem czas na wykonanie: Dokumentów Wykonawcy, ukończenie Robót lub Odcinka (w zależności od przypadku) łącznie z uzyskaniem decyzji o Pozwolenia na Użytkowanie - według klauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], jaki został podany w dokumencie Akt Umowy (z jakimkolwiek przedłużeniem według klauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie]) obliczony od Daty Rozpoczęcia.

4. Jednocześnie podstawy odstąpienia określone w tym postanowieniu umownym nie będą miały zastosowania co do zasady po odbiorze robót. Są to bowiem zdarzenia, które mogą wystąpić w toku realizacji inwestycji.
5. Prokuratoria Generalna RP w „Rekomendacjach dotyczących postanowień umów w zakresie odstąpienia od umowy oraz wypowiedzenia umowy” podkreśliła, że „podstawowym warunkiem skuteczności postanowienia kreującego umowne prawo odstąpienia jest oznaczenie terminu, w którym prawo to może zostać wykonane. Nieokreślenie terminu powoduje nieważność postanowienia zastrzegającego prawo odstąpienia, a w efekcie - bezskuteczność wykonanego na jego podstawie odstąpienia. Przez oznaczenie terminu należy rozumieć wskazanie zamkniętego okresu, w którym strona lub strony mogą wykonać zastrzeżone uprawnienie. Termin nie musi być oznaczony datą, ale powinien być określony w taki sposób, by możliwe było precyzyjne określenie momentu, w którym termin upływa. W orzecnictwie wskazuje się, że zdarzenie to powinno spełniać wskazane cechy już w chwili zastrzegania umownego prawa odstąpienia. Zastrzeżenie terminu nadmiernie odległego może być uznane - w konkretnych okolicznościach - za obejście wymogu określenia terminu, o którym mowa w art. 395 § 1 k.c.”.
6. „Surowe wymagania przewidziane w art. 395 § 1 k.c. uzasadnione są dążeniem do wyznaczania przynajmniej czasowych granic poważnego ograniczania pewności stosunku umownego, jakim jest umożliwienie kontrahentowi całkowicie dowolnego decydowania o jego istnieniu i właśnie czynnik nieograniczonej swobody decyzji jest wyznacznikiem charakteru zastrzeżenia umownego z art. 395 § 1 k.c. Jeżeli natomiast strony wprowadzą do umowy skonkretyzowane przyczyny, i od ich wystąpienia uzależnią skuteczność oświadczenia, to tego rodzaju uprawnienie staje się czynnością o określonym uzasadnieniu (kazualną), kontrolowana która może zbliżać się w charakterze do wypowiedzenia umowy i pełni raczej funkcje dyscyplinujące kontrahenta, niż osłabiające więź umowną. W takim wypadku może tracić na znaczeniu ograniczanie swobody złożenia oświadczenia o odstąpieniu terminem końcowym, użyteczne staje się natomiast np. terminowe powiązanie uprawnienia z powstaniem okoliczności uzasadniającej skorzystanie z tak ukształtowanego prawa odstąpienia od umowy (by nie przedłużać niepewności wynikającej z aktualizującego się wówczas uprawnienia)“ (wyrok SN z dnia 12.10.2018 r., sygn.akt: V CSK 493/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.07.2022 r., sygn.akt: V AGa 107/20).

[Zarzut nr 5; podstawowe zasady udzielania zamówień]

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

Za PORR S.A.

.....

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- odpis z KRS PORR S.A.;
- Zestawienie przetargów;
- Harmonogramy robót (Harmonogram Bazowy, dwa Harmonogramy różnicowe);
- Materiały prasowe (prace rozbiórkowe na terenie budowy) wraz z dokumentacją fotograficzną wykonaną w dniu wizji lokalnej;