

WYROK

z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Emil Kuriata
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawcę: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: [REDAKTOWANE],

orzeka:

I. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. naruszenia:

- 1. art. 115 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3.3 SWZ, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;**

2. art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i wiedzy, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10 m, o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ każda,

3. art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czepalno -refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ – w zakresie wymagania określonej kubatury robót czerpalnych w odniesieniu do każdego projektu.

II. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. naruszenia:

1. art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub

czerpalno -refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ – w zakresie wymaganego okresu doświadczenia;

2. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 483 § 1 i art. 484 k.c., art. 5 k.c., art. 16, art. 99 ust.1 i art. 433 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w postanowieniach (w tym w § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy w sprawie zamówienia publicznego -załącznik nr 11 do SWZ reguł odpowiedzialności wykonawcy (kary umowne za opóźnienie), które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, co narusza równowagę kontraktową i ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu;
3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 483 § 1 i art. 484 k.c., art. 5 k.c., art. 16, art. 99 ust.1 i art. 433 ustawy Pzp, poprzez określenie projektowanych postanowień (§ 14 ust. 1 pkt 4, § 14 ust. 1 pkt 5, § 14 ust. 1 pkt 9, § 14 ust. 1 pkt 10, § 14 ust. 1 pkt 14, § 14 ust. 1 pkt 15) Projektu Umowy w sprawie zamówienia publicznego - załącznik nr 11 do SWZ, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów oraz w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego,

i nakazuje zamawiającemu:

- dokonanie zmiany postanowienia zawartego w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ, poprzez skrócenie okresu doświadczenia zawodowego wymaganego od osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy z okresu „10 lat” na okres „5 lat”;
- dokonanie zmiany treści postanowień § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy w sprawie zamówienia publicznego - załącznik nr 11 do SWZ, poprzez doprecyzowanie reguł odpowiedzialności wykonawcy

(kary umowne) z uwzględnieniem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności,

- dokonanie zmiany treści postanowień § 14 ust. 1 pkt 4, § 14 ust. 1 pkt 5, § 14 ust. 1 pkt 9, § 14 ust. 1 pkt 10, § 14 ust. 1 pkt 14, § 14 ust. 1 pkt 15 Projektu Umowy w sprawie zamówienia publicznego - załącznik nr 11 do SWZ, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia oraz z zachowaniem zasady dopuszczanej swobody umów i prawa podmiotowego zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy.

III. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

IV. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 wykonawcę: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] oraz
zamawiającego: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE], tytułem wpisu od odwołania,

2. zasądza od zamawiającego: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] na rzecz wykonawcy: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] kwotę
7 756 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset pięćdziesiąt sześć złotych,
zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od
odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający [REDAKTOWANO] z siedzibą w [REDAKTOWANO], prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), którego przedmiotem jest: wykonanie robót czerpalnych i zasypowych wraz z robotami budowlanymi i telekomunikacyjnymi w ramach projektu inwestycyjnego „Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu [REDAKTOWANO] etap I i III oraz przebudowa nabrzeży w Porcie [REDAKTOWANO] – Etapy II i III”. Ogłoszenie o ww. zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 174-454921 w dniu 8 września 2021 r.

Wykonawca, [REDAKTOWANO], wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 SWZ (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych) oraz pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ (badanie ferromagnetyczne kontrolne wraz z przedstawieniem raportu z przeprowadzonego badania stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych), w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych parametrów wykonania rzeczonych prac (co uniemożliwia oszacowanie rozmiaru prac i rzetelną ich kalkulację w cenie oferty za wykonanie zamówienia), a ponadto bez uwzględnienia faktu, iż potwierdzenie skuteczności oczyszczenia w sposób określony przez Zamawiającego, tj. poprzez kontrolne badanie ferromagnetyczne, którego materialnym rezultatem ma być - zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego - opracowanie raportu stwierdzającego brak zakłóceń pola magnetycznego (anomalii magnetycznych wskazujących na potencjalną możliwość zalegania w dnie obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów zagrażających bezpieczeństwu prac pogłębiarskich), na znacznej części powierzchni akwenu objętego zamówieniem, jest trwale niemożliwe z uwagi na obiektywne ograniczenia pomiarowe oraz na występujące obszary (ciągłych) zakłóceń pola magnetycznego, spowodowane m.in. wpływem istniejącej infrastruktury portowej, co powoduje, iż wykonawca zamówienia nie będzie mógł potwierdzić oczyszczenia części akwenu w sposób wymagany przez Zamawiającego, a wobec braku takiej możliwości – nie będzie mógł wykazać, że na

części akwenu objętej w/w ograniczeniami, możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych, co w konsekwencji spowoduje brak możliwości przystąpienia do zasadniczej części prac objętych zamówieniem na znacznej powierzchni akwenu;

2. określeniu warunku udziału w postępowaniu w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3, w zakresie wymaganej sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania;

3. określeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnej do ubiegania się o udzielenie zamówienia, w zakresie wskazanym w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze, lit. c tiret pierwsze oraz lit. d tiret pierwsze i trzecie SWZ, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania;

4. określeniu projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, w tym również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klausule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – ich określeniu w warunkach nadużycia prawa podmiotowego (nadużycia prawa Zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia);

5. przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności sformułowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 99 Pzp oraz art. 16 Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych) oraz pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ (badanie ferromagnetyczne kontrolne wraz z przedstawieniem raportu z przeprowadzonego badania stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych), w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych parametrów wykonania tych prac niezbędnych dla prawidłowego oszacowania ich zakresu i rzetelnej kalkulacji ceny za ich wykonanie, uwzględniającej zidentyfikowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia i kosztów związanych z wszystkimi elementami tego zakresu prac, a ponadto bez uwzględnia obiektywnych

okoliczności ograniczających możliwość spełnienia świadczenia w sposób określony przez Zamawiającego (trwały brak możliwości wykonania badania ferromagnetycznego na części powierzchni akwenu objętego zamówieniem);

2. art. 115 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3.3 SWZ, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez:

(a) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i wiedzy, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10 m, o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ każda, mimo iż na rynku krajowym usług pogłębiarskich nie realizowano w ostatnim dziesięcioleciu typowych projektów obejmujących wykonanie robót spełniających powyższe wymogi w ilości umożliwiającej przeprowadzenie postępowania z zachowaniem warunków konkurencji; nadto – iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia, wystarczającym jest sformułowanie warunku, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10,0 m, o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³;

(b) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpalno-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ (przy czym, jak wynika z

Załącznika nr 8 do SWZ pt. „Wykaz osób” , warunek ten należy odnosić do każdego z projektów), mimo iż na rynku krajowym usług pogłębiarskich nie realizowano w ostatnim dziesięcioleciu typowych projektów obejmujących wykonanie robót spełniających powyższe wymogi w ilości umożliwiającej przeprowadzenie postępowania z zachowaniem warunków konkurencji; nadto – iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia, wystarczające będzie sformułowanie warunku, zgodnie z który wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w Postępowaniu, że skieruje do realizacji zamówienia personel kluczowy w osobie Kierownika Budowy, który posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe przy pracach pogłębiarskich i/lub czepalno-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czepalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o łącznej kubaturze robót czepalnych minimum 1 000 000 m³;

(c) określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit d tiret pierwsze i trzecie SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca wykazał, iż podczas realizacji zamówienia będzie dysponował, m.in. 3 pogłębiarkami ssąco-refulującymi nasiębiernymi o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³ (tired pierwsze) oraz 3 szalandami boczno lub dennokłapowymi samobieźnymi lub w asyście holowników o ładowności łącznej nie mniejszej niż 5 000 m³ (tired trzecie), podczas gdy prawidłowo zredagowany warunek referujący do łącznej ładowności powinien uwzględniać możliwość wykazania jego spełnienia poprzez dysponowanie „3 (trzema) lub więcej” jednostkami tego rodzaju sprzętu, mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia, z którego wynikają różne lokalizacje miejsc wykonywania robót i możliwość ich prowadzenia w tym samym czasie w różnych miejscach, biorąc przy tym pod uwagę powierzchnię akwenów, na których będą wykonywane prace (około 2 000 000 m²),

- a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 483 § 1 i art. 484 k.c., względnie art. 5 k.c., a ponadto naruszenie art. 16, art. 99 ust.1 i art. 433 Pzp poprzez:

(a) wprowadzenie w projektowanych postanowieniach umowy (m.in. w § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy) reguł odpowiedzialności wykonawcy (kary umowne za opóźnienie), które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a

których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, co rażąco narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję, nadto - stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 1 Pzp,

(b) określenie projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, w tym również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego;

5. art. 16 Pzp, poprzez sformułowanie dokumentów przetargowych w sposób wadliwy, niewyczerpujący i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, skutkujący z jednej strony wyeliminowaniem z kręgu potencjalnych wykonawców przedsiębiorców, którzy na skutek nieproporcjonalnego określenia warunków udziału w postępowaniu, nie mogą ubiegać się o jego udzielenie, a z drugiej strony na skutek takiego skonstruowania projektowanych zapisów umowy i opisanie przedmiotu zamówienia, które zniechęca wykonawców do złożenia oferty w Postępowania i/lub uniemożliwia rzetelną wycenę ryzyk kontraktowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ, poprzez:

1. precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia - w zakresie wskazanym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 i pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ, w tym poprzez:

- a) określenie progu pomiarowego, z zastosowaniem którego wykonawca ma wykonać badanie ferromagnetyczne (siła sygnału gradientowego określona w nT),
- b) jednoznaczne określenie, czy wykonawca ma wykonać badanie ferromagnetyczne przed oczyszczeniem akwenu, czy wykonać prace w oparciu o raport załączony do SWZ,
- c) uwzględnienie w SWZ obiektywnej i trwałej niemożności potwierdzenia skuteczności oczyszczenia przez kontrolne badanie ferromagnetyczne na powierzchni akwenu objętej ograniczeniami pomiarowymi oraz obszarami zakłóceń pola magnetycznego, w których nie można określić potencjalnej lokalizacji zalegania obiektów ferromagnetycznych (punktów ferromagnetycznych),
- d) określenie sposobu potwierdzenia oczyszczenia na części akwenu wskazanej w lit. c w inny sposób niż przez kontrolne badanie ferromagnetyczne, np. poprzez tzw. certyfikaty czystości wystawione przez nurków – saperów,

e) nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia konsekwencji wprowadzonych zmian w pozostałych postanowieniach SWZ wraz z załącznikami.

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ, poprzez wyeliminowanie z opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej sytuacji ekonomicznej lub finansowej wskazanej w rozdziale IX pkt 2 pkt 3 SWZ, warunku referującego do wskaźnika bieżącej płynności finansowej,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w zakresie opisu warunku odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze SWZ, uwzględniającej, iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia, wystarczającym jest sformułowanie warunku, zgodnie z którym, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10,0 m, o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³,

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ, poprzez sformułowanie warunku, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia personel kluczowy w osobie Kierownika Budowy posiadającego uprawnienia budowlane opisane w SWZ oraz legitymującego się co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³;

5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit d tiret pierwsze i trzecie SWZ, z uwzględnieniem możliwości wykazania spełnienia warunku, poprzez dysponowanie „3 (trzy) lub więcej” jednostkami sprzętu opisanego w tym warunku,

6. nakazanie Zamawiającemu zmiany projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 11 do SWZ), poprzez: - wyeliminowanie/zmianę postanowień przekraczających granicę swobody umów wynikającą z art. 353¹k.c., względnie – postanowień zredagowanych z nadużyciem prawa Zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia:

- wyeliminowanie z projektowanych postanowień umowy postanowień, które przewidują odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie,
- wyeliminowanie z projektowanych postanowień umowy postanowień przewidujących naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,
- wyeliminowanie z projektowanych postanowień umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w tym nakazanie Zamawiającemu:
 - a) zmiany § 14 ust. 1 pkt 1 projektowanych postanowień umowy, poprzez jego zredagowanie w następujący sposób „1) *zwłoki w wykonaniu całości Przedmiotu Umowy – w wysokości 0,01 % (słownie: jedna setna procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 Umowy*”,
 - b) zmiany § 14 ust. 1 pkt 2 projektowanych postanowień umowy, poprzez jego zredagowanie w następujący sposób „2) *zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w Protokole Odbioru Końcowego w wysokości 0,01 % (słownie: jednej setnej procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do odpowiedniego terminu wyznaczonego na usunięcie wad*”,
 - c) wykreślenia § 14 ust. 1 pkt 3 projektowanych postanowień umowy,
 - d) zmiany § 14 ust. 1 pkt 4 projektowanych postanowień umowy, poprzez jego zredagowanie w następujący sposób „4) *odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca – w wysokości 10 % (słownie: dziesięć procent) wynagrodzenia netto za wykonanie Robót, co do których Zamawiający odstępuje od umowy*”,
 - e) zmiany § 14 ust. 1 pkt 5 projektowanych postanowień umowy, poprzez jego zredagowanie w następujący sposób: „5) *nieuzasadnionego przerwania robót budowlanych trwającego powyżej 30 (słownie: trzydziestu) dni – w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień nieuzasadnionej przerwy powyżej 30 dni*”,
 - f) zmiany § 14 ust. 1 pkt 9 projektowanych postanowień umowy, poprzez jego zredagowanie w następujący sposób „9) *za naruszenie zobowiązania do ubezpieczenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem uprzedniego pisemnego wezwania Wykonawcy do należytego wypełnienia obowiązku w zakresie ubezpieczenia w dodatkowo wyznaczonym terminie, w wysokości 15 000 zł za każde takie naruszenie*”,

g) zmiany § 14 ust. 1 pkt 10 projektowanych postanowień umowy, poprzez sprecyzowanie podstaw naliczenia kary z ich odniesieniem do przedmiotu zamówienia, a ponadto poprzez ustalenie wysokości kary jako 15.000 zł za każde takie naruszenie,

h) wykreślenia § 14 ust. 1 pkt 14 projektowanych postanowień umowy,

i) zmiany § 14 ust. 1 pkt 15 projektowanych zapisów umowy, poprzez zmianę wysokości kary umownej na „1% wynagrodzenia brutto należnego podwykonawcy, co do którego Wykonawca nie dopełnił obowiązku zapłaty lub spełnił świadczenie po terminie jego wymagalności”.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów związanych z wniesieniem odwołania oraz z uczestnictwem w posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z rachunkami, które zostaną przedłożone na rozprawie przed KIO.

Odwołujący wyjaśnił, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu. Odwołujący realizował już zamówienia podobne do objętego przedmiotem tego zamówienia i posiada niezbędne zaplecze techniczne, a także zdolności potrzebne do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że aktualne brzmienie warunków udziału w postępowaniu eliminuje z kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, wykonawców dających rękojmię jego należytego wykonania (w tym Odwołującego), a ponadto – wobec zredagowania projektowanych postanowień umowy z naruszeniem granic dopuszczalnej swobody kontraktowej i przepisów ustawy Pzp – istotnie zniechęca potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu, co negatywnie wpływa na efektywność zamówienia i urzeczywistnienie zasad określonych w dyspozycji art. 16 Pzp, co może doprowadzić do negatywnych następstw dla Zamawiającego, tak w zakresie nieosiągnięcia korzystnej rynkowo ceny za wykonanie zamówienia, jak również doprowadzić do obiektywnej niemożności wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż na skutek działań Zamawiającego, podjętych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, Odwołujący pozbawiony zostanie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, iż Odwołujący poniesie lub co najmniej może ponieść szkodę na skutek podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonych czynności.

1. Zarzut sformułowania Opisu Przedmiotu Zamówienia w zakresie wskazanym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 SWZ (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych) oraz rozdziale IV pkt 8 ppkt 8 lit.m SWZ (badanie ferromagnetyczne kontrolne), w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych

parametrów wykonania tych prac, a ponadto w sposób powodujący, iż świadczenie będzie częściowo niemożliwe do wykonania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia zamieszczonym w rozdziale IV pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ, wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na własny koszt, do wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi, w tym do ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, a następnie do wykonania badania kontrolnego oraz przedstawienia raportu z tego badania (raport ferromagnetyczny) stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. Z powyższego wynika, że potwierdzeniem wykonania prac związanych z oczyszczeniem obszaru jak wyżej, jest raport stwierdzający, że bezpiecznie można wykonać roboty czerpalne. Raport taki nie będzie mógł stwierdzać oczyszczenia akwenów, o ile badanie ferromagnetyczne potwierdzi, że występują na tym obszarze anomalie sygnału magnetycznego i/lub, że nie można stwierdzić, czy takie anomalie występują. Z przeprowadzonego na zlecenie Zamawiającego badania ferromagnetycznego, którego materialnym rezultatem jest *Raport z badania batymetrycznego, sonarowego i ferromagnetycznego dla zadania „Projektowanie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu [REDAKTOWANE] -Etap II i III” z dnia 31.10.2019 r.*, załączony przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej, wynika, że powierzchnia akwenów portowych objętych zakresem pomiarowym wynosi 2 134 439 m², a badaniami objęto akwen o powierzchni 1 925 202 m², tj. około 91 % powierzchni, przy czym powierzchnie pomierzone wyniosły 1 746 177 m², tj. 79 % powierzchni całkowitej akwenu. Jako przyczynę braku możliwości wykonania badania na ponad 20 % powierzchni obszaru wykonawca badań wskazał głównie obiektywne ograniczenia pomiarowe związane z ograniczeniami możliwości użycia sprzętu pomiarowego ze względu na ukształtowanie budowli hydrotechnicznych (nabrzeży). Nadto, wykonawca stwierdził, że na pomierzonej części powierzchni występują obszary zakłócenia pola magnetycznego, spowodowane m.in. wpływem infrastruktury portowej. Zakłócenia tego rodzaju wystąpiły na 30 obszarach akwenów, o łącznej powierzchni ponad 186 821,37 m². Jak wynika z powyższego, skoro niepomiarzenie około 30 % powierzchni akwenów jest niemożliwe obiektywnie i trwale, co można ustalić w oparciu o dane zamieszczone w w/w Raporcie, to warunek odbioru tych prac i dopuszczenia do rozpoczęcia prac zasadniczych, jest niemożliwy do spełnienia.

Powołując się na art. 99 ust. 1 Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie określił jakichkolwiek obiektywnych parametrów i nie wskazał wytycznych co do wykonania oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych, jak również w odniesieniu do badania ferromagnetycznego kontrolnego służącego sprawdzeniu skuteczności oczyszczenia akwenu. Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia wskazał jedynie, iż wykonawca zobowiązany jest do „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym

robotami czerpalnymi”, a ponadto, iż „przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych”. Zamawiający nie uwzględnił przy tym wniosków wynikających z załączonego do dokumentów przetargowych „Raportu z dnia 31.10.2019 r.”, wskazujących faktyczną, trwałą i obiektywną niemożliwość wykonania badania kontrolnego znacznej powierzchni akwenu objętego zamówieniem, którego prawidłowe odczytanie powinno skłonić Zamawiającego do określenia innej metody potwierdzenia skuteczności oczyszczenia na obszarach akwenu objętych ograniczeniami, o których mowa w treści „Raportu” (wynikającymi tak z braku możliwości wykonania pomiaru, jak również m.in. z wpływu infrastruktury portowej skutkującego powstaniem na części akwenu zakłóceń pola magnetycznego, na których nie można wyodrębnić poszczególnych miejsc potencjalnego zalegania obiektów ferromagnetycznych, czyli tzw. punktów ferromagnetycznych).

W ocenie Odwołującego, właściwym postępowaniem dla części akwenu, na której nie można wykonać badania ferromagnetycznego (ograniczenia pomiarowe wynikające ukształtowania budowli hydrotechnicznych) oraz na powierzchni akwenu, na której występują zakłócenia pola magnetycznego uniemożliwiające wyznaczenie lokalizacji obiektów ferromagnetycznych wynikające m.in. z wpływu infrastruktury portowej (stalowa infrastruktura występująca w pobliżu lub w obrębie zakresu pomiarowego), właściwe byłoby określenie, iż takie obszary podlegają powierzchniowemu (a nie wyłącznie w obszarze punktów ferromagnetycznych, których wyodrębnienie nie jest przecież możliwe) sprawdzeniu przez nurków – saperów, potwierdzonym wystawieniem certyfikatów czystości, bez ponownego wykonania pomiaru ferromagnetycznego (pomiaru kontrolnego). Odwołujący podkreślił, że wykonanie badania na powierzchni akwenu objętej w/w ograniczeniami nie jest uzasadnione obiektywnymi względami i potrzebami Zamawiającego i nie może służyć weryfikacji skuteczności oczyszczenia na tej części akwenu.

Niezależnie od opisanej wyżej częściowej niemożliwości świadczenia, Odwołujący wskazał na uchybienia Zamawiającego uzasadniające tezę o nieprawidłowym, niewyczerpującym i niejednoznacznym określeniu przedmiotu zamówienia:

- brak jednoznacznego wskazania, jakie znaczenie Zamawiający przypisuje badaniu ferromagnetycznemu i sporządzonemu przez [REDAKTOWANO] Raportowi z badania batymetrycznego, sonarowego i ferromagnetycznego dla zadania „Projektowanie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych [REDAKTOWANO]” z dnia 31.10.2019 r., załączonemu przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej, a w szczególności określeniu, czy oczyszczenie akwenu ma nastąpić w oparciu o wyżej wskazany Raport, czy też wykonawca zobowiązany będzie do wykonania własnego badania ferromagnetycznego przed przystąpieniem do oczyszczenia akwenu,

- brak jednoznacznego wskazania, czy wykonawca przed przystąpieniem do oczyszczenia akwenu zobowiązany jest wykonać badanie ferromagnetyczne,
- brak określenia wartości sygnału gradientowego dla pomiarów ferromagnetycznych służących wyznaczeniu lokalizacji potencjalnych obiektów ferromagnetycznych,
- posługiwanie się przez Zamawiającego nieostrym kryterium „bezpieczeństwa prac czerpalnych” w celu określenia zakresu prac związanych z oczyszczeniem akwenu, bez określenia jakichkolwiek parametrów prac, a ponadto,
- brak wyjaśnienia, co Zamawiający rozumie przez pojęcie przedstawienia wyników, które będą potwierdzały możliwość „bezpiecznego prowadzenia robót czerpalnych”.

Odwołujący podniósł, iż w „Raporcie” załączonym do SWZ nie określono wskaźnika wartości sygnału gradientowego. Wyniki pomiarów wskazują na prawdopodobne wykonanie rozpoznania ferromagnetycznego przy zastosowaniu siatki o wartości ± 5 nT, co nie wyklucza sytuacji, iż Zamawiający kierując się niejednoznacznym kryterium „bezpieczeństwa”, może wymagać wykonania badania kontrolnego (bądź też badania ferromagnetycznego przedwykonawczego – o ile jego wykonanie jest wymagane, co nie jest jasno określone w OPZ) przy zastosowaniu wyższej czułości, np. wartości sygnału gradientowego określonej na ± 2 nT, a co w konsekwencji oznaczać będzie co najmniej 100 procentowy wzrost ilości wykazanych w badaniu miejsc potencjalnego zalegania obiektów ferromagnetycznych (tzw. punktów ferromagnetycznych), co do której to okoliczności wykonawcy kierujący się danymi z Raportu przedstawionego wraz z dokumentacją przetargową, nie mogli mieć żadnego rozeznania. W takim ujęciu, załączony do SWZ Raport z badania ferromagnetycznego, nie tylko nie służy opisaniu przedmiotu zamówienia, ale może wręcz wprowadzać wykonawców w błąd. Sugeruje on bowiem, iż w ramach przedmiotowego zamówienia oczyszczeniu podlegało będzie około 5270 punktów ferromagnetycznych, gdy tymczasem faktyczna ilość miejsc podlegających oczyszczeniu może okazać się nawet kilkukrotnie wyższa (co oczywiście wpływa tak na koszt wykonywania prac, jak również na czas ich realizacji, a w konsekwencji opóźnia możliwość przystąpienia do właściwych prac czerpalnych).

Odwołujący wskazał, że jego obawy znajdują pełne oparcie w jego dotychczasowych doświadczeniach przy wykonywaniu tego rodzaju prac, albowiem opisany wyżej problem wystąpił m.in. podczas realizacji na rzecz Zamawiającego innego zamówienia publicznego, tj. zadania inwestycyjnego pn. „*Rozbudowa obrotnicy nr 2 w Porcie* [REDACTED]”, obejmującego m.in. oczyszczenie dna akwenu morskiego przed przystąpieniem do robót czerpalnych, gdzie w dokumentach przetargowych oszacowano ilość miejsc występowania anomalii magnetycznych na około 1173 punkty ferromagnetyczne (na podstawie raportu załączonego do SWZ), natomiast w trakcie realizacji zadania okazało się, iż faktyczna zalegająca w dnie ilość obiektów i zakłócenia pochodzące od infrastruktury portowej, praktycznie

uniemożliwiają ustalenie lokalizacji punktów ferromagnetycznych na znacznej części akwenu, nadto – iż badanie ferromagnetyczne załączone do SIWZ w ogóle nie odzwierciedlało istniejącego stanu rzeczy. Znamienne jest przy tym, iż osoba wykonująca wówczas na zlecenie Zamawiającego badanie ferromagnetyczne, którego wyniki załączono do SIWZ, tj. [REDAKTOWANE] prowadzący działalność gospodarczą pod firmą [REDAKTOWANE] (który jest również prezesem zarządu spółki [REDAKTOWANE] a zatem wykonawcy opracowania z badania ferromagnetycznego, którego wyniki załączono do SWZ w niniejszym postępowaniu) w opracowanych na zlecenie Zamawiającego uwagach do metodologii wykonania pomiarów ferromagnetycznych zaproponowanej przez wykonawcę wskazał na konieczność wykonywania prac przy uwzględnieniu progu pomiarowego 2nT (mimo iż taki parametr nie wynikał jasno z dokumentów postępowania). W uzasadnieniu powyższego autor tak postawionej tezy wskazywał m.in., iż „*pocisk o kalibrze 88 mm w odległości 3 m od sond magnetometrycznych w zależności od ułożenia w warunkach panujących w porcie, może dać sygnał od 2 nT do 4 nT, a granat ręczny w odległości 2 m od magnetometru w warunkach panujących w porcie może dać sygnał około 2nT*” (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 06.10.2017 r. wraz z załączoną opinią [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]). Nie rozwijając nadmiernie wątku problemów, jakie powstały w procesie realizacji w/w zamówienia, wskutek niewłaściwego rozpoznania i opisanego przez Zamawiającego parametrów zamówienia odnoszących się do prac związanych z oczyszczeniem akwenu, warto tu jedynie zaznaczyć, iż skutkiem owych braków było zakończenie oczyszczenia akwenu z kilkumiesięcznym opóźnieniem, co spowodowało również przesunięcie terminu przystąpienia do prac czerpalnych.

Odwołujący zastrzegł przy tym, iż wobec niekompletności OPZ i niejednoznacznego określenia wymagań Zamawiającego, na obecnym etapie nie jest w stanie rozeznaczyć, jaki ewentualny wpływ będą wywierały takie zmiany na inne postanowienia SWZ, w tym przede wszystkim na określony przez Zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd też, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu sprecyzowania Opisu Przedmiotu Zamówienia co najmniej z uwzględnieniem wskazanych elementów, a ponadto o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia konsekwencji wprowadzonych zmian w pozostałych postanowieniach SWZ wraz z załącznikami.

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 115 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3.3 SWZ, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 16 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania, Odwołujący wskazał, że w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3.3. Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. Odwołujący podniósł, że sposób określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wskazanej w pkt 3, tj. wymaganie od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia legitymowania się określonym wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej, a w szczególności wskaźnikiem na poziomie co najmniej 1,2, narusza zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 oraz jest sprzeczny z normą art. 112 ust. 1 Pzp, ponieważ nie służy dokonaniu rzeczywistej oceny minimalnych poziomów zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia i w konsekwencji prowadzi do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który – mimo iż nie spełnia tego warunku – znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej prawidłową i bezpieczną realizację zamówienia.

Odwołujący wskazał na aktualną sytuację gospodarczą, wynikającą z trwającego od marca 2020 r. stanu epidemii w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa Sars-CoV-2.

Ponadto, w warunkach niniejszego postępowania, nieadekwatność wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia wynika przede wszystkim z multiplikacji wymagań stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, albowiem Zamawiający określił aż trzy warunki na okoliczność oceny zdolności ekonomicznej i finansowej, przy czym w ocenie Odwołującego wystarczające w warunkach postępowania winno być określenie wymagań w pkt 1 i 2. Należy w szczególności zwrócić uwagę, iż wystarczającym dla oceny minimalnych poziomów zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, powinno być wykazanie posiadania środków finansowych na rachunku w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo – kredytowej lub zdolności kredytowej, wyrażających się kwotą minimum 20 000 000 zł (niewątpliwie bowiem wykazanie przez wykonawcę posiadania na rachunku środków we wskazanej wysokości bądź też zdolność wykonawcy do obsługi i spłaty kredytu na w/w poziomie, uzasadnia twierdzenie, iż wykonawca taki daje rękojmię należytego wykonania zamówienia). Wskaźnik bieżącej płynności finansowej przedsiębiorstwa, do którego referują kwestionowane postanowienia SWZ, obarczony jest wieloma wadami i nie może stanowić samodzielnej podstawy do oceny kondycji finansowej wykonawcy, zwłaszcza, że jest to wskaźnik obrazujący płynność finansową nie w danym okresie sprawozdawczym, ale na konkretny dzień, tj. na dzień bilansowy, zatem żądając określonego poziomu wskaźnika za ostatnie trzy lata obrotowe Zamawiający faktycznie uzyskuje informację o wysokości tego wskaźnika według stanu na trzy kolejne dni bilansowe. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej pokazuje pokrycie zobowiązań aktywami obrotowymi na dany punkt w czasie, w danym dniu bilansowym, nie pokazuje czy spółka ma problemy z płynnością w ciągu roku finansowego,

nie uwzględnia również różnicy w czasie pomiędzy momentem uzyskania środków pieniężnych a koniecznością dokonania przez spółkę płatności. Wartość analityczna tego wskaźnika jest zatem bardzo ograniczona.

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i wiedzy, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10 m, o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ każda.

Odwołujący podniósł, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, określony w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. b tiret pierwsze SWZ, sformułowany został z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, iż warunek ten został określony bez uprzedniego rozważenia uwarunkowań rynkowych, a przede wszystkim bez uwzględnienia faktu, iż na rynku krajowym usług pogłębiarskich nie zlecano w ostatnim dziesięcioleciu projektów obejmujących wykonanie typowych robót pogłębiarskich i/lub czerpalno – refulacyjnych, spełniających wymogi określone przez Zamawiającego w ilości umożliwiającej przeprowadzenie postępowania z zachowaniem warunków konkurencji. Tym samym, podtrzymanie aktualnego brzmienia tego warunku istotnie ograniczy krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza podmiotów krajowych, które z uwagi na znikomą ilość przedsięwzięć w tym rozmiarze na rynku krajowym, nie mogą wykazać spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego, mimo iż specjalizują się w wykonywaniu robót pogłębiarskich oraz posiadają wieloletnie doświadczenie w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia i ugruntowaną pozycję na rynku (Odwołujący się wykonawca jest największą polską firmą specjalizującą się w wykonywaniu robót pogłębiarskich).

Nadto, dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, nie jest konieczne żądanie wykazania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji dwóch robót pogłębiarskich na akwenach morskich o minimalnej głębokości -10,0 m o kubaturze 1 000 000 m³ każda, albowiem – mając na uwadze specyfikę typowych robót pogłębiarskich - doświadczenie wykonawcy w zrealizowaniu dwóch robót o łącznej kubaturze 1 000 000 m³, nie odbiega w sposób istotny od doświadczenia wykonawcy, który wykaże zrealizowanie dwóch tego rodzaju projektów o parametrach wskazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że roboty pogłębiarskie i/lub czerpalno refulacyjne opisane w zakwestionowanym warunku, obejmują świadczenie polegające na czerpaniu (wydobyciu)

urobku z dna akwenu morskiego w celu osiągnięcia założonej w projekcie rzędnej dna, a następnie mechanicznemu odprowadzaniu tego urobku na wskazane miejsce odkładu na wyznaczonym przez Zamawiającego odcinku brzegu morskiego bądź też jego odtransportowaniu na wskazane wysypisko morskie (tzw. kłapowisko). Z punktu widzenia nabycia doświadczenia wykonawcy, mając na uwadze jednorodny charakter wykonywanych robót, nie ma zatem znaczenia, czy wykonujący je podmiot w ramach zamówienia realizuje prace o kubaturze 500 000 m³, 700 000 m³ czy 1 000 000 m³. Natomiast dla rozmiaru prac znaczenie ma potencjał techniczny, którym dysponuje wykonawca, albowiem to on ma decydujące znaczenie dla wykonania określonej wielkości robót w określonym czasie (wydajność).

Jak wynika z powyższego, sformułowanie opisu warunku udziału w zakresie wyżej wskazanych zdolności technicznych lub zawodowych (z uwzględnieniem wskazanej wielkości kubatury tych robót) nie było podyktowane złożonym charakterem zamówienia, a wyłącznie osiągnięciem celu przejawiającego się w sprawdzeniu, czy wykonawca zdolny jest do wykonania zamówienia w określonym rozmiarze. Osiągnięcie tego celu, przy uwzględnieniu wyżej opisanych uwarunkowań rynkowych, może zostać zapewnione również poprzez sformułowanie warunku wielkości kubatury robót czerpalnych na poziomie niższym (zaproponowanym przez Odwołującego). Należy przy tym mieć na uwadze fakt, iż o możliwości wykonania zamówienia w rozmiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia decyduje przede wszystkim to, z jaką wydajnością prowadzone będą roboty pogłębiarskie, co oznacza zarazem iż kluczowym dla oceny zdolności wykonawcy do zrealizowania zamówienia jest wykazanie przez tego wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale IX pkt 2 pkt ppkt 4 lit. d SWZ (potencjał techniczny niezbędny do wykonania zamówienia).

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. c tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ (przy czym, jak wynika z Załącznika nr 8 do SWZ, warunek ten należy odnosić do każdego z projektów).

Odwołujący podtrzymał argumentację jak dla uzasadnienia zarzutu opisanego powyżej, tak w zakresie braku uwzględnienia przez Zamawiającego w zredagowanym warunku uwarunkowań rynkowych, jak również charakteru prac czerpalnych i w związku z powyższym wystarczalności dla wykazania legitymowania się przez osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy odpowiednim doświadczeniem, w przypadku odniesienia tego warunku do dwóch projektów realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³.

Odwołujący poniósł, iż żądanie od Kierowania Budowy, ażeby legitymował się aż 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально – refulacyjnych, jest warunkiem nadmiernym, niczym nieuzasadnionym i nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia i nie jest niezbędne dla potwierdzenia, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie dysponował odpowiednio wykwalifikowaną kadrą. Za taką oceną przemawia całokształt ustanowionych w SWZ wymagań dotyczących osoby wyznaczonej do sprawowania funkcji kierownika budowy oraz przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczania długości doświadczenia zawodowego. Zaznaczenia wymaga bowiem fakt, że długość praktyki zawodowej jest tylko jednym z elementów sformułowanego przez zamawiającego warunku, zaś podstawową przesłanką do oceny, iż osoba przewidziana do pełnienia tej funkcji spełnia określone kwalifikacje podmiotowe jest udział w charakterze kierownika robót lub budowy przy określonych sparametryzowanych projektach. Dodatkowo zauważyć należy, iż nieuzasadnione jest tak istotne różnicowanie warunku referującego do długości praktyki zawodowej na stanowisku kierownika budowy i w odniesieniu do pozostałych osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. kierowników robót wskazanych w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret drugie, trzecie i czwarte SWZ. tym samym, dla oceny tego warunku, wyrażonego z uwzględnieniem minimalnych poziomów zdolności, wystarczające jest legitymowanie się przez osobę przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy co najmniej „5 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально -refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³”.

5. Zarzut naruszania przepisu art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit d tiret pierwsze i trzecie, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia, m.in. 3

pogłębiarkami ssąco-refulującymi nasiębiernymi o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³ (tiret pierwsze) oraz 3 szalandami boczo lub dennoklapowymi samobieźnymi lub w asyście holowników o ładowności łącznej nie mniejszej niż 5 000 m³ (tiret trzecie), podczas gdy prawidłowo zredagowany warunek referujący do łącznej ładowności powinien uwzględniać możliwość wykazania jego spełnienia poprzez dysponowanie „3 lub więcej” jednostkami tego rodzaju sprzętu, mając na uwadze różne lokalizacje miejsc prowadzenia prac i możliwość ich prowadzenia w tym samym czasie w różnych miejscach, biorąc również pod uwagę powierzchnię akwenów, na których będą wykonywane prace (około 2 000 000 m²).

Odwołujący zarzucił, iż warunek w zakresie wskazanym w odnośniku 1 i 3, został sformułowany w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i wykluczający z postępowania wykonawców, którzy dysponują jednostkami sprzętu spełniającymi parametr łącznej ładowności odpowiednio 15 000 m³ dla pogłębiarek ssąco – refulujących nasiębiernych oraz 5 000 m³ dla szaland, z zastrzeżeniem spełnienia tego warunku za pomocą sprzętu w ilości większej niż określona przez Zamawiającego w opisie kwestionowanego warunku. Odwołujący stoi tym samym na stanowisku, iż prawidłowo zredagowany opis warunku udziału w postępowaniu, referującego do parametru łącznej ładowności sprzętu, powinien uwzględniać możliwość jego spełnienia poprzez wykazanie, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponuje odpowiednio:

- 3 lub więcej pogłębiarkami ssąco – refulującymi nasiębiernymi o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³ oraz
- 3 lub więcej szalandami bocznymi lub dennoklapowymi samobieźnymi lub w asyście holowników, o ładowności łącznej nie mniejszej niż 5 000 m³.

W uzasadnieniu powyższego Odwołujący wskazuje, iż w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający nie określił jakiegokolwiek wymagania co do konieczności wykonywania prac przy użyciu sprzętu o określonej minimalnej ładowności, tak w odniesieniu do sprzętu pogłębiarskiego wydobywającego urobek z dna, jak również wobec sprzętu przeznaczonego do transportu wodnego urobku w miejsce jego zdeponowania (na tzw. kłapowisko morskie). Stąd też, zamieszczenie takiego ograniczenia w opisie warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalne i nie koresponduje z opisem przedmiotem zamówienia. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 ppkt 1-5 SWZ oraz § 2 ust. 3 pkt 1-5 Projektu Umowy, prace pogłębiarskie wykonywane będą w różnych lokalizacjach na łącznej powierzchni około 2 000 000 m² i obejmują:

- roboty czerpalne w Awanporcie wraz z obrotnicą nr 1,
- roboty czerpalne w Kanale Portowym wraz z obrotnicami nr 2 i 3 do Nabrzeża XXXXXXXXXX,
- roboty czerpalne w Basenie III,
- roboty czerpalne w Basenie IV oraz - roboty czerpalne w Basenie V.

Nadto, Zamawiający nie zastrzegł ograniczeń co do możliwości równoczesnego wykonywania prac w kilku lokalizacjach. Mając tym samym na uwadze warunki realizacji zamówienia, fakt, czy wykonawca dysponował będzie 3 czy też np. 6 jednostkami odpowiedniego sprzętu pływającego, spełniającymi parametr łącznej ładowności, pozostaje bez znaczenia dla zapewnienia możliwości należytego wykonania zadania. Warto tu podkreślić, iż skoro - zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego - prace czerpalne mają być wykonywane w warunkach czynnego portu morskiego, to praca wykonywana jednocześnie większą ilością mniejszych jednostek w kilku lokalizacjach może okazać się w warunkach rzeczywistych bardziej efektywna niż wykonywanie prac trzema jednostkami o większych gabarytach, ale maksymalnie w trzech lokalizacjach (większa manewrowość jednostek i mniejsza ilość przestojów sprzętu w zw. z zajęciem akwenu przez inne statki, nadto - przy rozmieszczeniu sprzętu w kilku miejscach pracy równocześnie, mimo zajęcia akwenu w jednej, dwóch lub nawet trzech lokalizacjach, prace będą mogły być kontynuowane w pozostałych lokalizacjach).

Jeśli zaś chodzi o jednostki przeznaczone do transportu wydobytego urobku (szalandy), należy wskazać, iż z punktu widzenia technologicznego i technicznego nie ma żadnych przeciwwskazań, ażeby urobek z robót czerpalnych odwożony był na kłapowisko morskie za pomocą większej ilości jednostek o mniejszej ładowności, przy zachowaniu warunku dysponowania sprzętem o określonej przez Zamawiającego łącznej minimalnej ładowności sprzętu (po załadunku jednostki przeznaczonej do transportu urobku wypływa ona na wskazane miejsce odkładu urobku, a w tym czasie zapelniana jest kolejna szalanda, co pozostaje bez uszczerbku dla możliwości prowadzenia prac pogłębiarskich). Nadto, podobnie jak w odniesieniu do sprzętu pogłębiarskiego, mniejsze jednostki transportowe są bardziej manewrowe i mogą okazać się sprzętem efektywniej wykonującym pracę w warunkach czynnego portu morskiego.

6. Zarzut określenia projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, jak również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia w warunkach nadużycia prawa podmiotowego

(a) Określenie w projektowanych postanowieniach umowy (m.in. w § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy) reguł odpowiedzialności wykonawcy (kary umowne za opóźnienie), które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, co rażąco

narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w Postępowaniu, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję, nadto - stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający użył określenia „opóźnienie”, lecz go nie zdefiniował, co narusza regułę nakładającą na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia i wymagań stawianych przez Zamawiającego, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tymczasem, pojęcie „opóźnienia”, mimo iż jest jednoznacznie identyfikowane w judykaturze jako tzw. opóźnienie zwykłe (w przeciwieństwie do kwalifikowanej jego postaci, jaką jest zwłoka), może być różnie interpretowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w szczególności przez podmioty zagraniczne, co nie sprzyja prowadzeniu postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Zakładając, że intencją Zamawiającego w warunkach niniejszego zamówienia było rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy poprzez jej oderwanie od przesłanki zawinienia i w konsekwencji przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy, domagania się od wykonawcy zapłaty kary umownej (czy też skorzystania z innych uprawnień wierzyciela na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia) również w tych przypadkach, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, działania takie uznać należy za rażąco naruszające równowagę kontraktową i zasadę proporcjonalności, albowiem nie ma żadnych racjonalnych względów, ażeby obciążać wykonawcę odpowiedzialnością za niedochowanie terminów wykonania zamówienia w przypadkach, gdy ich przekroczenie nastąpiło z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę.

Tego typu rozłożenie ryzyk kontraktowych (w zasadzie ich przerzucenie w całości na jedną stronę) stanowi działanie nieadekwatne do celu, jakiego osiągnięciu ma służyć (zapewnienie terminowego wykonania umowy w sprawie zamówienia) i istotnie zniechęca potencjalnych wykonawców do złożenia oferty w postępowaniu, prowadząc w konsekwencji do istotnego w skutkach ograniczenia konkurencji. Racjonalnie działający wykonawca nie zdecyduje się na złożenie oferty w Postępowaniu, w sytuacji gdy wybór jego oferty i podpisanie umowy z Zamawiającym skutkować będzie przyjęciem na siebie ryzyka opóźnień w zakończeniu inwestycji z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności i na które nie ma żadnego wpływu.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma faktycznej możliwości pełnego uwzględnienia skutków tak określonej odpowiedzialności kontraktowej w cenie oferty, albowiem nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności i zdarzeń niezależnych od jego woli, które mogą skutkować opóźnieniem w wykonaniu zamówienia, a

tym bardziej nie może przewidzieć skali oddziaływania wszelkich tego rodzaju zdarzeń i ich realnego wpływu na przekroczenie terminu wykonania zamówienia.

Odwolujący podkreślił, że przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwwstawienie obu w/w interesów nie może prowadzić do nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę nadmiernych ryzyk kontraktowych i do przypisywania mu odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie ma żadnego wpływu.

Powyższy problem został zauważony przez Urząd Zamówień Publicznych, który w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), stwierdził m.in., że *„efektem określania przez zamawiających restrykcyjnych i często nieproporcjonalnych do wartości przedmiotu zamówienia kar umownych, jest mała liczba ofert składanych w postępowaniu oraz wliczanie przez wykonawców wysokości kar umownych w cenę oferty. Podobnie jest w przypadku postanowień umownych, które przerzucają odpowiedzialność na wykonawców za większość ryzyk. Postanowienia umowne tego typu w praktyce prowadzą do podniesienia ceny realizowanego zamówienia, ponieważ racjonalni wykonawcy uwzględniają ryzyko zapłaty kary umownej oraz inne ryzyka w oferowanej cenie”*. W konkluzji przywołanego wyżej raportu wskazano, że *„kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna”*. Odwołujący zwrócił uwagę, iż nawet skalkulowanie w cenie oferty wystąpienia pewnych zdarzeń, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności na zasadach ogólnych, nie jest skutecznym narzędziem przywrócenia równowagi kontraktowej w sytuacji przerzucenia na wykonawcę ogółu niesprecyzowanych ryzyk kontraktowych, albowiem – jak zostało to już wspomniane – wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności i zdarzeń, które mogą w sposób negatywny wpłynąć na realizację kontraktu, a tym bardziej nie może ocenić pełnego zakresu tego oddziaływania i jego rzetelnego skalkulowania w cenie oferty za wykonanie zamówienia.

Jak wynika z wniosków zawartych w raporcie Urzędu Zamówień Publicznych, kształtowanie zapisów o karach umownych w sposób naruszający równowagę kontraktową

(która i tak na gruncie zamówień publicznych doznaje ograniczenia) i przenoszenie w ten sposób na wykonawcę zamówienia ogółu ryzyk kontraktowych, stanowi zjawisko negatywnie wpływające na rynek zamówień publicznych i nie przyczynia się do umacniania zasad uczciwej konkurencji oraz efektywności zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał także na jednolicie przyjmowaną w judykaturze regułę, zgodnie z którą kara umowna opiera się na ogólnej zasadzie kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. na zasadzie winy. W wyroku z dnia 16.01.2013 r. w sprawie II CSK 331/12, Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że *„obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, zatem nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.”* Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.06.2016 r. w sprawie IV CSK 674/15 wyjaśniając, że *„Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w oznaczonym terminie, mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół zatem również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, nie były znane i nie są objęte ryzykiem wykonawcy”.* W konkluzji należy stwierdzić, iż kara umowna, stanowiąc surogat odszkodowania, nie jest oderwana od ogólnych reguł odpowiedzialności kontraktowej (vide: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 05.10.2018 r. w sprawie o sygn. akt I AGa 214/18, wyrok z dnia 06.07.2018 r. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w sprawie o sygn. akt I AGa 108/18)

Problem nadużywania przez zamawiających uprawnień do kształtowania treści umów w sprawie zamówień publicznych, w tym formułowania postanowień umownych w sposób dowolny i rażąco naruszający zasadę równowagi kontraktowej, dostrzegł również ustawodawca, który w przepisach nowej ustawy Pzp przewidział mechanizm ograniczający swobodę zamawiających poprzez wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych, a więc takich klauzul kontraktowych, których stosowanie przez zamawiających jest zakazane z mocy ustawy. Zgodnie z dyspozycją art. 433 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 odpowiedzialności ponosi zamawiający,
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pozwala dostrzec, że organ ten uwzględniał treść katalogu klauzul abuzywnych przewidzianych w nowej ustawie Pzp, jeszcze przed wejściem w życie przepisów tej ustawy (tak w wyroku z dnia 27.08.2019 r. w sprawie KIO 1585/19).

(b) Określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, jak również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia w warunkach nadużycia prawa podmiotowego.

Zamawiający wprowadził w § 14 Projektu Umowy szereg kar umownych, co do których obowiązek zapłaty obciążałby wykonawcę w razie ziszczenia się wskazanych tam przesłanek.

W ocenie Odwołującego, projektowane postanowienia umowy, zgodnie z zestawieniem wskazanym poniżej, w sposób rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, nadto niektóre z niżej wskazanych klauzul zredagowane zostały z naruszeniem zakazu wynikającego z literalnego brzmienia przepisu art. 433 Pzp (klauzule abuzywne).

Odwołujący podniósł, że przekroczenie granicy dopuszczalnej swobody kontraktowej w warunkach projektowanych zapisów umowy wyraża się przede wszystkim w określeniu przez Zamawiającego kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej, nieadekwatnych do naruszeń i mogących prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Katalog kar umownych kwestionowanych przez Odwołującego obejmuje:

- (1) § 14 ust. 1 pkt 1 projektowanych zapisów umowy – w zakresie rażąco wygórowanej wysokości kary umownej wynikającej z ustalenia współczynnika kary umownej wyrażającego się wartością 0,2 % (słownie: dwie dziesiąte procenta) kwoty całkowitego wynagrodzenia

ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o który mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 Umowy; a ponadto, w zakresie określenia niekwalifikowanej postaci opóźnienia jako podstawy do naliczenia kary umownej – co zostało szczegółowo omówione w uzasadnieniu zarzutu wskazanego w pkt 5 lit a *petitum* odwołania, w związku z czym argumentacja w tym zakresie nie będzie powtarzana w tej części odwołania. Odwołujący wskazał, iż zastrzeżenie tak wysokiego współczynnika procentowego do wyliczenia wysokości kary umownej, przy uwzględnieniu, iż jako podstawę do wyliczenia kary określił Zamawiający całkowite ryczałtowe wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu umowy w sprawie zamówienia (a nie wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych asortymentów Robót wskazanych w § 11 ust. 1 pkt 1-11 projektowanych zapisów umowy), stanowi niewspółmierną sankcję i jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, iż nawet w przypadku opóźnienia co do pewnego tylko nieznacznego zakresu robót, Zamawiający naliczał będzie wykonawcy karę umowną wyliczoną z zastosowaniem wyżej wskazanego współczynnika procentowego od całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, powiększonego o kwotę podatku od towarów i usług (wartość brutto) i to niezależnie od faktu, czy przyczyną takiego stanu rzeczy będą okoliczności zawinione przez wykonawcę, czy też od niego całkowicie niezależne. Należy w tym miejscu wskazać, iż minimalna wartość całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia może wynieść 82 000 000 zł (wartość oszacowana na podstawie kwoty wadium uwzględnionej jako 3 % wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT), co oznacza, iż za każdy dzień takiego opóźnienia Zamawiający będzie naliczał karę umowną w wysokości co najmniej 164 000 zł.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany projektowanego zapisu umowy, poprzez określenie współczynnika procentowego kary umownej na poziomie 0,01% wartości wynagrodzenia ryczałtowego netto za wykonanie przedmiotu umowy i zredagowania projektowanego postanowienia umowy w sposób następujący: „1) *zwłoki w wykonaniu całości Przedmiotu Umowy – w wysokości 0,01 % (słownie: jedna setna procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 Umowy*”; względnie – zamiast wnioskowanego obniżenia współczynnika procentowego kary umownej, ustalenie jako podstawy do wyliczenia kary, kwoty wynagrodzenia określonego zgodnie z § 11 (pkt 1-11) za wykonanie Robót, co do których wykonawca pozostaje w zwłoce.

(2) § 14 ust. 1 pkt 2 projektowanych postanowień umowy – Odwołujący zakwestionował wysokość kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad/usterek/niedoróbek stwierdzonych w okresie Odbioru Końcowego, w związku z jej rażącym wygórowaniem, co wynika z ustalenia współczynnika procentowego kary umownej wyrażającego się wartością 0,1 %

(słownie: jedna dziesiąta procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o który mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego na usunięcie wad/usterek/niedoróbek;

Ponadto, Odwołujący zakwestionował wskazane postanowienie w związku z ustaleniem niekwalifikowanej postaci opóźnienia jako podstawy do naliczenia kary umownej – co zostało szczegółowo omówione w uzasadnieniu zarzutu wskazanego w pkt 5 lit. a *petitum* odwołania. Podobnie jak w odniesieniu do pkt 1 powyżej, Odwołujący podniósł, iż zastrzeżenie tak wysokiego współczynnika procentowego do wyliczenia kary umownej, przy uwzględnieniu faktu, iż jako podstawę do wyliczenia kary określił Zamawiający całkowite ryczałtowe wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, stanowi niewspółmierną sankcję i jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi dodatkowo, iż zgodnie z projektowanym zapisem umowy, kara umowna we wskazanej wysokości przysługuje Zamawiającemu bez względu na rodzaj wady i jej wpływ na możliwość korzystania z przedmiotu zamówienia (opóźnienie w usunięciu wad, usterek, niedoróbek, przy czym Zamawiający w żaden sposób nie definiuje tych pojęć). Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwraca uwagę, iż przy pozostawieniu aktualnej redakcji postanowienia umowy, zachodzi ryzyko całkowitego uznaniowego określania terminu na usuwanie wad przedmiotu zamówienia, albowiem postanowienie w aktualnym brzmieniu przywodzi jedynie, iż termin na usunięcie wady ma być „wyznaczony” przez Zamawiającego, bez wskazania, iż ma być to termin „odpowiedni”, a zatem dający rzeczywistą możliwość jego sprostania. Odwołujący zwraca również uwagę na ryzyko dublowania tytułów do naliczania kar umownych, o których mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 i 2 projektowanych postanowień umowy (co w warunkach prawidłowo zredagowanych zapisów umowy należy uznać za niedopuszczalne), albowiem w określonym stanie faktycznym możliwa jest sytuacja, iż wada stwierdzona w okresie Odbioru Końcowego, w szczególności wada istotna, skutkowałą będzie odmową sporządzenia Protokołu Odbioru Końcowego (a tym samym odmową dokonania końcowego odbioru Robót), co w sytuacji jej nieusunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, z jednej strony spowoduje naliczanie kar umownych, o których mowa w pkt 2, a z drugiej strony będzie powodowało dalszy stan opóźnienia w wykonaniu robót i w następstwie powyższego Zamawiający naliczał będzie również karę umowną z pkt 1 ust. 1 § 14 Umowy.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany projektowanego postanowienia umowy, poprzez jego zredagowanie w sposób następujący: „2) *zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w Protokole Odbioru Końcowego w wysokości 0,01 % (słownie: jednej setnej procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki w stosunku do odpowiedniego terminu wyznaczonego na usunięcie wad; względnie –*

zamiast wnioskowanego obniżenia współczynnika procentowego kary umownej, ustalenie jako podstawy do wyliczenia kary kwoty wynagrodzenia za wykonanie zakresu Robót, których dotyczy stwierdzona wada.

(3) § 14 ust. 1 pkt 3 projektowanych zapisów umowy - Odwołujący zakwestionował tytuł do naliczenia wskazanej kary umownej jako naruszający zakaz statuowany w przepisie art. 433 pkt 2 i 3 Pzp (klauzula abuzywna), zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Dodatkowo, niedochowanie terminu wykonania zobowiązania, o którym mowa w kwestionowanym postanowieniu, w istocie odnosi się do jednego z podstawowych obowiązków leżących po stronie nie wykonawcy robót, lecz Zamawiającego (Inwestora) wynikających z samej definicji umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.) i podniesionego do rangi essentialia negotii tego stosunku prawnego.

(4) § 14 ust. 1 pkt 4 projektowanych zapisów umowy – Odwołujący zakwestionował wysokość wskazanej kary umownej jako rażąco wygórowanej, co wynika z ustalenia współczynnika procentowego kary umownej wyrażającego się wartością 10 % (słownie: dziesięć procent) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o który mowa w § 11 ust. 1 Umowy, niezależnie od przypadku, czy odstąpienie od umowy dotyczy całości umowy czy też odnosi skutek jedynie do części świadczenia niespełnionego (odstąpienie co do reszty niespełnionego świadczenia).

Taka sytuacja może prowadzić do skutku, iż w przypadku odstąpienia od umowy w końcowej fazie realizacji projektu (gdy przeważająca część świadczeń wykonawcy na rzecz Zamawiającego zostanie już spełniona), kara umowna zamiast spełniać funkcję zryczałtowanego odszkodowania, będzie stanowiła źródło nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Obawy Odwołującego co do możliwości nadużywania uprawnienia do naliczenia kary umownej z tego tytułu znajdują dodatkowe oparcie w bardzo rygorystycznym brzmieniu § 23 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, gdzie szereg zdarzeń skutkujących powstaniem po stronie Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy trudno uznać za istotne naruszenie zobowiązań kontraktowych. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany projektowanego zapisu umowy i jego zredagowania w sposób następujący: „4) odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, w tym także częściowego odstąpienia od Umowy, wskutek okoliczności, za które odpowiada Wykonawca – w wysokości 10 % (słownie: dziesięć procent) wynagrodzenia netto za wykonanie Robót, co do których Zamawiający odstępuje od umowy.”

(5) § 14 ust. 1 pkt 5 projektowanych zapisów umowy – Odwołujący kwestionuje wysokość kary umownej z tego tytułu jako rażąco wygórowanej, co wynika z ustalenia współczynnika procentowego do wyliczenia kary wyrażającego się wartością 0,5 % (słownie:

pięć dziesiątych procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o który mowa w § 11 ust. 1 Umowy. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że skoro zdarzeniem stanowiącym podstawę do naliczenia kary ma być nieuzasadniona przerwa w wykonywaniu robót trwająca powyżej 30 dni, to ewentualna kara umowna z tego tytułu powinna być wyliczona również za okres przerwy począwszy od 31 dnia do dnia wznowienia robót, a nie za każdy rozpoczęty dzień przerwy. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany projektowanego zapisu umowy i jego zredagowania w sposób następujący: „5) *nieuzasadnionego przerwania robót budowlanych trwającego powyżej 30 (słownie: trzydziestu) dni – w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego netto, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy za każdy dzień nieuzasadnionej przerwy powyżej 30 dni*”.

(6) § 14 ust. 1 pkt 9 projektowanych zapisów umowy – Odwołujący zakwestionował wskazany w tym punkcie tytuł do naliczenia kary umownej w zakresie, w jakim obejmuje on możliwość obciążenia wykonawcy zryczałtowanym odszkodowaniem w przypadku naruszenia obowiązku „zapłacenia składek” (kara umowna za niewykonanie zobowiązania pieniężnego na rzecz osoby trzeciej), jak również w zakresie „naruszenia zobowiązania do okazania Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia i opłacenia składek”, w związku z katalogiem zdarzeń, które mogą kwalifikować się do naliczenia kary umownej z tego tytułu (m.in. możliwość uznania, iż kara umowna z tego tytułu będzie naliczana w przypadku opóźnienia w przekazaniu dokumentu, uchybienia terminowi zapłaty składki, przekazania dokumentów niekompletnych bez względu na przyczynę).

W ocenie Odwołującego, przyznanie Zamawiającemu prawa do żądania od wykonawcy zapłaty kary pieniężnej w wysokości 5 % (słownie pięć procent) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia (która to kara w warunkach niniejszego zamówienia wyraża się kwotą co najmniej 4 100 000 zł!), za każde takie naruszenie i to bez względu na jego rangę, jest nieproporcjonalne i niczym nieuzasadnione. Ponadto, kwestionowany zapis projektu umowy nie określa po stronie Zamawiającego obowiązku uprzedniego (przed naliczeniem kary) wezwania wykonawcy do wypełnienia obowiązków w zakresie wykazania utrzymywania stosownego ubezpieczenia, co mogłoby wyeliminować przypadki karania wykonawcy za przeoczenia i mniejszej rangi uchybienia.

Odwołujący podniósł, że aktualne zredagowanie zapisu o karze umownej, w zakresie zakwestionowanym przez Odwołującego, stanowi podstawę do uznania tego zapisu za klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 2 Pzp. Celem wprowadzenia tego przepisu było ukrócenie niekorzystnego zjawiska nadużywania przez zamawiających kar umownych i nadmiernego obciążania nimi wykonawców, nawet za działania niezwiązane z

przedmiotem zamówienia lub jego prawidłową realizacją. Zamawiający, chcąc przewidzieć karę umowną, musi więc wykazać, że jest ona ściśle związana z umową lub jej realizacją, co powinno wynikać z dokumentacji postępowania oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na rażące wygórowanie tak określonej kary umownej, niewspółmierne do uszczerbku, jaki może ponieść z tego tytułu Zamawiający. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji projektowanego postanowienia umowy zgodnie z poniższym brzmieniem: „9) *za naruszenie zobowiązania do ubezpieczenia Wykonawcy, z zastrzeżeniem uprzedniego pisemnego wezwania Wykonawcy do należytego wypełnienia obowiązku w zakresie ubezpieczenia w dodatkowo wyznaczonym terminie, w wysokości 15 000 zł za każde takie naruszenie.*”

(7) § 14 ust. 1 pkt 10 projektowanych zapisów umowy – klauzula abuzywna w zakresie, w jakim przewiduje sankcję pieniężną za naruszenie zobowiązania do usuwania Odpadów i przedkładania informacji o wytwarzanych Odpadach oraz o sposobach gospodarowania wytworzonymi Odpadami w zakresie niezwiązanym z realizacją przedmiotu zamówienia (Odpady inne, niż wytworzone w związku z wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia); dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż wobec możliwego szerokiego katalogu zdarzeń (i to o bardzo różnym ciężarze gatunkowym) wyczerpujących dyspozycję projektowanego zapisu umowy, nie sposób uznać, ażeby kara umowna na poziomie 1 % całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy w każdym przypadku takiego naruszenia stanowiła adekwatną sankcję do rzeczywistego uszczerbku, jaki z tytułu ewentualnych zdarzeń tu opisanych mógłby ponieść

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do sprecyzowania zdarzeń stanowiących podstawę do naliczenia w/w kary do istotnych naruszeń, a ponadto do nakazania Zamawiającemu zmniejszenia wysokości kary umownej z tego tytułu do wysokości 15.000 zł za każde takie naruszenie.

(8) § 14 ust. 1 pkt 14 projektowanych zapisów umowy – klauzula abuzywna w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 2 Pzp w zakresie, w jakim kreuje po stronie Zamawiającego uprawnienie do naliczenia kary umownej za brak uwzględnienia uwag Zamawiającego do przedłożonego przez wykonawcę Harmonogramu rzeczowo – finansowego w terminie 3 dni roboczych od daty ich otrzymania od Zamawiającego, nadto – zastrzeżenie tego rodzaju kary umownej należy uznać za niedopuszczalne i nieważne z mocy samego prawa w związku z brakiem jasnego sprecyzowania przesłanek do naliczenia kary, uznaniowością podstaw do jej zastosowania uzależnionych wyłącznie od subiektywnej oceny Zamawiającego i możliwego nadużycia zastrzeżonej w tym zapisie sankcji w celu wywierania na wykonawcy presji zmierzającej do narzucenia zapisów Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego zgodnego z oczekiwaniem Zamawiającego (mimo, iż projektowane postanowienia umowy w tym jej § 21, przewidują „uzgodnienie Harmonogramu” przez

strony, nadto – jak wynika z Opisu Przedmiotu Zamówienia (str. 12 SWZ), opracowany Harmonogram musi być skonsultowany z szeregiem podmiotów, m.in. ze wskazanymi użytkownikami infrastruktury portowej, co powoduje, iż w przypadku wniesienia uwag przez Zamawiającego wykonawca musiałby w terminie 3 dni dokonywać aktualizacji obowiązku konsultacji, co może okazać się zobowiązaniem niemożliwym do spełnienia); z ostrożności Odwołujący podniósł również zarzut rażącego wygórowania kary umownej, z uwagi na niewspółmierność tej sankcji do chronionego interesu Zamawiającego;

(9) § 14 ust. 1 pkt 15 projektowanych zapisów umowy – Odwołujący podniósł zarzut niewspółmierności kary do chronionego interesu Zamawiającego, albowiem trudno uznać, ażeby w każdym przypadku mieszczącym się w dyspozycji projektowanego postanowienia umowy (a zatem w takim choćby przypadku jak opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy), zasadnym było obciążenie wykonawcy karą umowną na poziomie 1 % całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 11 ust. 1 projektowanych zapisów umowy.

W ocenie Odwołującego, kwestionowane postanowienie projektu umowy zostało ukształtowane z rażącym naruszeniem art. 353¹ k.c. i z oczywistych względów pozostaje w sprzeczności z podstawowymi funkcjami kary umownej. Konsekwencją tak skonstruowanej kary umownej, w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych konieczności jej dochodzenia przez Zamawiającego, może być jedynie bezzasadne wzbogacenie Zamawiającego kosztem wykonawcy, a nie zrekompensowanie możliwego uszczerbku Zamawiającego na wypadek ziszczenia się zdarzeń określonych w projektowanym zapisie umowy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającego zmiany projektowanego postanowienia, poprzez zmniejszenie współczynnika kary do kwoty „1 % wynagrodzenia brutto należnego podwykonawcy, co do którego Wykonawca nie dopełnił obowiązku zapłaty lub spełnił świadczenie po terminie jego wymagalności.”

W podsumowaniu uzasadnienia tego zarzutu, Odwołujący wskazał, iż uprawnienie Zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego i nie może odbywać się w całkowitym oderwaniu od poszanowania słusznego interesu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (podobnie wyrok KIO z dnia 20.11.2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2399/15 oraz wyrok KIO z dnia 06.06.2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18). Konieczne zatem jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Obowiązkiem Zamawiającego jest wprawdzie określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w taki sposób, ażeby cel zamówienia, tj. zaspokojenie określonych potrzeb Zamawiającego, został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak Zamawiający nadużywać pozycji strony konstruującej kontrakt, korzystając z instrumentów niewspółmiernych do zamierzonego celu i to w sytuacji możliwości zastosowania innych

środków, które w sposób dostateczny zabezpieczają interes Zamawiającego (zasada proporcjonalności). Bez wątpienia przejawem takiego działania podejmowanego z naruszeniem zasady proporcjonalności jest zastrzeganie przez zamawiających rażąco wygórowanych kar umownych, bez względu na ewentualną winę, stopień zawinienia wykonawcy oraz bez odniesienia wysokości kary do hipotetycznie wyliczonej przyszłej szkody, jaką może ponieść Zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I ACa 26/14) „ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, a zatem uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp.” Zastrzegane w umowach o zamówienie publiczne kary umowne winny zmierzać do zabezpieczenia należytego wykonania umowy i pozostawać w związku z zasadniczymi obowiązkami wykonawcy, wynikającymi z przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, postanowienia projektu umowy dyrektywy tej nie spełniają, a tym samym zasadne jest twierdzenie, iż warunkach niniejszego zamówienia Zamawiający nadużył swej pozycji jako strony umowy samodzielnie redagującej kontrakt.

Pismem z dnia 8 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych lub zgodnie ze spisem kosztów, w razie jego złożenia na rozprawie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w treści pisma i dokumentacji przetargowej, na objęte nimi okoliczności. W ocenie Zamawiającego, żaden z argumentów i zarzutów Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 SWZ (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych) oraz pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych parametrów wykonania rzeczonych prac, bez uwzględnienia faktu, iż potwierdzenie skuteczności oczyszczenia w sposób określony przez Zamawiającego jest trwale niemożliwe.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 2 pkt 6) SWZ, przedmiot zamówienia obejmuje m.in. prace podwodne związane z oczyszczaniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych. Zgodnie z rozdziałem IV ust. 8 pkt 8) lit. m) SWZ, wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny do:

„wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne.”

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący zapis rozdziału IV ust. 8 pkt 8) lit. m) przytoczył w sposób fragmentaryczny i wprowadzający w błąd. Zamawiający wskazał, że zapis ten w żaden sposób nie mówi o oczekiwaniach Zamawiającego przytoczonych przez Odwołującego, takich jak „potwierdzenie skuteczności oczyszczenia” czy „opracowanie raportu stwierdzającego brak zakłóceń pola magnetycznego (anomali magnetycznych wskazujących na potencjalną możliwość zalegania w dnie obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów zagrażających bezpieczeństwu prac pogłębiarskich)”. Zamawiający ma świadomość zakłóceń pola magnetycznego i ograniczeń niektórych metod badawczych, dlatego też nie narzuca wykonawcy parametrów prowadzenia prac, które należy dostosowywać indywidualnie do danych obszarów, bazując na doświadczeniu wykonawcy. Zamawiający oczekuje usunięcia obiektów w tym obiektów ferromagnetycznych, nie oczekuje jednak całkowitej czystości obszaru przed rozpoczęciem prac czerpalnych, a jedynie w zakresie zapewniającym bezpieczeństwo niniejszych prac. Zamawiający w przywołanym zapisie wprost wskazuje, że „(...) W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt.(...)”, co zaprzecza stwierdzeniu Odwołującego jakoby wykonawca mógł rozpocząć prace czerpalne nie wcześniej niż po usunięciu całości ferromagnetyków.

Zgodnie z rozdziałem XVIII ust. 2 SWZ, Zamawiający wymaga uwzględnienia w ofercie niżej wskazanych kosztów:

- 1) koszt rozpoznania ferromagnetycznego;
- 2) koszt usunięcia obiektów ferromagnetycznych;
- 3) koszt wydobycia i utylizacji przeszkód podwodnych, w tym wykonania badań ferromagnetycznych w celu zapewnienia bezpiecznej realizacji prac.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 8 pkt 8) lit. n) SWZ, Zamawiający oczekuje od wykonawcy zapewnienia nadzoru saperskiego podczas prowadzenia robót czerpalnych, zaś same prace czerpalne i refulacyjne należy prowadzić w obecności 2 uprawnionych do

usuwania obiektów niebezpiecznych/niewybuchów osób na jednostce pogłębiarki i ustawić na pracujących jednostkach certyfikowany kontener/kontenery do przechowywania niewybuchów.

Reasumując, Zamawiający oczekuje, aby zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, wykonawca zapewnił by po zakończeniu prac na obszarze objętym realizacją przedmiotu zamówienia nie znajdowały się przeszkody ograniczające eksploatację budowli morskich bądź zagrażające bezpieczeństwu żeglugi. Zamawiający podkreślił, że rynek wykonawców jest rynkiem profesjonalistów, od których Zamawiający ma prawo żądać należytej staranności w wykonywaniu zamówienia, a więc przede wszystkim zrozumienia przedmiotu zamówienia i dobrania odpowiedniej technologii wykonywania prac.

Zamawiający wskazał, że badanie ferromagnetyczne nie ogranicza się do skanowania magnetometrycznego. Ograniczenia przytoczone w Raporcie, stanowiącym część dokumentacji przetargowej odnośnie skanowania magnetycznego nie uniemożliwiają, a jedynie ograniczają wykonanie takiego badania. W opracowaniu przytoczone jest ograniczenie wynikające z doboru sprzętu pomiarowego, cumujących w danej chwili (a nie permanentnie) jednostek pływających, przepływających jednostek, co wiąże się z wydłużeniem czasu pomiarów, ale ich nie wyklucza. Dlatego też Zamawiający nie narzuca wykonawcy parametrów, co jest zarzutem ze strony Odwołującego. W SWZ jednoznacznie zostało wskazane, że koszt rozpoznania ferromagnetycznego leży po stronie wykonawcy. Raport z badań ferromagnetycznych został dołączony w celach poglądowych i ma on za zadanie umożliwić wykonawcy oszacowanie kosztów związanych ze sprawdzeniem i wydobyciem obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych.

2. Określenie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX ust. 2 pkt 3) SWZ w zakresie wymaganej sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że określone w Rozdziale IX ust. 2 pkt 3) warunki udziału w postępowaniu są zgodne z ustawą Pzp oraz rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 z późn. zm.).

Określone warunki są ustalone zgodnie z art. 112 Pzp, tj. w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy ich ustalaniu Zamawiający wziął pod uwagę w szczególności:

- 1) Szacowaną wartość przedmiotu zamówienia;
- 2) Stopień skomplikowania robót;
- 3) Konieczność zagwarantowania ciągłości pracy portu;

- 4) Wpisywanie się zamówienia w inne inwestycje realizowane przez Zamawiającego;
- 5) Warunki wynikające z umowy o dofinansowanie Nr [REDAKTOWANO]
[REDAKTOWANO] zmienionej Aneksiem nr [REDAKTOWANO]

r.

Wymagane warunki dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej odwołują się do rzeczywistych właściwości podmiotowych wykonawców i mają zagwarantować prawidłowe wykonanie zamówienia. Postawione warunki udziału w postępowaniu mają na celu wyłonienie wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, w terminie, w sposób odpowiadający potrzebom Zamawiającego i warunkom realizacji prac.

Zamawiający gwarantuje zachowanie zasady uczciwej konkurencji m. in. poprzez:

- 1) dokładne określenie sposobu liczenia wskaźnika płynności finansowej (takiego samego dla wszystkich wykonawców); Zamawiający w SWZ precyzyjnie określił wzór na obliczenie bieżącej płynności finansowej. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej liczony jest jako iloraz: aktywa obrotowe/zobowiązania krótkoterminowe, gdzie aktywa obrotowe oznaczają pozycję B. aktywów bilansu, a zobowiązania krótkoterminowe oznaczają pozycję B.III pasywów bilansu, zgodnie z Załącznikiem nr 1 do ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994r. (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 217 ze zm.), tj. bez rezerw na zobowiązania oraz rozliczeń międzyokresowych;
- 2) przyjęcie takiego samego sposobu liczenia wskaźnika płynności finansowej, jak w innych przetargach dotyczących robót hydrotechnicznych ogłaszanych przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że wskaźniki płynności finansowej przedsiębiorstwa służą do oceny zdolności przedsiębiorstwa do terminowego regulowania bieżących zobowiązań. Mierniki takie są konstruowane w ten sposób, aby były niezależne od rozmiarów przedsiębiorstwa i mogły służyć do porównania różnego rodzaju podmiotów.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie wzrostu cen materiałów budowlanych, Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że głównym przedmiotem działalności Odwołującego są roboty czerpalne i refulacyjne. Wzrost cen materiałów budowlanych nie wpływa na prowadzenie tych robót.

3. Określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej niezbędnej do ubiegania się o udzielenie zamówienia, w zakresie wskazanym w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze, lit. c) tiret pierwsze oraz lit. d) tiret pierwsze i trzecie SWZ w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu ustalone przez Zamawiającego są adekwatne do celu zamówienia i rozmiaru planowanych robót, mają na celu wyłonienie wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia w sposób odpowiadający potrzebom

Zamawiającego i warunkom realizacji prac. Jednocześnie fakt, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu będą mogli spełnić tylko niektórzy wykonawcy, nie powinien być postrzegany jako utrudnianie uczciwej konkurencji. Zasada uczciwej konkurencji nie powinna być utożsamiana z umożliwieniem udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku, w tym także tym niezdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie – dbanie o realizację zamówienia na odpowiednim poziomie wyrażone poprzez określenie warunków w postępowaniu w taki sposób, że udział w nim wezmą jedynie wykonawcy posiadający odpowiednie ku temu zdolności, jest działaniem dopuszczalnym z punktu widzenia przepisów prawa zamówień publicznych – Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2019. Nadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2017 r. w sprawie KIO 1081/17 Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia.

Czynnikiem determinującym jakość realizowanych prac jest zaangażowanie odpowiedniego sprzętu między innymi w zakresie wydajności. Zamawiający wymaga takiej ilości sprzętu określonego rodzaju, która zagwarantuje należyte wykonanie prac i pozwoli na funkcjonowanie portu i prowadzenie działalności użytkownikom nabrzeży. Zamawiający podkreślił, że prace objęte przedmiotem zamówienia mają być prowadzone w czasie eksploatacji Portu [REDAKTOWANE], co Zamawiający wskazał w Rozdziale IV ust. 8 pkt 2) SWZ.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że postawione warunki udziału w postępowaniu są usprawiedliwione obiektywną potrzebą Zamawiającego, a nie jedynie oczekiwaniem jednego z wykonawców stworzenia dla niego dogodniejszych warunków konkurencji. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (dotyczące doświadczenia) w sposób, który umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wiążą się one bezpośrednio z przedmiotem zamówienia i wskazują charakter doświadczenia wykonawcy, które jest niezbędne do wykonania zamówienia. Nadto, Zamawiający podkreślił, że wymagana do spełnienia warunku minimalna łączna kubatura robót czerpalnych stanowi zaledwie 25% zakresu robót czerpalnych w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z dyspozycją art. 116 Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację tego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wiąże się to z wyrażoną w art. 17 Pzp zasadą efektywności,

a więc udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług i robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

Ponadto, Zamawiający, poprzez sformułowany przez siebie zapis „w okresie ostatnich 10 lat” (a nie pięciu) zwiększa konkurencyjność. Projekt nie jest typowy, stąd określone warunki. Zamawiającemu zależy na efektywnej pracy i terminowości w wykonaniu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że chybiony jest argument Odwołującego jakoby na rynku krajowym usług pogłębiarskich nie realizowano w ostatnim dziesięcioleciu podobnych projektów obejmujących wykonanie robót spełniających wymogi określone w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze. Zamawiający wskazał następujące realizacje:

1) Wykonanie robót budowlanych na projekcie: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w [REDAKTOWANO]” (Zamawiający - [REDAKTOWANO]):

- I część zamówienia – Wykonanie modernizacji toru wodnego do Portu Północnego w [REDAKTOWANO] na długości ok. 4200 m: 2 928 400 m³
- [REDAKTOWANO]
[REDAKTOWANO] na długości ok. 2220 m: 2 000 100 m³ o W dniu 15 stycznia 2019 r. zostały zawarte umowy na I i II część zamówienia z wykonawcą z firmą [REDAKTOWANO]
[REDAKTOWANO] o Zakończenie projektu: 2019 r.

2) Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych i pogłębiarskich w ramach modernizacji toru wodnego [REDAKTOWANO] do głębokości 12,5 m – termin zakończenia 2022.

Zamawiający podkreślił, że powyższy warunek nie został ograniczony do robót wykonywanych wyłącznie na terenie RP. Z uwagi na duży zakres robót (4 mln m³ robót czerpalnych, ponad 30 tys. m² umocnienia dna oraz krótki okres realizacyjny) Zamawiający oczekuje bardzo doświadczonego wykonawcy, który z powodzeniem zrealizował w sposób powtarzalny projekty o zakresie stanowiącym 25% zakresu bieżącego postępowania. Zamawiający otwarty jest na współpracę z firmami działającymi na terenie całej Europy.

Analogicznie, jak w warunku dotyczącym doświadczenia wykonawcy określonym w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. b) tiret pierwsze, Zamawiający oczekuje bardzo doświadczonego kierownika budowy i kierowników robót, którzy w sposób powtarzalny zrealizowali projekty stanowiące 25% zakresu bieżącego zakresu projektu. Prace realizowane będą w trakcie normalnego funkcjonowania portu/w czynnym porcie, z ruchem statków i przeładunkami, w zmiennych warunkach pogodowych obejmujących wszystkie pory roku, w związku z czym określone przez Zamawiającego warunki należy uznać za zasadne i proporcjonalne.

Również postawione warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. d) tiret pierwsze i trzecie SWZ są usprawiedliwione obiektywną potrzebą Zamawiającego i są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Dysponowanie odpowiednimi urządzeniami technicznymi jest istotne dla Zamawiającego z uwagi na fakt realizacji robót podczas normalnej eksploatacji/funkcjonowania portu. Zbyt duża ilość sprzętu utrudni poruszanie się statków przy nabrzeżach, może spowodować sytuacje zagrażające bezpieczeństwu jednostek pływających, czy też utrudnić prowadzenie działalności innym użytkownikom nabrzeży. Zamawiający oczekuje wykonawcy posiadającego duży potencjał techniczny, zapewniający sprawną i efektywną pracę, uwzględniając krótki czas realizacji. Prace prowadzone będą w różnych warunkach pogodowych obejmujących wszystkie pory roku, a duże jednostki pracują sprawniej w trudnych warunkach związanych z wiatrem i falowaniem oraz posiadają dopuszczenia do pracy w gorszych warunkach pogodowych niż ma to miejsce w przypadku mniejszych jednostek. Zastosowanie mniejszych jednostek wiąże się z ryzykiem niedochowania terminu z uwagi na powyższe argumenty.

Analogiczne warunki potencjału technicznego określone zostały w postępowaniu przetargowym na wykonanie robót budowlanych na projekcie: „Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w [REDACTED]”. Nr sprawy: ZP-JL-3800-17/18: Część 1 zamówienia:

- 3 pogłębiarki ssąco – refulujące nasiębiernie o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³. Wszystkie jednostki muszą posiadać dopuszczenie do użytkowania na wodach morskich (kartę bezpieczeństwa).

Część 2 zamówienia:

- 3 pogłębiarki ssąco-refulujące nasiębiernie o ładowności łącznej nie mniejszej niż 10 000 m³. Wszystkie jednostki muszą posiadać dopuszczenie do użytkowania na wodach morskich (kartę bezpieczeństwa).

4. Określenie projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, w tym również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – ich określeniu w warunkach nadużycia prawa podmiotowego (nadużycia prawa Zamawiającego do samodzielnego kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia).

W tym miejscu w pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 1 projektowanych postanowień umowy:

„Wykonawca jest odpowiedzialny za terminowe i wysokiej jakości wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z Umową, SWZ i jej załącznikami, Dokumentacją projektową, Harmonogramem rzeczowo-finansowym, z zachowaniem norm i standardów jakościowych

odnoszących się do tego typu Robót, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, Polskimi Normami lub równoważnymi, decyzjami administracyjnymi, jak również zaleceniami i wytycznymi Zamawiającego, w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności: Prawa budowlanego oraz przepisami wykonawczymi wydanyymi na jego podstawie, BHP oraz p-poż. oraz przepisami portowymi (w tym Zarządzeniem nr 9 Dyrektora Urzędu Morskiego w [REDAKTOWANO] z dnia 17 lipca 2018r. PRZEPISY PORTOWE – Dz. Urz. Woj. Pomorskiego Poz. 2832 ze zmianami – dostępne na str. internetowej pod adresem: www.umgdy.gov.pl), a także zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.”

Zamawiający poinformował, iż zapis o odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie jest uzasadniony okolicznościami zamówienia. Zamówienie realizowane jest w ramach umowy o dofinansowanie [REDAKTOWANO]

[REDAKTOWANO] dnia 5 grudnia 2019 r. Terminowa realizacja zadania ma kluczowe znaczenie dla rozliczenia Projektu, a opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia mogą skutkować utratą przez Zamawiającego części dofinansowania. Projekt jest realizowany w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020. Zgodnie z obowiązującą zasadą n+3 projekt musi być rozliczony do końca 2023 r. – zgodnie z sekcją 6.1 pkt 3 „Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020” końcową datą kwalifikowalności wydatków jest 31 grudnia 2023 r. Przedłużające się prace wpłyną również na warunki prowadzenia działalności przez innych użytkowników Portu.

Ponadto, Zamawiający wskazał, że jest spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa – Skarb Państwa posiada 99,3097% akcji [REDAKTOWANO]. Zgodnie z art. 2 pkt 8) lit. a) tiret dziewiąte ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 735 z późn. zm., zwana dalej: „ustawą o zarządzaniu mieniem państwowym”) Zamawiający jest również spółką realizującą misję publiczną. Stosownie do treści art. 9 ust. 2 ustawy o zarządzaniu mieniem państwowym w spółce realizującej misję publiczną wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa lub państwowej osoby prawnej odbywa się na zasadach prawidłowej gospodarki, w szczególności w celu efektywnej realizacji misji publicznej realizowanej przez tę spółkę. Stosownie do treści art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 491 z późn. zm., zwana dalej: „ustawą o portach”) spółki akcyjne zarządzające portami o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej mają charakter użyteczności publicznej. Wszystkie ww. okoliczności wskazują na istotną kwestię w zakresie szczególnego statusu Zamawiającego – spółka prawa handlowego ustanowiona na mocy ustawy i powołana do realizacji zadań publicznych. Przejawia się to m.in. w tym, że

swoje przychody ma obowiązek przeznaczać zgodnie z art. 9 ust. 2 pkt 1) ustawy o portach na budowę, rozbudowę, utrzymanie i modernizację infrastruktury portowej.

Wszystkie ww. okoliczności przemawiają za poglądem, że Zamawiający ma ustawowy obowiązek terminowej realizacji inwestycji. Pozostawienie zapisów o odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie ma skłonić wykonawców do dołożenia należytej staranności dla terminowego wykonania umowy oraz wypracowania takich rozwiązań i oszacowania ich kosztów do oferty, aby realizacja przedmiotu umowy w terminie była możliwa.

Ponadto, port morski w [REDAKTOWANE] jest portem o podwójnym przeznaczeniu, tj. także obronnym. Granice Morskiego Portu Wojennego [REDAKTOWANE] zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 7 lutego 2020 r. w sprawie granic Morskiego Portu Wojennego [REDAKTOWANE] (Dz.U. z 2020 r. poz. 304 z późn. zm.).

Realizacja niniejszego zamówienia wpisuje się w cały ciąg inwestycji realizowanych przez [REDAKTOWANE] Zamawiający wskazał je m.in. w Rozdziale IV ust. 4 pkt 12) SWZ:

a) Rozbudowa i przebudowa głowic falochronów w wejściu głównym do Portu [REDAKTOWANE] wraz z pogłębieniem i poszerzeniem toru wodnego podejściowego do Portu [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]);

b) Przebudowa Nabrzeża [REDAKTOWANE] w Porcie [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]);
[REDAKTOWANE] Proj. przebudowa Nabrzeża [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE].);
[REDAKTOWANE] Proj. roboty czerpalne do gł. 13,5 m (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE].);

e) Proj. przebudowa Nabrzeża [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]);

f) Budowy Publicznego Terminala Promowego w Porcie [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] z dnia 21.06.2016 r., zmieniona decyzją nr [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]);

g) Proj. przebudowa i rozbudowa [REDAKTOWANE] i Nabrzeża Portowego; Proj. przebudowa (zabezpieczenie) [REDAKTOWANE] (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]) Wnęka dokowa (Decyzja [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE]).

Dodatkowo Zamawiający in fine rozdziału IV ust. 4 pkt 12) SWZ wskazał, że:

„Wszelkie roboty należy ściśle skoordynować z powyższymi zadaniami.

Prace czerpalne przy Nabrzeżu [REDAKTOWANE] i [REDAKTOWANE] po przebudowie Obiektów.

Planowane zakończenie przebudowy Nabrzeża [REDAKCYJNA]: XII.2021 r.

Planowane zakończenie przebudowy [REDAKCYJNA] (południowej) II kwartał 2022 r.

Planowane zakończenie pogłębiania toru podejściowego: XII.2022 r.”

Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp, zakazane są postanowienia umowne przewidujące kary za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. W doktrynie prawniczej (Prawo zamówień Publicznych. Komentarz., pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza. Urząd zamówień Publicznych. Warszawa 2021 r.) wskazuje się, że komentowany zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza, że w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia zamawiający będzie mógł zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu opóźnienia. W przypadku niniejszego zamówienia, pomimo generalnego zakazu formułowania postanowień dotyczących odpowiedzialności wykonawcy z tytułu opóźnienia w realizacji zamówienia, istnieje podstawa do tego, by takie postanowienie zamieścić. Pozostawienie zapisów o odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie ma skłonić wykonawców do dołożenia należytej staranności dla terminowego wykonania umowy oraz wypracowania takich rozwiązań i oszacowania ich kosztów do oferty, aby realizacja przedmiotu umowy w terminie była możliwa. Dodatkowo przedmiotowe zamówienie wpisuje się w ciąg inwestycji realizowanych przez Zamawiającego.

Zamawiający jest inicjatorem zamówienia publicznego, określa jego warunki i sporządza dokumenty zamówienia, w tym Specyfikację Warunków Zamówienia. Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20) Pzp, SWZ zawiera projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, Zamawiający powinien to zrobić, zapewniając najlepszą jakość w ramach środków, które posiada. W związku z powyższym zamówienie nie jest kierowane do wszystkich, ale do tych wykonawców, którzy dają między innymi rękojmię wykonania umowy w terminie.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2014 r. w sprawie KIO 3034/13.

Wobec powyższego nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego jakoby zredagowanie § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3, a także § 23 ust. 1 pkt 5 projektowanych zapisów umowy należało uznać za „działania nieproporcjonalne do celu jakiemu miałyby służyć, przede wszystkim jako działanie podjęte wbrew zakazowi wynikającemu z literalnego brzmienia przepisu art. 433 pkt 1 ustawy Pzp.”

Zamawiający również zaprzecza, aby projektowane zapisy umowy w sprawie zamówienia publicznego były określone „w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i

zasadami współżycia społecznego, jak również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy pzp (klauzule abuzywne z art. 433 ustawy Pzp), względnie – określeniu projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia w warunkach nadużycia prawa podmiotowego.”

Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem, aby wprowadzone w § 14 projektowanych zapisów umowy kary umowne były niezgodne z art. 433 Pzp. W zakresie rzekomego naruszenia art. 433 Pzp należy podnieść, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przez Zamawiającego którejkolwiek z przesłanek określonych w pkt 1) – 4) tego przepisu. W szczególności należy wskazać, że:

- 1) kara umowna określona w § 14 ust. 1 pkt 3) nie dotyczy sytuacji określonej w art. 433 pkt 2) lub 3) Pzp, ponieważ odnosi się do nieprzekazania terenu budowy w terminie określonym w § 3 ust. 1 projektowanych zapisów umowy, z przyczyn za które Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności;
- 2) kara umowna określona w § 14 ust. 1 pkt 9) dotyczy zachowania wykonawcy związanego z prawidłowym wykonaniem umowy – zobowiązanie do okazania Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia i opłacenia składek jest uzasadnione wyżej opisanymi okolicznościami i zakresem zamówienia; oczywistym jest, iż Zamawiający ma prawo wiedzieć na każdym etapie postępowania, czy wykonawca posiada ważne ubezpieczenie, celem zapewnienia należytego wykonania zamówienia;
- 3) kara umowna określona w § 14 ust. 1 pkt 14) dotyczy zachowania wykonawcy związanego z prawidłowym wykonaniem umowy – przedłożony Harmonogram rzeczowo - finansowy musi być zgodny z umową, a zamówienie winno być wykonane na jego podstawie, co wprost wynika z § 6 ust. 1 projektowanych zapisów umowy.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem, że kary umowne określone w § 14 są rażąco wygórowane, ponieważ ich wysokość jest uzasadniona wyżej opisanymi okolicznościami i zakresem zamówienia oraz jego nietypowością. Należy zgodzić się z przytoczonym przez Odwołującego wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt I ACa 26/14).

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 14 ust. 6 projektowanych zapisów umowy została ustalona maksymalna wysokość kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 projektowanych zapisów umowy, co znacząco ogranicza kwotowy poziom odpowiedzialności potencjalnego wykonawcy, niewątpliwie na jego korzyść.

Za chybiony należy również uznać zarzut, jakoby w zakresie § 14 ust. 1 pkt 2) projektowanych zapisów umowy „*przy pozostawieniu aktualnej redakcji zapisu umowy,*

zachodzi ryzyko całkowitego uznaniowego określania terminu na usuwanie wad przedmiotu zamówienia, albowiem zapis w aktualnym brzmieniu przywodzi jedynie, iż termin na usunięcie wady ma być „wyznaczony” przez Zamawiającego, bez wskazania, iż ma być to termin „odpowiedni”, a zatem dający rzeczywistą możliwość jego sprostaniu.”, ponieważ zgodnie z § 13 ust. 9 pkt 3) projektowanych zapisów umowy przy uzgadnianiu lub wyznaczaniu terminu do usuwania wad/usterek/niedoróbek Strony zobowiązane są uwzględnić: charakter wady/usterki/niedoróbki, jej wpływ na funkcjonowanie obiektu i zawodowy charakter działalności prowadzonej przez Wykonawcę.

5. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności sformułowanie treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, nieprzejrzysty i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego jakoby naruszył przepisy art. 16 Pzp. Warunki udziału w postępowaniu zostały określone proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Jak już wcześniej wskazywano, Zamawiający wziął pod uwagę w szczególności:

- 1) szacowaną wartość przedmiotu zamówienia,
- 2) warunki wykonywania robót, w tym konieczność wykonywania prac „pod ruchem”,
- 3) stopień skomplikowania robót,
- 4) konieczność dochowania terminu,
- 5) fakt, że przedmiot zamówienia jest elementem większej całości inwestycji/projektów realizowanych przez [REDACTED].

Obowiązkiem Zamawiającego jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy, a nie wybór jakiegokolwiek wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu związane są z przedmiotem zamówienia, a tym samym zostały określone w taki sposób, aby rzetelnie zbadać potencjał wykonawcy pod kątem zdolności do wykonania tego konkretnego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wskazał, na czym polega wadliwość „sformułowania dokumentów przetargowych”, gdzie zawierają one braki, nie udowodnił nieadekwatności i nieproporcjonalności warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Co więcej odwołanie jest de facto żądaniem Odwołującego do stworzenia dla niego dogodniejszych warunków konkurencji i traktowania w sposób uprzywilejowany. Nie sposób bowiem nie odnieść wrażenia, iż Odwołujący proponowane przez siebie modyfikacje zapisów projektowanej umowy (zwłaszcza w zakresie warunków udziału w postępowaniu) stworzył w oparciu o swój własny posiadany potencjał i zasoby, które może zaproponować w składanej ofercie. Zgodnie z

poglądami doktryny prawniczej, *Nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego* (LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego zarzutów w toku posiedzenia, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

1. zarzutu naruszenia art. 115 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, o której mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 3.3 SWZ, w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. zarzutu naruszenia art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez:

- określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit b tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10 m, o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ każda, mimo iż na rynku krajowym usług pogłębiarskich nie realizowano w ostatnim dziesięcioleciu typowych projektów obejmujących wykonanie robót spełniających powyższe wymogi w ilości umożliwiającej przeprowadzenie postępowania z zachowaniem warunków konkurencji; nadto – iż dla osiągnięcia celu w postaci wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia i dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu przyszłej umowy w sprawie zamówienia, wystarczającym jest sformułowanie warunku, zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykaże w postępowaniu legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu dwóch robót polegających na pogłębieniu i/lub refulacji na akwenach morskich o głębokości minimum -10,0 m, o łącznej kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³;
- określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit c tiret pierwsze SWZ (co do kubatury robót czerpalnych określonej dla każdego projektu), w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ (przy czym, jak wynika z Załącznika nr 8 do SWZ „Wykaz osób”, warunek ten należy odnosić do każdego z projektów).

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 99 Pzp oraz art. 16 Pzp, poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w Rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów

ferromagnetycznych) oraz pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ (badanie ferromagnetyczne kontrolne wraz z przedstawieniem raportu z przeprowadzonego badania stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych), w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych parametrów wykonania tych prac niezbędnych dla prawidłowego oszacowania ich zakresu i rzetelnej kalkulacji ceny za ich wykonanie, uwzględniającej zidentyfikowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia i kosztów związanych z wszystkimi elementami tego zakresu prac, a ponadto bez uwzględnia obiektywnych okoliczności ograniczających możliwość spełnienia świadczenia w sposób określony przez Zamawiającego (trwały brak możliwości wykonania badania ferromagnetycznego na części powierzchni akwenu objętego zamówieniem);

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z postanowieniami OPZ (Rozdz. IV pkt 2 ppkt 6) przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: prace podwodne związane z oczyszczaniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych.

Zgodnie z postanowieniem pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ, Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny, w szczególności do: wydobywania obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odstonięcia, sprawdzenia, wydobywania i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne,

W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko Zamawiającego, który nie może narzucić parametrów i wskazać konkretnych wytycznych co do sposobu wykonania oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych, gdyż priorytetem dla wykonywanych prac jest bezpieczeństwo prowadzonych robót. Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do „wydobywania obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi”, a ponadto, iż „przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych”. To wykonawca powinien uwzględnić wnioski wynikające z załączonego przez Zamawiającego do SWZ „Raportu z dnia 31.10.2019 r.”.

Biorąc pod uwagę, że powyższy „Raport” załączony do dokumentacji przetargowej stanowi informację uzupełniającą OPZ w ramach dokumentacji przetargowej, jedynie „poglądową”, jak wyjaśnił Zamawiający, to wykonawca odpowiedzialny za bezpieczne wykonywanie robót, powinien samodzielnie określić konieczny wskaźnik wartości sygnału gradientowego prowadzonych badań z uwzględnieniem informacji i wyników badań przedstawionych w ww. Raporcie. Jak wynika z ww. „Raportu” dołączonego do SWZ, Zamawiający ma świadomość zakłóceń pola magnetycznego i ograniczeń niektórych metod badawczych, dlatego też nie narzuca wykonawcy parametrów prowadzenia prac, które należy dostosowywać indywidualnie do danych obszarów, bazując na doświadczeniu wykonawcy. Jednocześnie, w świetle postanowień SWZ, dla Zamawiającego wiążące będzie oświadczenie wykonawcy, które oznaczać będzie dla Zamawiającego w konsekwencji - brak możliwości ingerowania Zamawiającego w sposób przeprowadzenia badań przez wykonawcę, w tym np. wymagania innej czułości badań ferrometrycznych niż zastosowana przez wykonawcę do prowadzonych badań.

Zgodnie postanowieniem zawartym w Rozdziale XVIII ust. 2 SWZ, Zamawiający jednoznacznie wymaga uwzględnienia w ofercie niżej wskazanych kosztów:

- 1) koszt rozpoznania ferromagnetycznego;
- 2) koszt usunięcia obiektów ferromagnetycznych;
- 3) koszt wydobycia i utylizacji przeszkód podwodnych, w tym wykonania badań ferromagnetycznych w celu zapewnienia bezpiecznej realizacji prac.

Powyższe oznacza, że wskazane rozpoznanie i badania leżą po stronie wykonawcy – w ramach przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że rynek wykonawców zdolnych do realizacji niniejszego zamówienia jest rynkiem profesjonalistów, od których Zamawiający ma prawo żądać wysokich kwalifikacji i doświadczenia, a tym samym należytej staranności w wykonywaniu zamówienia i przede wszystkim zrozumienia przedmiotu zamówienia oraz dobrania odpowiedniej technologii wykonywania prac opisanych w OPZ.

Sam Odwołujący wskazał, w oparciu o swoje dotychczasowe doświadczenia przy wykonywaniu tego rodzaju prac, m.in. podczas realizacji na rzecz Zamawiającego innego zamówienia publicznego, tj. zadania inwestycyjnego pn. „*Rozbudowa obrotnicy nr 2 w Porcie [REDACTED]*”, obejmującego m.in. oczyszczenie dna akwenu morskiego przed przystąpieniem do robót czerpalnych, gdzie w dokumentach przetargowych oszacowano ilość miejsc występowania anomalii magnetycznych na około 1173 punkty ferromagnetyczne (na podstawie raportu załączonego do SWZ), że w trakcie realizacji zadania okazało się, iż faktyczna zalegająca w dnie ilość obiektów i zakłócenia pochodzące od infrastruktury portowej, praktycznie uniemożliwiają ustalenie lokalizacji punktów ferromagnetycznych na znacznej części akwenu, nadto – iż badanie ferromagnetyczne załączone do SIWZ w ogóle

nie odzwierciedlało istniejącego stanu rzeczy (zaleganie w dniu wielokrotnie wyższej ilość obiektów ferromagnetycznych, co spowodowało konieczność zmiany metodologii wykonania prac i poniesienie przez faktycznego wykonawcę tych prac kosztów ich wykonania, których nie mógł on uwzględnić w sporządzonej wycenie, a które nie zostały pokryte przez Zamawiającego powołującego się na ryczałtową konstrukcję wynagrodzenia).

Dlatego też należy uznać za słuszne stanowisko Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, że to wykonawca powinien skalkulować koszt wykonania koniecznych prac związanych z oczyszczaniem dna akwenu w sposób zapewniający bezpieczeństwo prowadzonych robót i tym samym do oszacowania wszelkich ryzyk z tym związanych, tak aby rzeczywiście zapewnić bezpieczeństwo wykonywanych robót czerpalnych. To wykonawca, w miarę realizacji badania, może ocenić właściwą metodologię, w tym m.in. zastosowania odpowiedniego progu pomiarowego - wskaźnika wartości sygnału gradientowego. Raport załączony do SWZ ma na celu jedynie umożliwić wykonawcy oszacowanie kosztów związanych ze sprawdzeniem akwenu i wydobyciem obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych. Nie jest to raport, który dokładnie opisuje zakres prac związanych z oczyszczaniem akwenu, gdyż jak zgodnie przyznał Odwołujący i Zamawiający, przeprowadzone badania nie pozwalają na dokonanie na tej podstawie pełnej oceny dna akwenu, gdyż będzie to możliwe przy zastosowaniu odpowiednich metod badania, do przyjęcia których jest zobowiązany wykonawca robót.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę w szczególności specyfikę i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia nie można uznać, że Zamawiający nie dochował obowiązku, wynikającego z art. 99 ust. 1 Pzp, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Jak zauważył sam Odwołujący, wykonanie badań ferrometrycznych nie gwarantuje 100% pewności co do rozmieszczenia obiektów w dnie akwenu, z uwagi na fakt, że obiekty te mogą się przemieszczać i ujawniać w miarę prowadzenia robót. Zatem, przyjęcie wyników badań przeprowadzonych na zlecenie Zamawiającego, nie gwarantowałoby w żadnej mierze, że wykonawca mógłby na ich podstawie w sposób w pełni bezpieczny prowadzić roboty pogłębiarskie i czerpalno-refulacyjne.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przepisu art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit. c tiret pierwsze SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował podczas realizacji zamówienia 1 osobą na stanowisku Kierownika Budowy, m.in. legitymującą się co najmniej 10 letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpalno -

refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy co najmniej 2 projektach (kontraktach) realizowanych w ostatnich 10 latach (przed terminem składania ofert) polegających na wykonaniu prac czerpalnych na akwenach morskich o głębokości minimum – 10,0 m o kubaturze robót czerpalnych minimum 1 000 000 m³ (przy czym, jak wynika z Załącznika nr 8 do SWZ, warunek ten należy odnosić do każdego z projektów).

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

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

Jak wynika z treści przedmiotowego warunku, Zamawiający wymaga skierowania do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika budowy - osoby, która posiada m.in. 10-letnie doświadczenie zawodowe przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально-refulacyjnych na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. Zamawiający wymaga przedłożenia *Wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług oraz kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; wzór wykazu osób stanowi Załącznik nr 8 do SWZ.*

W ocenie Izby, nieuzasadnione i nadmierne, a tym samym nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia jest żądanie, aby osoba skierowana na stanowisko kierownika budowy legitymowała się 10 - letnim doświadczeniem zawodowym przy pracach pogłębiarskich i/lub czerpально – refulacyjnych. W powyższym zakresie Zamawiający nie wykazał, że 10 letnie doświadczenie kierownika budowy jest niezbędne dla potwierdzenia, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia będzie dysponował odpowiednio wykwalifikowaną kadrą.

Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone przez zamawiających na poziomie minimalnym, gwarantującym zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia.

Jak słusznie wskazywał w uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący, długość praktyki zawodowej jest tylko jednym z elementów treści tego warunku, zaś podstawową przesłanką do oceny, iż osoba przewidziana do pełnienia tej funkcji spełnia określone kwalifikacje podmiotowe jest doświadczenie w charakterze kierownika budowy lub kierownika robót przy projektach o określonych parametrach.

Zamawiający nie wykazał, że sama długość okresu doświadczenia przy projektach, które mogą mieć różny zakres, który nie będzie w żaden sposób oceniany przez Zamawiającego, posiada znaczenie niezbędne i ma istotny związek z charakterem i stopniem skomplikowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym, że ma kluczowe znaczenie dla wykazania zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia lub dla wykonania tego zamówienia na określonym przez Zamawiającego poziomie jakości.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, że okres 10-letniego doświadczenia kierownika budowy w kierowaniu dowolnymi robotami czepalnymi ma wymierne przełożenie na warunki realizacji tego zamówienia, w tym na fakt, że prace realizowane będą w trakcie normalnego funkcjonowania portu/w czynnym porcie, z ruchem statków i przeładunkami, w zmiennych warunkach pogodowych obejmujących wszystkie pory roku. Zamawiający podkreślał jedynie, że zależy mu, aby kierownik budowy miał „bardzo duże doświadczenie” w realizacji podobnych prac. Tymczasem warunek w żaden sposób nie referuje do wskazanego powyżej charakteru prac. W ocenie Izby, skrócenie okresu ogólnego doświadczenia osoby dedykowanej na stanowisko kierownika budowy, przy zachowaniu pozostałych kryteriów doświadczenia tej osoby, będzie warunkiem adekwatnym w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit d tiret pierwsze i trzecie SWZ, w sposób wadliwy i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. wymaganie, ażeby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca wykazał, iż podczas realizacji zamówienia dysponował, m.in. 3 pogłębiarkami ssąco-refulującymi nasiębiernymi o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³ (tired pierwsze) oraz 3 szalandami boczo lub dennokłapowymi samobieźnymi lub w asyście holowników o ładowności łącznej nie mniejszej niż 5 000 m³ (tired trzecie), podczas gdy prawidłowo zredagowany warunek referujący do łącznej ładowności powinien uwzględniać możliwość wykazania jego spełnienia

poprzez dysponowanie „3 (trzema) lub więcej” jednostkami tego rodzaju sprzętu, mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia, z którego wynikają różne lokalizacje miejsc wykonywania robót i możliwość ich prowadzenia w tym samym czasie w różnych miejscach, biorąc przy tym pod uwagę powierzchnię akwenów, na których będą wykonywane prace (około 2 000 000 m²),

- a w konsekwencji Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie naruszenia przepisu art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Zgodnie z warunkami SWZ, Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują urządzeniami technicznymi, tj. sprzętem pływającym do wykonania zakresu robót, posiadającym dokumenty dopuszczające do żeglugi klasy morskiej (w rozumieniu przepisów Polskiego Rejestru Statków – żegluga morska i przybrzeżna), według poniższego zestawienia:

- 3 pogłębiarski ssąco – refulujące nasiębierne o ładowności łącznej nie mniejszej niż 15 000 m³;
- 3 pogłębiarki wieloczerpakowe i/lub chwytakowe i/lub podsiębierne;
- 3 szalandy boczno lub dennoklapowe samobieżne lub w asyście holowników o ładowności łącznej nie mniejszej niż 5 000 m³.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie sprzęt, jakim dysponuje wykonawca determinuje sposób realizacji zamówienia. W okolicznościach tej sprawy, ze względu na specyfikę, zakres i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia, Zamawiający może wymagać określonej zdolności technicznej wykonawcy, a tym samym określonego sposobu realizacji zamówienia. Z uwagi na powyższe, nie sposób przyjąć, że określony przez Zamawiającego warunek zdolności technicznej jest oderwany od warunków realizacji zamówienia. Zastosowanie urządzeń technicznych o mniejszej ładowności w praktycznie nieokreślonej liczbie większej niż 3, jak wnosi Odwołujący, może spowodować istotne zakłócenia w normalnym funkcjonowaniu portu. Podkreślić należy, że prace będą realizowane w trakcie normalnej aktywności w porcie. W tym zakresie stanowisko Zamawiającego jest w pełni uzasadnione.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że określenie wielkości pogłębiarek i szaland determinuje użycie pozostałego sprzętu o określonej ładowności. Zamawiający w tym postępowaniu z uwagi na zakres i warunki realizacji zamówienia słusznie oczekuje realizacji zamówienia przez wykonawcę posiadającego duży potencjał techniczny, zapewniający sprawną i efektywną pracę, uwzględniając krótki czas realizacji. Podkreślić należy, że prace prowadzone będą w różnych warunkach pogodowych obejmujących wszystkie pory roku, a duże jednostki pracują sprawniej w trudnych warunkach związanych z wiatrem i falowaniem oraz posiadają dopuszczenia do pracy w gorszych warunkach pogodowych niż ma to

miejsce w przypadku mniejszych jednostek. Zastosowanie mniejszych jednostek do realizacji zamówienia może w tych warunkach wiązać się także z ryzykiem niedochowania terminu wykonania zamówienia, co ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego, którego to faktu Odwołujący również nie kwestionował.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż fakt, czy wykonawca będzie dysponował trzema (3) czy też np. sześcioma (6) jednostkami odpowiedniego sprzętu pływającego, spełniającymi parametr łącznej ładowności, pozostaje bez znaczenia dla zapewnienia możliwości należytego, w tym terminowego wykonania zamówienia.

Z powyższych względów, warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 2 ppkt 4 lit d tiret pierwsze i trzecie SWZ nie narusza regulacji wynikających z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 Pzp.

Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c., art. 483 § 1 i art. 484 k.c. (względnie art. 5 k.c.), a ponadto naruszenia art. 16, art. 99 ust.1 i art. 433 Pzp, poprzez:

- (a) wprowadzenie w projektowanych zapisach umowy (m.in. w § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy) reguł odpowiedzialności wykonawcy (kary umowne za opóźnienie), które nie zostały precyzyjnie zdefiniowane przez Zamawiającego, a których językowe brzmienie sugeruje odpowiedzialność niezależną od winy wykonawcy, co narusza równowagę kontraktową i zniechęca wykonawców do składania ofert w postępowaniu, a w konsekwencji ogranicza uczciwą konkurencję, nadto - stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisu art. 433 pkt 1 Pzp,
- (b) określenie projektowanych zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego (załącznik nr 11 do SWZ) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z przekroczeniem granicy dopuszczanej swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c., a w szczególności z naruszeniem zakazu sprzeczności treści umowy z ustawą i zasadami współżycia społecznego, w tym również z naruszeniem zakazów wprost wyartykułowanych w bezwzględnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp (klauzule abuzywne z art. 433 Pzp), względnie – określeniu projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego.

Zgodnie z § 14 ust. 1 Projektu Umowy, *Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej w przypadkach:*

1) opóźnienia w wykonaniu całości Przedmiotu Umowy - w wysokości 0,2% (słownie: dwie dziesiąte procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto, o którym mowa w § 11

ust. 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 1 Umowy;

2) opóźnienia w usunięciu wad/usterek/niedoróbek stwierdzonych w okresie Odbioru Końcowego w wysokości 0,1% (słownie: jednej dziesiątej procenta) całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego brutto za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu wyznaczonego na usunięcie wad/usterek/niedoróbek;

3) opóźnienia w przekazaniu terenu budowy, o którym mowa w §4 ust. 5 Umowy w wysokości 15.000 PLN (słownie: piętnastu tysięcy złotych), za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminu określonego w § 3 Umowy;

Zgodnie z § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od Umowy, w tym także prawo częściowego odstąpienia od umowy ze skutkiem na przyszłość, z zachowaniem prawa do odszkodowań i kar umownych określonych Umową w przypadku gdy [...] 5) Wykonawca opóźni zakończenie poszczególnych Robót o więcej niż 14 (słownie: czternaście) dni w stosunku do terminów określonych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Biorąc pod uwagę treść postanowień zawartych w § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz § 23 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy, w zakresie reguł odpowiedzialności wykonawcy - kary umowne za opóźnienie, Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien uszczegółowić zasady odpowiedzialności wykonawcy, w tym okoliczności za które odpowiada wykonawca i przewidzieć procedurę wyjaśnień umożliwiającą wykonawcy ustosunkowanie się do ewentualnych zarzucanych naruszeń obowiązków wynikających z tych postanowień.

Zakładając, że intencją Zamawiającego w warunkach niniejszego zamówienia było rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, poprzez jej oderwanie od przesłanki zawinienia i w konsekwencji przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do domagania się od wykonawcy zapłaty kary umownej (czy też skorzystania z innych uprawnień wierzyciela na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia), odstąpienia od umowy również w tych przypadkach, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, działanie takie uznać należy za naruszające równowagę kontraktową i zasadę proporcjonalności, gdyż nie ma uzasadnionych powodów, aby wykonawca ponosił odpowiedzialność za wszelkie możliwe okoliczności, które spowodować mogą naruszenie postanowień umowy, a których nie da się w sposób racjonalny zidentyfikować przed zawarciem umowy oraz na które wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Podkreślić należy, że przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w projektowanych zapisach umów w sprawie zamówienia publicznego, należy uwzględnić wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej

umowy. Z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w całości podziela pogląd wyrażony w opinii prezentowanej przez Urząd Zamówień Publicznych w raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych (Warszawa, 2018 r.), przytoczony przez Odwołującego w treści odwołania, w szczególności, że *„kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. Zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna”*.

W wyroku z dnia 16.01.2013 r. w sprawie II CSK 331/12, Sąd Najwyższy zauważył, że *„obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, stanowiąc ryczałtowe odszkodowanie za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) zobowiązania, zatem nie powinna być oderwana od przesłanek odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.”* Podobnie Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyroku z dnia 17.06.2016 r. w sprawie IV CSK 674/15 wyjaśniając, że *„Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia w oznaczonym terminie, mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół zatem również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, nie były znane i nie są objęte ryzykiem wykonawcy”*.

Powyższe jest zgodne z dyspozycją art. 433 Pzp, iż projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia,
- naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem,

- odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialności ponosi zamawiający,
- możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W świetle brzmienia powyższego przepisu oraz zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna), a przewidziana w tym przepisie kara umowna jest swego rodzaju odszkodowaniem służącym naprawieniu szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nawet z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Przepis ustawy Pzp wskazuje jednak, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie musi być uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia, a zatem musi być sformułowana w odniesieniu do ściśle określonych okoliczności. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, pojęcie rażącego wygórowania kary umownej należy odnosić do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W ocenie Sądu najbardziej ogólnym kryterium oceny jest *„stosunek pomiędzy wysokością kary umownej, a wartością całego zobowiązania głównego i dopuszczalne jest również przyjęcie jako punktu odniesienia wartości świadczenia spełnionego przez dłużnika z opóźnieniem. Sąd zwrócił również uwagę, że dokonując oceny wysokości kary umownej sąd może brać również pod rozwagę takie elementy jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych, zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych, zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary w określonej wysokości zastrzeżonej kary umownej a godnym ochrony interesem wierzyciela.”*

W ocenie Izby, w warunkach niniejszego postępowania zredagowanie § 14 ust. 1 pkt 1, 2 i 3, a także § 23 ust. 1 pkt 5 projektowanych zapisów umowy, uznać należy za działanie nieproporcjonalne do celu jakiemu miałyby służyć, przede wszystkim jednak jako działanie podjęte wbrew zakazowi wynikającemu z art. 433 pkt 1 Pzp.

Izba, oceniając wysokość kar umownych zastrzeżonych w SWZ w przedmiotowym postępowaniu, wzięła pod uwagę, że zgodnie z § 14 ust. 6 Projektu Umowy została ustalona

przez Zamawiającego maksymalna wysokość kar umownych na poziomie 30% całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 11 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, co znacząco ogranicza kwotowy poziom odpowiedzialności potencjalnego wykonawcy, niewątpliwie na jego korzyść.

Odnosząc się do poszczególnych postanowień umowy, zakwestionowanych przez Odwołującego, jako określonych w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego, Izba wskazuje, co następuje:

§ 14 ust. 1 pkt 3 - w zakresie kary umownej za opóźnienie w przekazaniu budowy-konieczne jest w ocenie Izby doprecyzowanie okoliczności, za które odpowiada wykonawca,

§ 14 ust. 1 pkt 4 - kara umowna powinna się odnosić do wartości zakresu robót, od których Zamawiający odstępuje, a nie do całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

§ 14 ust. 1 pkt 5 – co do kary umownej za nieuzasadnione przerwanie robót powyżej 30 dni – konieczne jest doprecyzowanie, czy przerwa do 30 jest dopuszczalna i w jakich warunkach oraz w konsekwencji czy kara będzie naliczana za każdy dzień powyżej 30 dni lub czy przerwa nieuzasadniona w ogóle jest niedopuszczalna i wówczas kara jest naliczana od pierwszego dnia takiej przerwy,

§ 14 ust. 1 pkt 9 – zobowiązanie do opłacenia składek za ubezpieczenie i przekazanie stosownych dokumentów Zamawiającemu – kara umowna w wysokości 5% wartości umowy, w ocenie Izby, jest nieproporcjonalna do wartości możliwej szkody Zamawiającego, przy czym za karę adekwatną należy uznać karę w konkretnej kwotowej wysokości np. 15 000 zł za każdy dzień niewywiązania się wykonawcy z danego zobowiązania,

§ 14 ust. 1 pkt 10 – w świetle warunków SWZ brak jest podstaw do stwierdzenia, że kara umowna zastrzeżona w tym postanowieniu dotyczy naruszenia zobowiązania do usuwania odpadów i przedkładania informacji o wytwarzanych odpadach oraz o sposobach gospodarowania wytworzonymi odpadami w zakresie niezwiązanym z realizacją przedmiotu zamówienia, jednak za uzasadnione należy uznać sprecyzowanie zdarzeń stanowiących podstawę do naliczenia w/w kary i dostosowanie wysokości kary umownej z tego tytułu odpowiednio do wagi naruszeń,

§ 14 ust. 1 pkt 14 - kara umowna za brak uwzględnienia przez wykonawcę uwag Zamawiającego do przedłożonego przez wykonawcę Harmonogramu rzeczowo – finansowego w terminie 3 dni roboczych od daty ich otrzymania od Zamawiającego, jest nieproporcjonalna biorąc pod uwagę np., że zgodnie z § 21 ust. 3 – Zamawiający ma 7 dni na zatwierdzenie harmonogramu rzeczowo-finansowego, Zamawiający powinien zachować równość stron i przyjąć jako zasadę w powyższym zakresie termin 7 dni,

§ 14 ust. 1 pkt 15 – w zakresie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy – Izba stwierdziła, że dla zachowania

proporcjonalności i równowagi stron uzasadnione jest powiązanie wysokości kary umownej z wysokością wynagrodzenia należnego podwykonawcy, co do zapłaty którego wykonawca się nie wywiązał.

W konsekwencji uwzględnienia odwołania w części zarzutów Izba stwierdziła naruszenie art. 16 Pzp, zgodnie z którym, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny, poprzez sformułowanie dokumentów przetargowych w sposób wadliwy, niewyczerpujący i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, skutkujący z jednej strony wyeliminowaniem z kręgu potencjalnych wykonawców przedsiębiorców, którzy na skutek nieproporcjonalnego określenia warunków udziału w postępowaniu, nie mogą ubiegać się o jego udzielenie, a z drugiej strony na skutek takiego skonstruowania projektowanych zapisów umowy i opisanie przedmiotu zamówienia, które zniechęca wykonawców do złożenia oferty w postępowania i/lub uniemożliwia rzetelną wycenę ryzyk kontraktowych.

Zgodnie art. 554 ust. 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

- 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;
- 2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Stosownie natomiast do dyspozycji art. 554 ust. 6 Pzp, Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Biorąc pod uwagę powyższe, w zakresie zarzutów uwzględnionych Izba nakazała wykonanie przez Zamawiającego czynności, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz na podstawie § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437). Izba uwzględniła w poczet kosztów postępowania kwotę

20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i w wysokości 752,22 zł tytułem dojazdu na posiedzenie oraz koszty poniesione przez Odwołującego w wysokości 135,00 zł tytułem dojazdu na posiedzenie. Izba rozdzieliła koszty na obie strony w wysokości ½ stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....