

Sygn. akt: KIO 83/18

**WYROK**  
**z dnia 30 stycznia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**  
**Członkowie: Katarzyna Brzeska**  
**Przemysław Dzierzędzki**  
  
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2018 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie,**
- 3) **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1, 7 i 18 i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. zmianę postanowień pkt III.1.2 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału V ust. 3 pkt 2 lit. c SIWZ poprzez obniżenie wymaganej kwoty ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do 50 mln złotych;
  - 1.2. zmianę klauzuli 4.10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu w taki sposób, aby znalazło się w niej wyraźne stwierdzenie, że klauzula ta odnosi się do danych

i informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych;

- 1.3. zmianę SIWZ (w tym Rozdziału XX oraz Wykazu płatności) w zakresie wynagrodzenia za wydobycie obiektów ferromagnetycznych w taki sposób, aby nie zawierało się ono w wynagrodzeniu ryczałtowym, ale było ustalane w zależności od liczby i rodzaju wydobytych obiektów;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddała;
3. Kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych i pogłębiarskich w ramach modernizacji toru wodnego Świnoujście - Szczecin do głębokości 12,5 m.*

W dniu 15 stycznia 2018 r Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie wobec:

- opisanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- opisanego warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia),
- opisanego przedmiotu zamówienia oraz treści postanowień umownych,
- opisanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- opisanego kryterium oceny ofert.

### Zarzut nr 1

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1a, 22c ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej opisanego w pkt III.1.2 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdział V ust. 3 pkt 2 lit. c SIWZ w następujący sposób: *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 200 mln złotych (równowartość tej kwoty).*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający stawiając wymóg posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia OC w wysokości 200.000.000 PLN naruszył zasadę proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu. Najprawdopodobniej jest to efektem błędnego przekonania, że warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, w postaci ubezpieczenia OC prowadzonej przez niego działalności, ma na celu ubezpieczenie przedmiotowego zamówienia. Tymczasem dopuszczony przez ustawodawcę wymóg posiadania ubezpieczenia OC, ma na celu pokazanie tego, że wykonawca jest profesjonalistą w swojej dziedzinie, który to profesjonalizm przejawia się tym, że posiada on ubezpieczenie o charakterze ogólnym

prowadzonej przez siebie działalności, a przez to staje się podmiotem wiarygodnym. Obowiązkiem Zamawiającego w kontekście wymaganej sumy ubezpieczenia, jaką ma się wykazać wykonawca, powinno być przede wszystkim zrobienie rozeznania rynku w zakresie tego, na jaką sumę ubezpieczenia zawierane się umowy ubezpieczenia firm budowlanych, jeżeli idzie o ubezpieczenie ogólne OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Według informacji posiadanych przez Odwołującego te sumy ubezpieczenia opiewają na kwotę od kilku do kilkudziesięciu milionów złotych. Żądanie zatem obowiązku wykazania się ubezpieczeniem OC na kwotę min. 200.000.000 PLN jest żądaniem wygórowanym. Tak postawiony wymóg został bowiem dokonany w oderwaniu od funkcjonujących na rynku ubezpieczeń właściwym dla firm budowlanych instrumentów ubezpieczeniowych. Jeżeli Zamawiający oczekuje ubezpieczenia dedykowanego pod to zamówienie, to służą temu inne instrumenty ubezpieczeniowe takie jak np. ubezpieczenia CAR. Pozostawienie tego wymogu może wyeliminować z udziału w tym przetargu największe polskie firmy budowlane, lub też będzie zmuszało wykonawców do „sztucznego” doubezpieczenia się tylko na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej następujący sposób: *posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 50 mln złotych (równowartość tej kwoty).*

#### Zarzut nr 2

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie sformułowania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (w odniesieniu do Specjalisty nr 1 – Przedstawiciela Wykonawcy opisanego w pkt III.1.3 ppkt 2 tiret pierwsze ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 3 pkt 3 lit. b tiret pierwsze SIWZ, w następujący sposób:

*Specjalista nr 1 – Przedstawiciel Wykonawcy posiadający następujące wykształcenie i doświadczenie:*

*(i) wykształcenie wyższe,*

*(ii) udział w ostatnich 10 latach w co najmniej dwóch zakończonych kontraktach zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych (np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania), na stanowisku przedstawiciela Wykonawcy lub równoważnym (tj. jako osoba zarządzająca kontraktem w Imieniu Wykonawcy), w tym w jednym związanym z budową lub przebudową obiektu budowlanego o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln złotych*

*(równowartość tej kwoty) brutto oraz jednym, związanym z budową lub przebudową morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót co najmniej 40 mln złotych (równowartość tej kwoty) brutto.*

Odwołujący podniósł, że za naruszenie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu należy uznać wymóg tego, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy posiadała doświadczenie w zarządzaniu kontraktem związanym z budową lub przebudową morskiej budowli hydrotechnicznej. Przedstawiciel Wykonawcy to nie jest osoba, która wykonuje samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, tylko osoba, której rola sprowadza się do pełnienia funkcji menadżera od strony wykonawcy konkretnego przedsięwzięcia budowlanego. Jego doświadczenie powinno się zatem odnosić generalnie do zarządzania kontraktami budowlanymi jako Przedstawiciel Wykonawcy lub na stanowisku równoważnym. Dlatego też za zasadne należy uznać wymóg odnoszący się do doświadczenia w zakresie zarządzania kontraktem związanym z przebudową lub budową obiektu budowlanego, o określonej wartości, ale bez konkretyzowania tego doświadczenia do robót z określonej branży. Jeżeli jednak Zamawiający chce weryfikować to doświadczenie w kontekście robót hydrotechnicznych, z uwagi na to, że przedmiot zamówienia dotyczy robót hydrotechnicznych to w takim wypadku za wystarczające należy uznać doświadczenia w zarządzaniu kontraktem, którego przedmiotem było budowa lub przebudowa budowli hydrotechnicznej, bez ograniczenia tylko do budowli hydrotechnicznej morskiej. Istotne jest bowiem to, że roboty wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia będą wykonywane na torze wodnym Szczecin - Świnoujście. Roboty nie będą prowadzone na otwartym morzu. Tym samym doświadczenie w odnoszące się do morskich budowli hydrotechnicznych miałyby znaczenie, jeżeli roboty prowadzone byłyby na morzu terytorialnym (morzu otwartym), a nie na obszarach, które co najwyżej są morskimi obszarami wewnętrznymi. Specyfika wykonywania robót hydrotechnicznych na morzu otwartym jest rzeczywiście inna niż na obszarach wewnętrznych. Wiele bowiem morskich obiektów hydrotechnicznych na obszarach wewnętrznych jest wykonywana w tej samej technologii co obiekty hydrotechniczne, ale niebędące morskimi.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z definicją budowli hydrotechnicznej znajdującą się w § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 86, poz. 579), przez budowlę hydrotechniczną należy rozumieć budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym m.in. porty, pomosty, nabrzeża, bulwary, falochrony. Z kolei stosownie do definicji morskiej budowli hydrotechnicznej, znajdującej się w § 2 pkt 6 rozporządzeniu Ministra Transportu

i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 101, poz. 645), ustawodawca wskazał, że przez morską budowlę hydrotechniczną rozumie się budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną na a) morzu terytorialnym, b) na morskich wodach wewnętrznych, c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego, d) w portach i przystaniach morskich, która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełnienia przeznaczonej funkcji stanowi całość techniczno-użytkową. Do takich budowli morskich stosownie do § 2 pkt 8 i 13 przywołanego powyżej rozporządzenia zalicza się np. odpowiednio falochron i nabrzeże, czyli takie same budowle jak budowle hydrotechniczne, ale niebędące budowlami morskimi. Rozróżnienie tych budowli ogranicza się w zasadzie tylko do obszaru. Co więcej, w definicji morskiej budowli hydrotechnicznej jest mowa również o tym, że do takich budowli zalicza się budowle, które powstają na lądzie (§ 2 pkt 6 lit. c rozporządzenia).

Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający wskazuje na morskie budowle hydrotechniczne, do których mogą się również zaliczać budowle powstające na lądzie, to widać, że nie ma dla niego aż takiego znaczenia to, żeby były to rzeczywiście morskie budowle hydrotechniczne, z którymi wiążą się rzeczywiście dodatkowe czynności i ryzyka, czyli morskie budowle hydrotechniczne, ale na morzu terytorialnym. Taki wymóg, który ograniczałby się tylko do takich budowli byłby oczywiście nieuzasadniony z uwagi na to, że roboty w przedmiotowym zamówieniu nie będą wykonywane na morzu terytorialnym. Morskie budowle hydrotechniczne, które nie są wykonywane na morzu terytorialnym nie różnią się w sposób istotny od budowli hydrotechnicznych, które nie są budowlami morskimi jeżeli idzie o sposób ich realizacji (np. nabrzeże, falochron). Budowle te są wykonywane w zasadzie przy użyciu tego samego sprzętu i technologii.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien dopuścić do sprawowania tej funkcji również osoby, które posiadają doświadczenie jako Dyrektor Kontraktu lub Zastępca Dyrektora Kontraktu, jak również osoby, które pełniły funkcję Kierownika Kontraktu. Zastępca Dyrektora Kontraktu to osoba, która również zarządza i administruje Kontraktem i bardzo często wykonuje tak naprawdę zdecydowaną większość czynności. Kierownik Kontraktu z kolei występuje często zamiennie z funkcją Przedstawiciela Wykonawcy, gdyż Przedstawiciel Wykonawcy to funkcja definiowana umownie i w różnych Kontraktach, również w tych realizowanych na podstawie Warunków Kontraktowych FIDIC, może występować zamiennie i jest bardzo często spotykana.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku w następujący sposób:

*Specjalista nr 1 – Przedstawiciel Wykonawcy posiadający następujące wykształcenie i doświadczenie:*

- (i) wykształcenie wyższe,*
- (ii) udział w ostatnich 10 latach w co najmniej dwóch zakończonych kontraktach zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych (np. UAV, U A V-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania), na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy, lub Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu, Kierownika Kontraktu lub równoważnym (tj. jako osoba zarządzająca kontraktem w imieniu Wykonawcy), w tym w jednym związanym z budową lub przebudową obiektu budowlanego o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln złotych (równowartość tej kwoty) brutto oraz jednym, związanym z budową lub przebudową budowli hydrotechnicznej o wartości robót co najmniej 40 mln złotych (równowartość tej kwoty) brutto.*

### Zarzut nr 3

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (w odniesieniu do Specjalisty nr 2 – Kierownika budowy opisanego w pkt III.1.3 ppkt 2 tiret drugie ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 3 pkt 3 lit. b tiret drugie SIWZ, w następujący sposób:

*Specjalista nr 2 – Kierownik budowy posiadający następujące wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie:*

- (i) wykształcenie wyższe w zakresie budownictwa,*
- (ii) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami hydrotechnicznymi lub równoważne,*
- (iii) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy lub robót, w tym przynajmniej 5 lat w branży hydrotechnicznej morskiej,*
- (iv) udział w co najmniej jednym kontrakcie realizowanym według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych (np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót.*

Odwołujący zakwestionował wymóg 5-letniego doświadczenia odnoszący się tylko do branży hydrotechnicznej morskiej. Podniósł, że ograniczenie powinno się odnosić co najwyżej do doświadczenia 5 lat, ale w branży ogólnie hydrotechnicznej i podtrzymał w tym

zakresie argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu nr 2. Dodatkowo wskazał, że w art. 14 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Prawo budowlane jest mowa o specjalności w jakiej wydawane są uprawnienia budowlane, tj. specjalności inżynierskiej – hydrotechnicznej. Ustawodawca nie czyni zatem rozróżnienia na specjalność inżynierską hydrotechniczną morską i pozostałą hydrotechniczną. Również w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r. poz. 1278) nie ma rozróżnienia na specjalność inżynierską hydrotechniczną morską i hydrotechniczną pozostałą. Zgodnie bowiem z § 13 ust. 10 tego rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi w zakresie morskich budowli hydrotechnicznych oraz budowli hydrotechnicznych tymczasowych i stałych, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, oraz przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie. Ustawodawca uznaje zatem, że osoba która posiada takie uprawnienia jest uprawniona do sprawowania tej funkcji zarówno przy budowie budowli hydrotechnicznych morskich, jak pozostałych budowli hydrotechnicznych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że nieproporcjonalne i naruszające przepisy ustawy Pzp są wymogi odnoszące się do doświadczenia, jakim ma się wykazać osoba desygnowana do pełnienia funkcji kierownika budowy w zakresie sprawowania funkcji kierownika budowy na kontraktach realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC lub równoważne. Warunki kontraktowe FIDIC to powszechnie uznane międzynarodowe standardy tj. wzorce kontraktowe umów o prace projektowe lub roboty budowlane – opracowywane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC. Opisują one przebieg inwestycji budowlanych opartych na wzajemnych obowiązkach i relacjach zamawiającego jako inwestora, wykonawcy jako realizującego budowę oraz inżyniera kontraktu jako administratora przedsięwzięcia. Do wzajemnych stosunków stron oraz zobowiązań zamawiającego i wykonawcy jest dopuszczalne i zgodne z polskimi przepisami prawa stosowanie zasady swobody zawierania umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego. Zatem strony mogą wykorzystać warunki kontraktowe FIDIC przy zawieraniu umów w sprawie zamówień publicznych, przy czym granice swobody kontraktowej wyznaczają przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego. Na konieczność stosowania przepisów krajowych wskazują zresztą bezpośrednio postanowienia klauzuli 1.4 warunków ogólnych FIDIC.

Zdaniem Odwołującego opisując warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający powinien mieć na względzie, że w pierwszej kolejności prawem



właściwym jest prawo polskie. W rozpatrywanym postępowaniu należało więc wymagać doświadczenia w zakresie budowy budowli hydrotechnicznych, bez względu na to czy wykazane kontrakty realizowane były według procedur FIDIC czy też według innych procedur. Tym samym doświadczenia zdobytego przy pełnieniu funkcji kierownika budowy dla inwestycji takiej, jakiej oczekuje Zamawiający, nie należy kwestionować z uwagi na brak możliwości wykazania przez kierownika budowy realizacji w oparciu o warunki kontraktu FIDIC.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku w następujący sposób:

*Specjalista nr 2 – Kierownik budowy posiadający następujące wykształcenie, kwalifikacje i doświadczenie:*

- (i) wykształcenie wyższe w zakresie budownictwa,*
- (ii) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami hydrotechnicznymi lub równoważne,*
- (iii) co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy lub robót, w tym przynajmniej 5 lat w branży hydrotechnicznej.*

#### Zarzuty nr 4 i 5

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od:

- Specjalisty nr 3 i nr 4 – Kierownika robót hydrotechnicznych i pogłębiarskich nr 1 i nr 2 (pkt III.1.3 ppkt 2 tiret trzecie i czwarte ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział V ust. 3 pkt 3 lit. b tiret trzecie i czwarte SIWZ)
- Specjalisty nr 5 i nr 6 – Projektant w branży hydrotechnicznej nr 1 i nr 2 (pkt III.1.3 ppkt 2 tiret piąte i szóste ogłoszenia o zamówieniu, Rozdział V ust. 3 pkt 3 lit. b tiret piąte i szóste SIWZ)

doświadczenia zawodowego w branży hydrotechnicznej morskiej.

Odwołujący podtrzymał w tym zakresie argumentację zaprezentowaną przy zarzutach dotyczących Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika budowy oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji polegającej na żądaniu od ww. specjalistów doświadczenia zawodowego w branży hydrotechnicznej, bez ograniczenia do branży hydrotechnicznej morskiej.

#### Zarzut nr 6

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dodanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu, klauzuli 4.1.2 Działania Wykonawcy o treści:

##### *4.1.2 Działania Wykonawcy*

*Wykonawca w Czasie na Wykonanie zaprojektuje, zrealizuje i ukończy Roboty, a w Okresie Zgłaszania Wad usunie wszelkie wady. Wykonawca zapewni całe kierownictwo, siłę roboczą, Urządzenia, Materiały, Sprzęt Wykonawcy, Roboty Tymczasowe i wszystko inne, zarówno o charakterze tymczasowym jak i stałym, które pozostają niezbędne do realizacji, ukończenia oraz usunięcia usterek. Wykonawca oświadcza, iż będzie prowadził Roboty w sposób zgodny z wszelkimi wydanymi dla nich decyzjami administracyjnymi. W zakresie opisanym w zdaniu poprzednim Wykonawca zobowiązuje się przejąć wszelkie zobowiązania, zabezpieczyć i/lub zwolnić z odpowiedzialności Zamawiającego.*

Odwołujący podniósł, że ostatnie zdanie przytoczonej wyżej klauzuli przerzuca na wykonawcę całe ryzyko kontraktowe, jakie wiąże się z wykonywaniem robót zgodnie z decyzjami administracyjnymi, na które wykonawca niekoniecznie ma jakikolwiek wpływ. Ponadto niektóre decyzje administracyjne będą przekazywane przez Zamawiającego, np. decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach. Decyzje są wydawane przez odpowiednie organy, na które wykonawca nie ma wpływu i tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za treść tych decyzji. Tegu typu ryzyko jest trudne do oszacowania, a tym samym takie postanowienia kontraktowe winny być usunięte.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z klauzuli 4.1.2 fragmentu o treści: *W zakresie opisanym w zdaniu poprzednim Wykonawca zobowiązuje się przejąć wszelkie zobowiązania, zabezpieczyć i/lub zwolnić z odpowiedzialności Zamawiającego.*

#### Zarzut nr 7

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dodanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu klauzuli 4.10.1 Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy o treści:

*Zamawiający oświadcza, że udostępnił Wykonawcy do Daty Rozpoczęcia wszystkie odnośne dane znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, a dotyczące warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy, ze*

*szczególnym uwzględnieniem aspektu wpływu Robót na środowisko naturalne. Podobnie, Zamawiający będzie udostępniał Wykonawcy wszystkie takie dane, przechodzące w posiadanie Zamawiającego po Dacie Rozpoczęcia. Wykonawca będzie odpowiedzialny za interpretację wszystkich takich danych. Będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził Teren Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed podpisaniem Kontraktu uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich):*

*a) kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturą techniczną (...).*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający próbuje przerzucić na Wykonawcę całą odpowiedzialność za Teren Budowy, nawet w zakresie okoliczności, co do których wykonawca nie jest w stanie uzyskać informacji czy to z dokumentów przekazanych przez Zamawiającego, czy z dokumentów powszechnie dostępnych. Tego typu postanowienie może odnosić skutek tylko i wyłącznie w kontekście informacji znajdujących się w przekazanych przez Zamawiającego informacji, ewentualnie informacji, które są powszechnie dostępne. W przeciwnym razie wykonawca bierze na siebie nieograniczoną odpowiedzialność za to co może spotkać na Terenie Budowy np. kontekście ukształtowania Terenu Budowy, geologii czy też niezinventaryzowanej infrastruktury podziemnej. Istotne jest również to, że Zamawiający nie przewidział w ogóle wizji lokalnej Terenu Budowy, polegającej na szczegółowym opłynięciu Terenu Budowy i tym samym umożliwieniu wykonawcom zaznajomienia się z tym nim. Ryzyko takie jest niemożliwe do oszacowania, w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę zakres przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 4.10.1 w taki sposób, aby znalazło się w niej wyraźne stwierdzenie, że klauzula ta odnosi się do danych i informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych.

#### Zarzut nr 8

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dodanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu klauzuli 4.23 Działania Wykonawcy na Terenie Budowy o treści:

*Jeżeli niezbędne będzie uzyskanie przez Wykonawcę dostępu do terenu przyległego do Terenu Budowy (gruntu/posesji/budynku itp.), Wykonawca uzyska najpierw zgodę właściciela, dysponenta lub użytkownika takiego terenu i zwolni Zamawiającego z odpowiedzialności z tytułu wszelkich roszczeń, szkód, strat i wydatków wynikających lub będących konsekwencją dostępu lub działań Wykonawcy prowadzonych na tym terenie.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę całe ryzyko związane z uzyskaniem zgody od podmiotów trzecich, na które to podmioty nie ma żadnego wpływu. Ponadto ma zwolnić Zamawiającego ze wszelkich roszczeń z tym związanych. Oznacza to, że wykonawca będzie musiał np. w ramach wynagrodzenia płacić podmiotowi za korzystanie z jego nieruchomości, albowiem nie będzie innej możliwości należytej realizacji umowy, przy czym kwota takiego odpłatnego korzystania jest niemożliwa do przewidzenia z uwagi na to, że to właściciel nieruchomości będzie dyktował te warunki. Nietrudno sobie również wyobrazić sytuację, w której w wyniku zajęcia jakiejś nieruchomości na cele budowlane straci ona dla właściciela wartość z uwagi na odpadnięcie celu jej przeznaczenia, i będzie się on domagał z tego tytułu odszkodowania, które w kontekście klauzuli o takiej treści będzie musiał ponosić wykonawca. Ryzyko to jest również nie do przewidzenia na etapie tworzenia oferty. Ponadto należy pamiętać, że to Zamawiający jest inwestorem, a wykonawca ma tylko wykonać umowę, a nie ponosić wszelkie koszty i wykonywać wszelkie czynności, które powinny co do zasady obciążać inwestora.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 4.23 poprzez usunięcie dopisanego fragmentu o treści: *Jeżeli niezbędne będzie uzyskanie przez Wykonawcę dostępu do terenu przyległego do Terenu Budowy (gruntu/posesji/budynku itp.), Wykonawca uzyska najpierw zgodę właściciela, dysponenta lub użytkownika takiego terenu i zwolni Zamawiającego z odpowiedzialności z tytułu wszelkich roszczeń, szkód, strat i wydatków wynikających lub będących konsekwencją dostępu lub działań Wykonawcy prowadzonych na tym terenie.*

#### Zarzut nr 9

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dodanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu klauzuli 4.24 *Wykopaliska, zgodnie z którą w ramach nadzoru archeologicznego nad pracami wykonawca m.in. zobowiązany jest w przypadku obiektów zabytkowych o masie do 500 kg wydobycia tych obiektów, złożenia ich w miejscu wskazanym przez Zamawiającego i doraźnego zabezpieczenia do czasu ustalenia trybu dalszego postępowania.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w nieuzasadniony sposób przerzuca na wykonawcę całe ryzyko związane z wydobywaniem obiektów zabytkowych, których masa nie przekracza 500 kg. Wykonawcy nie przysługują bowiem żadne dodatkowe koszty z tym związane. Gdyby wykonawca był uprawniony do dodatkowych kosztów związanych z wydobywaniem, to taki zapis znalazłby się w treści tej klauzuli. Zamawiający uczynił taki zapis przy obiektach zabytkowych o masie powyżej 500 kg. Intencja Zamawiającego jest zatem dość jasna, że koszty wydobywania obiektów zabytkowych będą zwracane tylko w przypadku obiektów zabytkowych powyżej 500 kg. W stosunku do obiektów zabytkowych do 500 kg wykonawca nie jest uprawniony do domagania się zwrotu takiego kosztu i ma to przewidzieć w wynagrodzeniu ryczałtowym. Ponadto w przypadku obiektów zabytkowych nie może decydować tylko waga, ale przede wszystkim rodzaj znaleziska, czasami bowiem jeden obiekt ważący np. 100 kg może być – jeżeli chodzi o jego wydobywanie – o wiele bardziej kosztowny niż wydobywanie 10 obiektów o wadze 1000 kg. Ponadto za zasadne należy uznać możliwość doliczenia do kosztów wydobywania tak dla obiektów o wadze do 500 kg i powyżej 500 kg Rozsądnego Zysku. Wykonawca w końcu świadczy dla Zamawiającego w tym zakresie usługę w ramach prowadzonej przez siebie zawodowo działalności, a tym samym winien mieć możliwość doliczenia tego zysku. Oszacowanie ryzyka związanego z takim wydobywaniem jest niemożliwe, gdyż wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ilości i jakości tych obiektów, jak również tego, jakie ewentualne koszty mogą się z tym wiązać.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 4.24 w taki sposób, aby uzasadniony koszt zaangażowania dodatkowych zasobów do ich wydobywania miał zastosowanie również w stosunku do obiektów zabytkowych o masie do 500 kg, jak również w taki sposób, aby do Kosztu odnoszącego się do wydobywania obiektów zabytkowych o masie zarówno do 500 kg, jak również powyżej 500 kg, wykonawca mógł doliczyć Rozsądny Zysk.

#### Zarzut nr 10

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zapisanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu, w klauzuli 17.3 Ryzyko Zamawiającego ppkt d o treści: *promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne w Kraju z wyłączeniem takich, które mogą być uznane za spowodowane przez używanie materiałów radioaktywnych lub promieniowania przez Wykonawcę.*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykreślił z pierwotnej treści tej klauzuli pojęcia: „amunicja wojskowa” i „materiały wybuchowe”, co z kolei sprawia, że całe ryzyko z tym związane zostaje przerzucone na wykonawcę, mimo że może on wziąć to ryzyko, ale tylko w zakresie informacji znajdujących się w dokumentach, które ewentualnie opisują amunicję

i materiały wybuchowe, które są do wydobywania (ich ilość/rodzaj/wielkość), ale już nie w zakresie pozostałych, nieopisanych przez Zamawiającego przedmiotów będących amunicją lub materiałami wybuchowymi, które wykonawca może napotkać w trakcie realizacji robót budowlanych, przy czym w SIWZ takiego opisu nie ma. Tym samym ryzyko w zakresie, który wykracza poza opis przedmiotu zamówienia, jest niemożliwe do oszacowania, co znacznie utrudnia przygotowanie oferty cenowej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wykreślił z pierwotnej treści tej klauzuli wynikającej z Warunków Ogólnych Kontrakt pojęcia: „amunicja wojskowa” i „materiały wybuchowe”, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka, które w normalnych warunkach, uwzględniając również Warunki Kontraktowe, na podstawie których zamierza realizować zamówienie obciążają Zamawiającego. Co prawda w zakres tego zamówienia wchodzi również wydobywanie amunicji wojskowej i materiałów wybuchowych, ale ryzyko, jakim może objąć to wykonawca winno się odnosić tylko i wyłącznie do tego, co wykonawca jest w stanie przewidzieć na podstawie dokumentów przekazanych przez Zamawiającego.

Odwołujący powołał się na pkt 2.2.4 PFU (str. 44 i 45), z którego wywodzi, że z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów nie wynika tak naprawdę ilość, rodzaj oraz wielkość amunicji i materiałów wybuchowych, jakie wykonawca może napotkać w trakcie realizacji robót. Tym samym całe ryzyko z tym związane zostaje przerzucone na wykonawcę. Ryzyko to oczywiście jest niemożliwe do oszacowania, a faktyczny koszt z tym związany będzie możliwy tak naprawdę dopiero po zakończeniu Kontraktu. Ponadto dokonana przez Zamawiającego modyfikacja oznacza, że wszelkie utrudnienia i przeszkody w realizacji robót z tym związane nie będą uprawniały wykonawcy do tego, aby np. rościć sobie o Przedłużenie Czasu na Ukończenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 17.3 ppkt d poprzez dopisanie amunicji wojskowej oraz materiałów wybuchowych.

#### Zarzut nr 11

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zapisanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu, w klauzuli 19.1 Siła Wyższa w drugim akapicie podpunktu iv o treści: *promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne z wyłączeniem takich, które mogą być uznane za spowodowane przez używanie materiałów radioaktywnych lub promieniowania przez Wykonawcę.*

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podtrzymał w całości argumentację przedstawioną w zakresie zarzutu nr 10.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 19.1 poprzez dopisanie w ppkt iv również amunicji wojskowej oraz materiałów wybuchowych.

#### Zarzut nr 12

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 151 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w klauzuli 4.2 Zabezpieczenie Wykonania następujących postanowień:

*Skreśla się czwarty akapit i zastępuje następująco: Zamawiający ma prawo zaspokojenia z Zabezpieczenia Wykonania wszelkich roszczeń odszkodowań, kosztów i wydatków, do których Zamawiający może stać się uprawniony na podstawie niniejszego Kontraktu lub przepisów Prawa, w tym również zobowiązań określonych w klauzuli 4.4 [Podwykonawcy].*

*Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w następujący sposób:*

- a) 70% wartości Zabezpieczenia Wykonania w terminie 30 dni od daty wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu, tj. od daty przekazania Zamawiającemu Pozwolenia na Użytkowanie,*
- b) 30% wartości Zabezpieczenia Wykonania nie później niż w terminie 15 dni od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad.*

Odwołujący podniósł, że zestawienie powyższych postanowień wskazuje na to, że zarówno z pełnej kwoty zabezpieczenia, jak również z pozostawionych 30% pełnej kwoty zabezpieczenia, Zamawiający przyznaje sobie prawo do zaspokojenia wszelkich roszczeń, odszkodowań, kosztów i wydatków, mimo że z przepisu art. 151 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że kwota stanowiąca maksymalnie 30% zabezpieczenia, jaką Zamawiający może pozostawić, odnosi się do zabezpieczenia tylko i wyłącznie roszczeń związanych z rękojmią za wady. W pełnym zakresie (wszelkich roszczeń) Zamawiający może się zaspokoić, ale tylko w czasie obowiązywania zabezpieczenia w okresie realizacji Kontraktu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 4.2 poprzez dodanie w niej zdania, że z 30% pozostawionej wartości zabezpieczenia, Zamawiający będzie mógł zaspokoić tylko ewentualne roszczenia związane z rękojmią za wady.

#### Zarzut nr 13

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w Rozdziale XXI ust. 3 pkt 3 SIWZ w ramach kryterium oceny ofert kryterium Doświadczenia zawodowego Specjalisty nr 1 – Przedstawiciela Wykonawcy (D) polegającą na ocenie doświadczenia, które ogranicza się tylko do morskich budowli hydrotechnicznych, jak również bez możliwości wykazania się doświadczeniem jako Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Kierownik Kontraktu.

Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu nr 2 i wskazał, że skoro zatem doświadczenie w kwestii spełnienia minimalnego warunku udziału w postępowaniu opisane przez Zamawiającego jest wygórowane, to również ewentualna punktacja w ramach kryterium oceny ofert winna być dostosowana do minimalnych wymogów skorygowanych zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kryterium oceny ofert w taki sposób, aby punktowane było doświadczenie bez ograniczania tego doświadczenia tylko do morskich budowli hydrotechnicznych, jak również, aby punktowane było również doświadczenie w pełnieniu funkcji Zastępcy Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Kontraktu.

#### Zarzut nr 14 i 15

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu art. 150 ust. 2 oraz 3-6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez:

- ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10%,
- brak wprowadzenia przez Zamawiającego możliwości ustanowienia zabezpieczenia poprzez potrącanie z należności za częściowe wykonanie robót budowlanych lub usług.

Odwołujący podniósł, że powyższe – biorąc pod uwagę, że wartość kontraktu wynosi ponad 1 mld zł – ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy na 5% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej oraz umożliwienia utworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez potrącanie z należności za częściowo wykonane roboty lub usługi, zgodnie z przepisem art. 150 ust. 3-6 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 16

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 151 a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wprowadzenia możliwości udzielenia zaliczki.

Odwołujący podniósł, że co prawda przepis art. 151a ust. 1 ustawy Pzp daje Zamawiającemu prawo udzielenia takiej zaliczki, to jednak przy tak dużej wartości kontraktu, to przyznane Zamawiającemu prawo powinno być – przy uwzględnieniu art. 7 ust. 1 ustawy – traktowane jako jego obowiązek. Niewątpliwie możliwość udzielenia zaliczki przyczyniłaby się w dość znaczny sposób do zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu, jak również wpłynęłoby na atrakcyjność zaoferowanych cen, udzielenie zaliczki powoduje bowiem, że wykonawcy w mniejszym stopniu muszą przy finansowaniu realizacji inwestycji korzystać z finansowania zewnętrznego (kredytów).



Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia możliwości udzielenia zaliczki w wysokości do 10% Zatwierdzonej Ceny Kontraktowej w rozbiciu: prace projektowe do 30% zaliczki, a pozostała kwota na wykonanie robót budowlanych.

#### Zarzut nr 17

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w Załączniku nr 1 do oferty Minimalnej Kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności w wysokości 10.000.000 PLN.

Zdaniem Odwołującego tak wysoka kwota, po przerobieniu której wykonawca może ubiegać o płatność częściową, uwzględniając jednocześnie brak przewidzenia przez Zamawiającego możliwości udzielenia zaliczki, powoduje, że konkurencja w tym postępowaniu zostaje znacznie ograniczona. Zmniejszenie Minimalnej Kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności zwiększy konkurencyjność w postępowaniu, jak również wpłynie niewątpliwie na atrakcyjność ofert, albowiem częstsze płatności powodują to, że wykonawca w mniejszym stopniu musi korzystać z zewnętrznego finansowania (kredytów).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia Minimalnej kwoty Przejściowego Świadczenia Płatności z 10.000.000 PLN do kwoty 5.000.000 PLN.

#### Zarzut nr 18

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na wykonawców całego ryzyka związanego z wydobyciem obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych z obszaru, na którym będą prowadzone Roboty, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, pomimo braku należytego opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie, który pozwalałby takie wynagrodzenie ustalić.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział dla całego Kontraktu rozliczenie ryczałtowe, w ramach którego ma być rozliczone również wydobycie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych (np. materiały wybuchowe, amunicja). Wykonawca ma obowiązek wycenić czynności z tym związane w Wykazie Płatności w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, a co więcej, wynagrodzenie to nie może stanowić więcej aniżeli 20% całości wynagrodzenia. Obrazuje to poniższa tabela z Wykazu Płatności:

III. WYDOBYCIE OBIEKTÓW FERROMAGNETYCZNYCH POTENCJALNIE NIEBEZPIECZNYCH NA TORZE WODNYM ORAZ NA SKARPACH						
III.1	Wydobycie	obiektów	ferromagnetycznych	potencjalnie	Cena	

	niebezpiecznych z toru wodnego Świnoujście-Szczecin, z Kanału Grabowskiego i dalej z podejścia do Nabrzeża Zbożowego, z podejścia do Portu Morskiego Police, ze skarp i pasów bezpieczeństwa oraz pozostałych obszarów prowadzenia Robót	jednostkowa za 1 km
		Cena łączna za 62 km (ryczałt do 20%)
		Razem: ryczałt do 20%

Zdaniem Odwołującego taki wymóg byłby dopuszczalny, gdyby Zamawiający opisał w sposób należyty opisał ilość i rodzaj obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w powyższym zakresie w PFU w pkt 2.2.4: *Uwarunkowania wynikające z wywiadu ferromagnetycznego Załącznikiem do niniejszego PFU jest raport z wywiadu ferromagnetycznego, wykonanego na zlecenie Zamawiającego na wstępnie określonym obszarze Robót. Raport ten jedynie wskazuje miejsca znalezisk posiadających właściwości ferromagnetyczne, ich zagęszczenie oraz wstępnie określa wielkość zaburzenia indukcji lokalnego pola magnetycznego tych znalezisk. Raport nie kwalifikuje znaleziska w sposób rodzajowy, tj. nie określa, czy w danym miejscu mamy do czynienia np. z niewybuchem, czy też z innym przedmiotem, niestanowiącym zagrożenia podczas Robót. Raport z wywiadu ferromagnetycznego należy zatem traktować jedynie pomocniczo. Obowiązkiem Wykonawcy Robót, przed przystąpieniem do ich realizacji, jest zapewnienie skutecznego i kompleksowego oczyszczenia obszaru Robót, umożliwiając tym samym Wykonawcy bezpieczne prowadzenie prac objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca we własnym zakresie ustali szerokość Program Funkcjonalno-Użytkowy „Modernizacja toru wodnego Świnoujście-Szczecin do głębokości 12,5 m” 45 UNIA EUROPEJSKA FUNDUSZ SPÓJNOŚCI ewentualnych pasów bezpieczeństwa niezbędnych do bezpiecznego wykonania Robót. Ponadto Zamawiający wymaga aby przy budowie sztucznych wysp prace wykonywane były pod nadzorem saperskim. W przypadku napotkania przez Wykonawcę podczas wykonywania Robót na obiekty niebezpieczne, obowiązkiem Wykonawcy będzie oczyszczenie Terenu Budowy z takich obiektów i wydanie atestu czystości dna. Uznaje się, że wszelkie koszty wydobycia, transportu i unieszkodliwienia lub utylizacji tych obiektów Wykonawca skalkulował i zawarł w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej. Wykonawca będzie przekazywał Inżynierowi dokumenty dotyczące oczyszczania terenu z materiałów niebezpiecznych.*

Odwołujący podniósł, że z powyższego postanowienia PFU jasno wynika, że z przekazanych przez Zamawiającego dokumentów nie można ustalić faktycznej ilości, rodzaju oraz wielkości amunicji i materiałów wybuchowych, jakie wykonawca może napotkać

w trakcie realizacji robót, a mimo to wykonawca ma uwzględnić czynności z tym związane w wynagrodzeniu ryczałtowym, a zatem bez względu na ilość obiektów potencjalnie niebezpiecznych np. niewybuchów, amunicji ich wielkości rodzaju, które wykonawca może napotkać w trakcie wykonywania Robót. Jednocześnie amunicja i materiały wybuchowe zostały usunięte w Warunkach Szczególnych Kontraktu z klauzuli 17.3 Ryzyka Zamawiającego oraz klauzul 19.1 Siła Wyższa. Oznacza to, że wszelkie utrudnienia i przeszkody w realizacji robót nie będą uprawniały wykonawcy do tego, aby np. rościć sobie o przesunięcie Czasu na Ukończenie.

Zdaniem Odwołującego zasadne jest wprowadzenie odrębnego wynagrodzenia za wydobywanie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych, liczone obmiarowo i płacone według faktycznej ilości wydobytych obiektów, po cenach jednostkowych zaoferowanych w Wykazie Płatności. Takie rozliczenie jest sprawiedliwe, gdyż wszyscy wykonawcy mają jednakowe szanse i nie muszą wliczać w cenę ryczałtową czegoś czego nie są w stanie przewidzieć. Przy takim modelu, jaki przewidział Zamawiający, każdy z wykonawców będzie przyjmował różne założenia, co sprawi, że oferty nie będą porównywalne. Przyjęcie zaproponowanego przez Odwołującego modelu spowoduje, że sposób rozliczania będzie jednakowy dla wszystkich wykonawców. Poza tym taki model może spowodować również korzyści dla Zamawiającego z uwagi na to, że w przyjętym przez niego modelu zamierzał on płacić 20% całości wynagrodzenia za to wydobywanie. W modelu zaś zaproponowanym w odwołaniu będzie płać za faktyczne wydobywanie. Ponadto wykonawcom jest łatwiej przygotować cenę jednostkową za wydobywanie, niż wskazanie z góry ceny ryczałtowej. Cena ta, w kontekście braku precyzyjnego wskazania ilości przedmiotów potencjalnie niebezpiecznych, musiałaby być przewidziana z dość sporym zapasem, a tym samym taka sytuacja doprowadzi do znacznego podrożenia oferty, nie mówiąc już o tym, że każdy z wykonawców będzie to ryzyko kalkulował zupełnie inaczej. Dodatkowo Odwołujący zaproponował wprowadzenie dla ceny jednostkowej maksymalnego progu procentowego w stosunku do Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, co sprawi, że Zamawiający uniknie sytuacji oferowania rażąco wysokich cen w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ, w tym Wykazu płatności, w taki sposób, aby wynagrodzenie za wydobywanie obiektów ferromagnetycznych nie zawierało się w wynagrodzeniu ryczałtowym, tylko stanowiło odrębne wynagrodzenie liczone obmiarowo, w zależności od ilości i rodzaju wydobytych obiektów, np. w poniższy sposób:

III. WYDOBYCIE OBIEKTÓW FERROMAGNETYCZNYCH POTENCJALNIE NIEBEZPIECZNYCH NA TORZE WODNYM ORAZ NA SKARPACH				
III.1	Zlokalizowanie, usunięcie i	odsłonięcie, utylizacja	wydobywanie, obiektów	Cena jednostkowa w zł za 1 szt. (nie więcej niż 0,0013%

	ferromagnetycznych o ciężarze brutto do 50 kg.	Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej)
III.2	Zlokalizowanie, odsłonięcie, wydobycie, usunięcie i utylizacja obiektów ferromagnetycznych o ciężarze brutto ponad 50 kg.	Cena jednostkowa w zł za 1 szt. (nie więcej niż 0,0013% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej)

#### Zarzut nr 19

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na wykonawców całego ryzyka związanego z wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami klimatycznymi, wobec ograniczenia tych warunków do sytuacji wybranych przez Zamawiającego, a nieuwzględniających typowo występujących przy tego typu robotach zdarzeń.

Odwołujący podniósł, że za zasadne należy uznać, rozszerzenie katalogu okoliczności, które powinny być traktowane jako wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne, i wystąpienie których powinno uprawniać wykonawcę do domagania Przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzulę 8.4, poprzez modyfikację akapitu odnoszącego się do Wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych w następujący sposób:

*Wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne – w odróżnieniu od warunków niesprzyjających – to takie warunki klimatyczne, które łącznie:*

- (i) jeżeli wystąpią to, biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych Robót, skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże Robót,*
- (ii) ilość dni występowania czynników klimatycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami, o których mowa w podpunkcie (i), jest większa od średniej z ostatniego pięciolecia licząc od daty złożenia Oferty wstecz. Okresem porównawczym będzie miesiąc,*
- (iii) sztorm o sile powyżej 6 w skali Beauforta;*
- (iv) działania sił natury wobec których nie można oczekiwać, by doświadczony Wykonawca podjął środki ostrożności, takie trzęsienia ziemi, huragany, tajfuny, wiatr o prędkości przekraczającej wielkości określone w obowiązujących przepisach prawa lub dokumentach DTR dla urządzeń używanych do danego typu Robót potwierdzony*

*raportami Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej dla obszaru prowadzenia Robót, występowanie zjawisk lodowych, takich jak pochód lodu (kry jak i śryżowy), spiętrzanie lodu (kry jak i śryżowy), zator lodowy (kry jak i śryżowy), w sposób uniemożliwiający pracę jednostek pływających wykorzystywanych do prowadzenia Robót, temperatura poniżej „minus” 5 stopni Celsjusza, oraz powyżej „plus” 40 stopni Celsjusza potwierdzone raportami Instytutu Meteorologii I Gospodarki Wodnej dla obszaru prowadzenia Robót.*

#### Zarzut nr 20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w Warunkach Szczególnych Kontraktu w klauzuli 1.1.4.3 definicji „Kosztu” w następujący sposób: *„Koszt” oznacza wszelkie uzasadnione i udokumentowane w sposób zatwierdzony przez Inżyniera wydatki poniesione przez Wykonawcę na Terenie Budowy lub poza nim, włącznie z narzutami i innymi obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku.*

Zdaniem Odwołującego, wyłączenie możliwości doliczenia do Kosztu zysku jest niedopuszczalne w kontekście tego, że wykonawca świadczy usługę jako przedsiębiorca, w ramach wykonywanej przez niego działalności gospodarczej. Za niedopuszczalne należy też uznać uzależnienie zapłaty kosztów tylko i wyłącznie od decyzji Inżyniera.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany klauzuli 1.1.4.3 w następujący sposób: *„Koszt” oznacza całość wydatków, we właściwy sposób poniesionych (lub do poniesienia) przez Wykonawcę na Placu Budowy lub poza nim wraz z narzutami i innymi obciążeniami, włączając w to Rozsądny Zysk.*

#### Zarzut nr 21

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 5, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt III ppkt 2 PFU (str. 65) w następujący sposób: *Urobek z dna i ziemia z lądu, wydobyte z rejonu Szczecina i Zalewu Szczecińskiego, Wykonawca, w zakresie uzgodnień własnych i na własną odpowiedzialność może składować tymczasowo względnie docelowo na terenach wskazanych przez Zarząd Morskich Portów Świnoujście-Szczecin lub na terenach wskazanych przez innych dysponentów, o ile nie spowoduje to wystąpienia dodatkowych kosztów dla Zamawiającego.* Odwołujący wskazał również, że zgodnie natomiast z pkt 8 (str. 11) PFU do obowiązków wykonawcy należy wykonanie 2 sztucznych wysp na Zalewie Szczecińskim, jako miejsc zagospodarowania refulatu z robót pogłębiarskich.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest niejednoznaczny i nie pozwala na należyte skalkulowanie oferty cenowej. Z treści powyższego postanowienia nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, w jaki sposób ma nastąpić odkładanie urobku, a tym samym w jaki sposób przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany III ppkt 2.2. PFU w taki sposób, aby jednoznacznie wynikało z niego, w jaki sposób ma być składowany urobek z dna i ziemia z ładu wydobyte podczas realizacji Robót, ewentualnie, aby opis ten pozwalał wykonawcom na dowolność odkładania, przy przestrzeganiu przepisów prawa i uwarunkowań wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

#### Zarzut nr 22

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 5, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych W.10.04.00 w pkt 2.1. Kamień łamany, wymogu, aby były to materiały ciężkie o gęstości równej lub większej od 27 kN/m<sup>3</sup>.

Odwołujący podniósł, że taki wymóg nie jest niczym uzasadniony, gdyż normy regulujące gęstość kamienia hydrotechnicznego wskazują na następującą minimalną gęstość: 25-27 kN/m<sup>3</sup> – norma branżowa BN-76/8952-31, nie mniej niż 23 kN/m<sup>3</sup> – Polska Norma PN-EN 13383-1. Zdaniem Odwołującego, kamień hydrotechniczny o wymaganej gęstości może być trudny do zdobycia na terenie Polski. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Warunkach i Odbioru Robót Budowlanych W.10.03.00 w pkt 2.1. tiret pierwsze jest mowa o ciężarze skały powyżej 25 kN/m<sup>3</sup>.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany w Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych W.10.04.00 w pkt 2.1., polegającej na określeniu minimalnej gęstości Kamienia łamanego jako nie mniejszą niż 25 kN/m<sup>3</sup>.

#### Zarzut nr 23

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 5, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak opisu w zakresie wielkości, ciężaru, ilości i długości pali przy obiektach budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom opisanych w dokumencie opracowanym w ramach PFU w postaci „Inwentaryzacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom – wyciąg”.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający co prawda wskazał ww. dokumencie ilość obiektów oraz ich lokalizację, nie zawarł jednak opisów odnoszących się do ich wielkości, wagi, długości i ilości pali na których są osadzone. Bez tych elementów opisu nie można w sposób należyty przygotować oferty cenowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentu pn. „Inwentaryzacja obiektów budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom – wyciąg” o informacje na temat wielkości, ciężaru, ilości i długości pali przy obiektach budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy: Salini Polska Sp. z o.o., Energopol-Szczecin S.A. oraz Budimex S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp – spełnia przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 179 ust. 2 ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów nr 1, 7 oraz 18.

#### Zarzut nr 1

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.1.2 ppkt 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału V ust. 3 pkt 2 lit. c SIWZ, Zamawiający uzna warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże posiada ubezpieczenie o odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 200 mln złotych (równowartość tej kwoty).

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Stosownie do art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp warunki udziału

w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że w odniesieniu do tych warunków zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Oceniając sformułowane przez Zamawiającego wymaganie Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym potencjał dający rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Postępowanie dowodowe wykazało, że wymóg legitymowania się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln zł istotnie ogranicza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedłożył kopię polis sześciu wykonawców, działających na rynku dużych inwestycji budowlanych i realizujących zadania o znacznej wartości. Z dokumentów tych wynika, że wartość ubezpieczenia tych wykonawców waha się w przedziale od 20 mln zł do 100 mln zł, co oznacza, że bez istotnego podwyższenia – na potrzeby udziału w niniejszym postępowaniu – kwoty ubezpieczenia, wykonawcy ci nie mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienie.

Wobec ustalenia, że wymagana przez Zamawiającego kwota ubezpieczenia OC istotnie ogranicza konkurencję w postępowaniu, należało ocenić konieczność takiego ograniczenia dla zapewnienia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia. Zamawiający powinien w tym zakresie umieć taki związek wykazać i wyjaśnić, dlaczego wykonawca dysponujący ubezpieczeniem na mniejszą kwotę nie ma odpowiedniego potencjału do realizacji zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający takiemu obowiązkowi nie podołał. Zaprezentował jedynie gołosłowne twierdzenie, że



warunek taki znajduje uzasadnienie w charakterze i skali przyszłego przedmiotu zamówienia i ma na celu wykazanie przez wykonawcę jego wiarygodności, a także zdolności do opłacenia składki ubezpieczeniowej po oszacowaniu przez zakład ubezpieczeń ryzyka ubezpieczeniowego. Twierdzenie to nie zostało poparte żadną bardziej szczegółową argumentacją czy przeprowadzonymi analizami. Podczas rozprawy Zamawiający na pytanie członka składu orzekającego, czym kierował się ustalając wysokość ubezpieczenia, wyjaśnił jedynie, że kierował się wartością przedmiotu zamówienia, wysokością wymaganą w innych, mniejszych kontraktach, a także możliwością tworzenia konsorcjum, przy czym nie wskazał bardziej konkretnego uzasadnienia.

Pozostała argumentacja podniesiona przez Zamawiającego nie może zostać uznana za poprawną. Jakkolwiek w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaprzeczył, jakoby nie rozróżniał obowiązku wykazania się posiadaniem ubezpieczenia OC jako warunku udziału w postępowaniu, od obowiązku ubezpieczenia samego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy, to jego stanowisko prezentowane na rozprawie wskazuje na brak dostatecznego rozróżnienia tych kwestii. Próbując wykazać zasadność kwestionowanego warunku Zamawiający wskazywał na rozprawie na istotne ryzyko szkodowości w ramach przedmiotowego kontraktu, podając m.in., że działania wykonawcy, które mogłyby doprowadzić do zablokowania wejścia do toru wodnego, generowałyby bardzo duże koszty oraz uszkodzenie dużej jednostki generuje to koszt około 60 mln dolarów. Wyjaśnił również, że wymaga od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie ubezpieczenia na sumę nie niższą od Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (klauzula 18.2 Warunków Szczególnych Kontraktu), jednak jest to ubezpieczenie jedynie ryzyk budowlanych, a nie odszkodowań wobec osób trzecich (z wyjątkiem personelu wykonawcy i Zamawiającego). Powyższa argumentacja wskazuje, że określając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający kierował się w znacznej mierze koniecznością ubezpieczenia ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu dotyczący ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej służy zweryfikowaniu wiarygodności finansowej wykonawcy, co należy odróżnić od ubezpieczenia ryzyk towarzyszących konkretnemu kontraktowi.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że już na etapie postępowania przetargowego konieczne było żądanie od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia OC na tak wysoką kwotę, kilkakrotnie przekraczającą standardowe ubezpieczenie wykonawców realizujących duże kontrakty budowlane. Skoro Zamawiający brał pod uwagę istotne ryzyko zaistnienia szkód przy realizacji kontraktu, zasadne było wprowadzenie odpowiedniego obowiązku dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, co zresztą Zamawiający uczynił. Mógł też w taki sposób określić obowiązki wykonawcy, by ubezpieczenie obejmowało szkody na osobach trzecich. Trudno

natomiast dopatrzyć się uzasadnienia dla wymagania ubezpieczenia w celu zabezpieczenia ryzyk kontraktowych od wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, mimo braku jakiegokolwiek pewności po stronie tych wykonawców, że uzyskają zamówienie.

Tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie może usprawiedliwiać podniesiona przez Zamawiającego możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zsumowania zdolności wszystkich konsorcjantów. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że żądana kwota ubezpieczenia istotnie ogranicza konkurencję. Warunki udziału w postępowaniu – jak wskazano powyżej – muszą mieć na celu zapewnienie wyboru wykonawcy mającego odpowiedni potencjał, nie mogą natomiast, w oderwaniu od tego celu, wymuszać zawiązywania konsorcjów. Jeśli Zamawiający nie wykaże celowości określenia warunku udziału w postępowaniu na tak wysokim poziomie, to możliwość utworzenia konsorcjum nie powoduje, że warunek taki staje się zgodny z przepisami ustawy.

Podsumowując, Zamawiający opisał warunek dotyczący posiadania ubezpieczenia OC w sposób ograniczający konkurencję (co zostało wykazane przez Odwołującego), nie wykazując jednocześnie zasadności takiego ograniczenia z punktu widzenia celów, jakim służą warunki udziału w postępowaniu. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp. Wobec nieprzedstawienia przez Zamawiającego konkretnych argumentów uzasadniających określoną kwotę wymaganego ubezpieczenia, Izba nakazała zmianę warunku w sposób wnioskowany przez Odwołującego.

#### Zarzut nr 7

Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił w Warunkach Szczególnych Kontraktu klauzulę 4.10.1 (Oświadczenie o znajomości Terenu Budowy) o treści: *Zamawiający oświadcza, że udostępnił Wykonawcy do Dacie Rozpoczęcia wszystkie odnośne dane znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego, a dotyczące warunków powierzchniowych, podpowierzchniowych i hydrologicznych na Terenie Budowy, ze szczególnym uwzględnieniem aspektu wpływu Robót na środowisko naturalne. Podobnie, Zamawiający będzie udostępniał Wykonawcy wszystkie takie dane, przechodzące w posiadanie Zamawiającego po Dacie Rozpoczęcia. Wykonawca będzie odpowiedzialny za interpretację wszystkich takich danych. Będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty. W tym samym zakresie będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził Teren Budowy, jego otoczenie, powyższe dane i inne dostępne informacje oraz, że przed podpisaniem Kontraktu uznał je za wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich):*

a) kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi i istniejącą infrastrukturą techniczną (...).

Zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1), przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (ust. 2).

W ocenie Izby brzmienie zaskarżonej klauzuli jest niejednoznaczne co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy związanej ze znajomością terenu budowy, a obawy Odwołującego dotyczące tego zakresu są uzasadnione. Z treści tej klauzuli nie wynika, że odpowiedzialność wykonawcy będzie ograniczona zakresem danych i informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych. Chociaż klauzula ta w pierwszej części określa po stronie Zamawiającego obowiązek przekazania wykonawcy wszystkich danych dotyczących warunków na Terenie Budowy, to jednak w dalszej części stanowi: *będzie się uważało, że Wykonawca uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidywanych wydatków oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Roboty*. Zdanie to może być interpretowane jako oświadczenie o znajomości wszelkich, a nie tylko rzeczywiście dostępnych wykonawcy (przekazanych przez Zamawiającego lub możliwych do uzyskania samodzielnie) informacji. Tym bardziej niejasne jest zawarte dalej w tej klauzuli stwierdzenie, że wykonawca uznał informacje za *wystarczające, jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy, obejmujące (bez ograniczenia się do nich) (...)*.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że o niezasadności przedmiotowego zarzutu świadczy fakt, że w PFU Zamawiający wyszczególnił kolizje, a w przypadku wystąpienia tego rodzaju kolizji, które stanowić będą Nieprzewidywalne warunki fizyczne (klauzula 4.12), będzie uprawniony do roszczenia. Nie wiadomo bowiem, jak w kontekście oświadczenia o znajomości terenu budowy o treści wyżej wskazanej, Zamawiający interpretowałby kwestię nieprzewidywalności, o której mowa w klauzuli 4.12.

Wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy za Teren Budowy nie eliminuje przywołana w odpowiedzi na odwołanie klauzula 4.27 WSK, określająca obowiązek wykonawcy zaznajomienia się z istniejącą infrastrukturą oraz stanowiąca m.in., że *wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia istniejącej infrastruktury ujętej w dokumentacji otrzymanej od Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, a także zidentyfikowanej w prawidłowo wykonanych wykopach kontrolnych oraz wykazanej*

w dokumentacji, którą Wykonawca ma pozyskać we własnym zakresie (...). Na podstawie tej klauzuli nie można twierdzić, że wyłącza ona stosowanie klauzuli 4.10.1, mającej nieprecyzyjny zakres.

Powyższe sprawia, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób, który nie daje wykonawcom pewności co do zakresu ich odpowiedzialności i powiązania tego zakresu z informacjami, które rzeczywiście będzie w stanie uzyskać, co sprawia, że ryzyko wykonawcy jest niemożliwe do oszacowania. Należy więc stwierdzić, że stanowi to naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania, że klauzula ta odnosi się do danych i informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie przekazanych mu przez Zamawiającego informacji oraz informacji, które wykonawca mógł uzyskać na podstawie powszechnie dostępnych danych.

Jednocześnie Izba stwierdziła brak podstaw do zakwalifikowania zaskarżonego brzmienia SIWZ jako naruszającego przepisy art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kc. Odwołujący nie wykazał bowiem, na czym miałyby polegać sprzeczność działań Zamawiającego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub zasadami współżycia społecznego, czy też z naturą stosunku. W odniesieniu do sprzeczności z ustawą, wystarczające było wskazanie bezpośrednio naruszonych przepisów prawa (art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), a powoływanie się na naruszenie przepisów Kc należy uznać za zbędne mnożenie podstaw prawnych zarzutu.

#### Zarzut nr 18

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem XX (Opis sposobu obliczenia ceny):

- cena podana w ofercie powinna zostać wyliczona w oparciu o załącznik nr 2 do oferty – wypełniony Wykaz Płatności, oraz odpowiadać wyliczonej kwocie „ogółem brutto” wyszczególnionej w tym załączniku (ust. 3),
- obliczając cenę wykonawca musi uwzględnić wszystkie wskazane w załączniku nr 2 do oferty pozycje i nie może samodzielnie wprowadzać w nim zmian (ust. 4),
- podana w ofercie cena będzie miała charakter ryczałtowy, a wykonawca winien uwzględnić w niej wszystkie czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia oraz wszelkie koszty z tym związane; koszty, które nie zostały ujęte przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do oferty wykonawca powinien uwzględnić w cenach pozycji opisanych w tym załączniku.

W załączniku nr 2 do oferty Zamawiający przewidział w ramach ceny ryczałtowej pozycję *Wydobycie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych z toru wodnego Świnoujście-Szczecin, z Kanału Grabowskiego i dalej z podejścia do Nabrzeża Zbożowego, z podejścia do Portu Morskiego Police, ze skarp i pasów bezpieczeństwa oraz pozostałych obszarów prowadzenia Robót* i wskazał, że wynagrodzenie za te roboty nie może stanowić więcej niż 20% całego wynagrodzenia.

Zamawiający załączył do PFU raport z wywiadu ferromagnetycznego, wykonanego na zlecenie Zamawiającego na wstępnie określonym obszarze Robót. W PFU w pkt 2.2.4 Zamawiający wskazał: *Uwarunkowania wynikające z wywiadu ferromagnetycznego Załącznikiem do niniejszego PFU jest raport z wywiadu ferromagnetycznego, wykonanego na zlecenie Zamawiającego na wstępnie określonym obszarze Robót. Raport ten jedynie wskazuje miejsca znalezisk posiadających właściwości ferromagnetyczne, ich zagęszczenie oraz wstępnie określa wielkość zaburzenia indukcji lokalnego pola magnetycznego tych znalezisk. Raport nie kwalifikuje znaleziska w sposób rodzajowy, tj. nie określa, czy w danym miejscu mamy do czynienia np. z niewybuchem, czy też z innym przedmiotem, niestanowiącym zagrożenia podczas Robót. Raport z wywiadu ferromagnetycznego należy zatem traktować jedynie pomocniczo. Obowiązkiem Wykonawcy Robót, przed przystąpieniem do ich realizacji, jest zapewnienie skutecznego i kompleksowego oczyszczenia obszaru Robót, umożliwiając tym samym Wykonawcy bezpieczne prowadzenie prac objętych przedmiotem zamówienia. Wykonawca we własnym zakresie ustali szerokość Program Funkcjonalno-Użytkowy „Modernizacja toru wodnego Świnoujście-Szczecin do głębokości 12,5 m” 45 UNIA EUROPEJSKA FUNDUSZ SPÓJNOŚCI ewentualnych pasów bezpieczeństwa niezbędnych do bezpiecznego wykonania Robót. Ponadto Zamawiający wymaga aby przy budowie sztucznych wysp prace wykonywane były pod nadzorem saperskim. W przypadku napotkania przez Wykonawcę podczas wykonywania Robót na obiekty niebezpieczne, obowiązkiem Wykonawcy będzie oczyszczenie Terenu Budowy z takich obiektów i wydanie atestu czystości dna. Uznaje się, że wszelkie koszty wydobycia, transportu i unieszkodliwienia lub utylizacji tych obiektów Wykonawca skalkulował i zawarł w Zatwierdzonej Kwocie Kontraktowej. Wykonawca będzie przekazywał Inżynierowi dokumenty dotyczące oczyszczania terenu z materiałów niebezpiecznych.*

W ocenie Izby zgodzić należy się z Odwołującym, że opis przedmiotu zamówienia jest w tym zakresie na tyle nieprecyzyjny, że uniemożliwia wykonawcom rozsądną wycenę, obarczając ich znacznym ryzykiem, a ponadto może doprowadzić do złożenia ofert nieporównywalnych. W świetle opisu zawartego w PFU nie ma wątpliwości, że raport z badań ferromagnetycznych jest dokumentem jedynie pomocniczym, niezawierającym

informacji istotnych dla skalkulowania ceny. Gdyby wykonawcy znali liczbę i rodzaj obiektów ferromagnetycznych, mogliby rzetelnie skalkulować koszt ich wydobywania. Skoro jednak Zamawiający nie może podać bardziej precyzyjnych informacji, nie powinien żądać ujęcia kosztów wydobywania tych materiałów w cenie ryczałtowej. Uznając argumentację Zamawiającego o niemożliwości nadania raportowi charakteru wiążącego, nie można zaprzeczyć wadliwości ryczałtowego rozliczenia tych robót.

Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że dla ceny ofertowej nie ma znaczenia rodzaj obiektu, gdyż elementem kosztotwórczym jest w tym wypadku koszt pracy nurka, który jest od rodzaju obiektu niezależny. Skoro zgodnie z PFU obowiązkiem wykonawcy będzie oczyszczenie Terenu Budowy z obiektów niebezpiecznych i wydanie atestu czystości dna, a wykonawca ma ponieść wszelkie koszty wydobywania, transportu i unieszkodliwienia lub utylizacji tych obiektów, to nie można twierdzić, że napotkanie na obiekt niebezpieczny będzie generowało takie same koszty, jak napotkanie na obiekt niebędący niebezpiecznym. Teza Zamawiającego nie została niczym poparta i wydaje się ona sprzeczna z logiką, oczywiste bowiem są różnice w sposobie postępowania z obiektem niebezpiecznym (niewybuchem) i wpływem wydobywania takiego obiektu na przebieg pozostałych prac, a sytuacją, w której wykonawca trafi na obiekt niebędący niebezpiecznym. Dodatkowo trudno uznać za przekonujące twierdzenia Zamawiającego o niewielkim ryzyku natrafienia na obiekty niebezpieczne, biorąc pod uwagę, że założył on niebagatelny udział tych robót w cenie oferty (do 20%).

Nieprzekonująca jest również argumentacja Zamawiającego dotycząca możliwych nadużyć ze strony wykonawców, w przypadku wprowadzenia wynagrodzenia uzależnionego od liczby faktycznie wydobytych obiektów ferromagnetycznych. Zapobieganiu takim nadużyciom służy prawidłowo sprawowany nadzór nad realizacją kontraktu, nie zaś sposób wynagradzania uniemożliwiający skalkulowanie ceny i powodujący nieporównywalność ofert.

Dodatkowo, powołanie się na sposób ustalania wynagrodzenia za analogiczne roboty w innych postępowaniach nie może przesądzać o niezasadności zarzutu. Izba w niniejszym postępowaniu odwoławczym ocenia postanowienia sformułowane w przedmiotowym przetargu, nie dokonuje natomiast oceny analogicznych postanowień w innych przetargach.

Wobec powyższego zgodzić się należy z Odwołującym, że zasadne jest wprowadzenie odrębnego wynagrodzenia za wydobywanie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych, liczone obmiarowo i płacone według faktycznej ilości wydobytych obiektów, po cenach jednostkowych zaoferowanych w Wykazie Płatności. Jednocześnie Izba uznała za zasadne pozostawienie szczegółowej redakcji SIWZ w tym zakresie Zamawiającemu, bez określania szczegółowych zasad kalkulacji i rozliczeń, ze

wskazaniem jedynie, że wynagrodzenie ma mieć charakter obmiarowy. Postanowienia dotyczące wynagrodzenia za ten element przedmiotu zamówienia stoją bowiem w sprzeczności z art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W odniesieniu natomiast do zarzucanego naruszenia art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kc, Izba podtrzymuje argumentacją przedstawioną w ramach uzasadnienia do zarzutu nr 7.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się zbiorczo do tych zarzutów w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla wykonawców treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W odniesieniu do poniższych zarzutów Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Jednocześnie – w odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków kontraktu – zauważyć należy, że nie mogą stanowić o zasadności zarzutów twierdzenia Odwołującego o naruszeniu art. 353<sup>1</sup> i art. 5 Kc.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup>, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 5 Kc stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez

Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie może stanowić sam w sobie o przekroczeniu zasady swobody umów ani o nadużyciu prawa podmiotowego. Odwołujący powołał się na sprzeczność kwestionowanych postanowień umowy z bliżej nieokreślonymi zasadami współżycia społecznego, nie wykazał również na czym polega sprzeczność z naturą stosunku czy ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, co w żadnej mierze nie może zostać uznane za wykazanie zasadności zarzutów. Jak natomiast wyżej wskazano, Izba nie dopatrzyła się sprzeczności kwestionowanych postanowień SIWZ z przepisami ustawowymi.

### Zarzuty nr 2-5 oraz 13

Izba ustaliła, że w pkt III.1.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale V ust. 3 pkt 3 lit. b SIWZ Zamawiający określił m.in. następujące warunki w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- Specjalista nr 1 (Przedstawiciel Wykonawcy): udział w ostatnich 10 latach w co najmniej dwóch zakończonych kontraktach zrealizowanych według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych (np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania), na stanowisku przedstawiciela Wykonawcy lub równoważnym (tj. jako osoba zarządzająca kontraktem w Imieniu Wykonawcy), w tym w jednym związanym z budową lub przebudową obiektu budowlanego o wartości robót nie mniejszej niż 100 mln złotych (równowartość tej kwoty) brutto oraz jednym, związanym z budową lub przebudową morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót co najmniej 40 mln złotych (równowartość tej kwoty) brutto;
- Specjalista nr 2 (Kierownik budowy): co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy lub robót, w tym przynajmniej 5 lat w branży hydrotechnicznej morskiej, udział w co najmniej jednym kontrakcie realizowanym według Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych (np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót;
- Specjalista nr 3 i nr 4 (Kierownik robót hydrotechnicznych i pogłębiarskich nr 1 i nr 2): co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w branży hydrotechnicznej morskiej, jako kierownik budowy lub robót
- Specjalista nr 5 i nr 6 (Projektant w branży hydrotechnicznej nr 1 i nr 2): co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w branży hydrotechnicznej morskiej, jako projektant



W Rozdziale XXI ust. 3 pkt 3 SIWZ Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1 (Przedstawiciela Wykonawcy) stanowiąc, że punkty będą przyznawane za wskazane przez Zamawiającego doświadczenie dotyczące inwestycji związanych z budową lub przebudową morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót co najmniej 40 mln zł (równowartość tej kwoty) brutto.

Odnosząc się do wymagań legitymowania się przez personel wykonawcy doświadczeniem w branży hydrotechnicznej morskiej, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac na torze wodnym i nie ma wątpliwości, że jest to obiekt zaklasyfikowany w przepisach prawa jako morska budowla hydrotechniczna. Zgodnie z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, przez morską budowlę hydrotechniczną rozumie się budowlę nawodną lub podwodną, wznoszoną na a) morzu terytorialnym, b) na morskich wodach wewnętrznych, c) na lądzie, lecz w rejonie bezpośredniego kontaktu z akwenami morskimi, czyli w pasie technicznym nadbrzeżnego pasa wybrzeża morskiego, d) w portach i przystaniach morskich, która wraz z instalacjami, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami budowlanymi związanymi z tą budowlą, urządzeniami technicznymi oraz innym celowym wyposażeniem niezbędnym do spełnienia przeznaczonej funkcji stanowi całość techniczno-użytkową. Przywołane rozporządzenie definiuje także pojęcie toru wodnego (§ 2 pkt 34), stanowiąc, że rozumie się przez to wydzieloną część akwenu, określoną w odrębnych przepisach, utrzymywaną w stanie zapewniającym bezpieczną żeglugę określonych jednostek pływających; kierunek, kilometraż oraz oznaczenie stron toru wodnego wyznacza się od strony morza w kierunku portu. Tymczasem rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2007 r. Nr 86, poz.579), odnoszące się do obiektów usytuowanych na wodach śródlądowych, nie posługuje się pojęciem toru wodnego.

Zamawiający uzasadnił swoje wymagania specyfiką projektowania i wykonywania obiektów na wodach morskich, która różni się od specyfiki wykonywania robót na wodach śródlądowych, wskazując, że dotyczy to również morskich wód wewnętrznych. Wskazał, że przedmiotowa inwestycja będzie w całości realizowana na czynnym torze wodnym, a więc znajomość organizacji ruchu na morskich drogach wodnych oraz sposób zarządzania tym ruchem należy uznać za potrzebną, aby zorganizować i prowadzić prace w sposób nie utrudniający ruchu. Inwestycja będzie prowadzona w większości na Zalewie Szczecińskim który zaliczony jest do morskich wód wewnętrznych, a warunki na nim, chociaż nieco łatwiejsze niż na otwartym morzu, są jednak znacznie trudniejsze, niż na wodach

śródlądowych. Występują tu silne pływy od północy, wiatry sztormowe, falowanie o wysokości do 2 metrów oraz zasolenie wody. Zamawiający powołał się również na okoliczność, że roboty pogłębiarskie (zasadniczy element niniejszego zamówienia) w śródlądowym budownictwie hydrotechnicznym są z reguły pracami pomocniczymi, gdyż głębokość rzek poprawia się poprzez budowle piętrzące i regulacyjne, a nie przez pogłębianie koryta i nigdy nie są prowadzone na taką skalę. W pracach pogłębiarskich na wodach morskich używa się przede wszystkim morskich nasiębiernych pogłębiarek ssąco-refulujących, których na wodach śródlądowych nie używa się w ogóle, a który będzie podstawowym sprzętem stosowanym w niniejszym zadaniu. Ponieważ od efektywności jego wykorzystania zależy przede wszystkim prawidłowa realizacja inwestycji, to personel wykonawcy musi mieć doświadczenie w organizacji i prowadzeniu robót przy użyciu tych urządzeń. Zamawiający wskazał również na kwestię dysponowania urobkiem, który na wodach śródlądowych z reguły odkłada się bezpośrednio na brzeg w rejonie wydobywania, natomiast w niniejszym projekcie sprawą kluczową dla kosztów i sprawności realizacji inwestycji będzie logistyka transportu wielkich ilości urobku na duże odległości, a doświadczenia w tym zakresie osoby zajmujące się budownictwem na wodach śródlądowych nie posiadają.

Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego Izba uznała za logiczne i przekonujące, a przywołane przez niego okoliczności pozwalają stwierdzić, że ograniczenie doświadczenia personelu kluczowego tylko do branży hydrotechnicznej może spowodować, że osoby te będą dopiero zdobywały je w trakcie prowadzenia prac, co może skutkować nienależytym wykonaniem zamówienia.

Odwołujący natomiast nie wykazał, że morskie budowle hydrotechniczne, które nie znajdują się na morzu terytorialnym, ale na wodach wewnętrznych, nie różnią się od budowli hydrotechnicznych niebędących morskimi. Nie wykazał też, że warunki panujące na obszarze przyszłych robót są warunkami śródlądowymi, nie zaś morskimi. O ile okoliczność, że roboty będą prowadzone na obszarze końcowego odcinka rzeki Odry, należy uznać za fakt notoryjny, to już teza, że panujące tam warunki nie mają cech charakterystycznych dla środowiska morskiego, nie została w żaden sposób wykazana i pozostała gołosłownym twierdzeniem Odwołującego.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu wykonawcy, Zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a, art. 22d ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z tych samych powodów brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający – poprzez punktowanie doświadczenia dotyczącego inwestycji związanych z budową lub

przebudową morskiej budowli hydrotechnicznej – naruszył art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert mogą być organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Odnosząc się natomiast do zarzutu, że Zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania się przez Specjalistę nr 1 Przedstawiciela Wykonawcy pełnieniem funkcji Dyrektora Kontraktu lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Kierownika Kontraktu zauważyć należy, że Zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość wykazania się funkcją równoważną do Przedstawiciela Wykonawcy, tj. osobą zarządzającą kontraktem w imieniu wykonawcy (Rozdział V ust. 3 pkt 3 lit. b). Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że wykazanie przez wykonawcę, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy pełnił funkcję Dyrektora lub Kierownika Kontraktu (lub równoważną), polegającą na zarządzaniu kontraktem w imieniu wykonawcy, będzie uważane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z powyższych względów zarzut należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do kwestionowanego wymagania legitymowania się przez kierownika budowy doświadczeniem w kontraktach realizowanych w oparciu o FIDIC, Izba stwierdziła, że wymóg ten nie jest nadmierny i nie ogranicza konkurencji, nie można bowiem uznać, że jest to doświadczenie, którym nie legitymuje się personel znaczącej liczby wykonawców. Przeciwnie, znaczna część dużych kontraktów budowlanych realizowana jest według Warunków Kontraktowych FIDIC, a doświadczenie kierownika budowy w takich kontraktach nie jest w żadnej mierze unikatowe. O ile zgodzić się należy z Odwołującym, że obowiązki kierownika budowy określa ustawa Prawo budowlane, to jednak zauważenia wymaga, że realizacja tych obowiązków wymaga współpracy z inżynierem kontraktu. W związku z powyższym Zamawiający miał prawo uznać za pożądane, aby kierownik budowy posiadał chociażby minimalny poziom wiedzy, poparty doświadczeniem, o procedurach wynikających z Warunków Kontraktowych FIDIC, np. roli Inżyniera Kontraktu i m.in. konieczności stosowania się do poleceń przez niego wydawanych. Tym samym Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

#### Zarzut nr 6

Izba ustaliła, że zgodnie z klauzulą 4.1.2 Warunków Szczególnych Kontraktu, *Wykonawca w Czasie na Wykonanie zaprojektuje, zrealizuje i ukończy Roboty, a w Okresie Zgłaszania Wad usunie wszelkie wady. Wykonawca zapewni całe kierownictwo, siłę roboczą, Urządzenia, Materiały, Sprzęt Wykonawcy, Roboty Tymczasowe i wszystko inne, zarówno o charakterze tymczasowym jak i stałym, które pozostają niezbędne do realizacji,*

*ukończenia oraz usunięcia usterek. Wykonawca oświadcza, iż będzie prowadził Roboty w sposób zgodny z wszelkimi wydanymi dla nich decyzjami administracyjnymi. W zakresie opisanym w zdaniu poprzednim Wykonawca zobowiązuje się przejąć wszelkie zobowiązania, zabezpieczyć i/lub zwolnić z odpowiedzialności Zamawiającego.*

Odwołujący podniósł, że ostatnie zdanie przytoczonej wyżej klauzuli przerzuca na wykonawcę całe ryzyko kontraktowe, jakie wiąże się z wykonywaniem robót zgodnie z decyzjami administracyjnymi, na które wykonawca niekoniecznie ma jakikolwiek wpływ.

W ocenie Izby Odwołujący nieprawidłowo odczytuje klauzulę 4.1.2, wyprowadzając z jej treści obowiązki w niej niewyrażone. Zasadne jest stanowisko Zamawiającego, że z postanowień tej klauzuli wynika jednoznacznie, że wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia Robót w sposób zgodny z wydanymi decyzjami administracyjnymi, zaś w przypadku postępowania niezgodnego z tymi decyzjami będzie ponosił odpowiedzialność za wszelkie wyniki z tego tytułu skutki. Z klauzuli tej nie wynika natomiast, że ryzyko kontraktowe dotyczące wad decyzji administracyjnych zostało przerzucone na wykonawcę. Zaskarżona klauzula stanowi: *Wykonawca oświadcza, iż będzie prowadził Roboty w sposób zgodny z wszelkimi wydanymi dla nich decyzjami administracyjnymi*, a dalej wskazuje wprost, że w zakresie opisanym w zdaniu poprzednim (tj. właśnie w zakresie obowiązku prowadzenia robót zgodnie z decyzjami administracyjnymi) wykonawca zobowiązuje się przejąć wszelkie zobowiązania, zabezpieczyć i/lub zwolnić z odpowiedzialności Zamawiającego. Oznacza to, że wykonawca odpowiada za realizację robót zgodnie z decyzjami administracyjnymi, nie zaś, że odpowiada za prawidłowość tych decyzji.

#### Zarzut nr 8

Izba ustaliła, że zgodnie z klauzulą 4.23 Warunków Szczególnych Kontraktu: *Jeżeli niezbędne będzie uzyskanie przez Wykonawcę dostępu do terenu przyległego do Terenu Budowy (gruntu/posesji/budynku itp.), Wykonawca uzyska najpierw zgodę właściciela, dysponenta lub użytkownika takiego terenu i zwolni Zamawiającego z odpowiedzialności z tytułu wszelkich roszczeń, szkód, strat i wydatków wynikających lub będących konsekwencją dostępu lub działań Wykonawcy prowadzonych na tym terenie.*

Odnosząc się do podniesionego zarzutu podkreślić należy niezakwestionowaną przez Odwołującego okoliczność, że inwestycja co do zasady będzie realizowana na terenie do którego Zamawiający ma prawa na mocy obowiązujących przepisów prawa – jest trwałym zarządcą morskich wód wewnętrznych oraz gruntów nimi pokrytych. Zgodnie z klauzulą 2.1 WSK, *Zamawiający przekaże Wykonawcy prawo władania Terenem Budowy w czasie lub w czasach ustalonych w Załączniku do Oferty (...). W przypadku konieczności wykupu*

*terenu, na którym będą wykonywane Roboty bądź uzyskania prawa trwałego użytkowania tego terenu, Wykonawca z odpowiednim wyprzedzeniem złoży wniosek do Zamawiającego o podjęcie działań zmierzających do uzyskania prawa do takiego terenu. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wszelkie dane o danym terenie, na którym będzie wykonywał Roboty.*

Kwestionowana klauzula odnosi się natomiast do ewentualnej konieczności dostępu do terenu przyległego do Terenu Budowy, stanowiącego własność innych podmiotów, nie dotyczy natomiast samego Terenu Budowy. Należy podkreślić, że zamówienie obejmuje zarówno projekt, jak i wykonanie robót i – jak wskazał Zamawiający – konieczność dostępu do terenu przyległego będzie w znacznej mierze uzależniona od przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych, a tym samym jest niemożliwe do ustalenia na obecnym etapie przez Zamawiającego. W tej sytuacji obciążenie wykonawcy obowiązkiem uzyskania zgody właściciela lub użytkownika terenu przyległego należy uznać za usprawiedliwione. Jednocześnie trudno byłoby wymagać od Zamawiającego przyjęcia na siebie odpowiedzialności za ewentualne szkody wyrządzone na tym terenie przez wykonawcę, czy obciążenia Zamawiającego ponoszonymi wydatkami wynikającymi z dostępu lub działań wykonawcy na tym terenie. Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

#### Zarzut nr 9

Zgodnie z klauzulą 4.24 Warunków Szczególnych Kontraktu, w ramach nadzoru archeologicznego nad pracami wykonawca m.in. zobowiązany jest *w przypadku obiektów zabytkowych o masie do 500 kg wydobycia tych obiektów, złożenia ich w miejscu wskazanym przez Zamawiającego i doraźnego zabezpieczenia do czasu ustalenia trybu dalszego postępowania.*

Zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko, że powyższa klauzula stanowi nieuzasadnione przerzucenie na wykonawcę całego ryzyka związanego z wydobyciem obiektów zabytkowych, których masa nie przekracza 500 kg.

Przede wszystkim brak jest podstaw do założenia wysokiego prawdopodobieństwa natrafienia na obiekty zabytkowe. Zamawiający wskazał, że dno Zalewu Szczecińskiego zostało oczyszczone w latach 1946-1948, prowadzone były na tym terenie prace poszukiwawcze pod kątek znalezisk historycznych. Powołał się na treść Raportu oddziaływania na środowisko (Tom I, str. 291), z którego wynika, że: *na terenie planowanych prac budowlanych brak jest zewidencjonowanych zabytków ruchomych. Jednocześnie możliwa jest sytuacja, kiedy to w trakcie prac wykonawca napotka tego typu obiekty. Aby*

*uniknąć zniszczenia obiektów, konieczna będzie obserwacja urobku wydobywanego przez pogłębiarkę, a w razie stwierdzenia występowania obiektów archeologicznych, przeprowadzenie badań ratunkowych.* W świetle powyższego należy stwierdzić, że prawdopodobieństwo natrafienia na znaczną liczbę obiektów zabytkowych nie jest znaczne i może być bez istotnego ryzyka oszacowane na potrzeby złożenia oferty. Ponieważ jednak nie można go z całą pewnością wykluczyć, Zamawiający ujął w Warunkach Szczególnych Kontraktu klauzulę 4.24.

Za rozsądne i uzasadnione należy uznać poczynione przez Zamawiającego założenie, że wydobywanie obiektu zabytkowego o masie do 500 kg nie jest trudne technicznie ani organizacyjnie i nie będzie wymagało użycia dodatkowego sprzętu, a w konsekwencji nie będzie prowadziło do wstrzymania robót, Odwołujący natomiast nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Odnosząc się do sformułowanego w odwołaniu żądania możliwości doliczenia do kosztów wydobywania wszystkich obiektów zabytkowych Rozsądnego Zysku, zauważyć należy, że żądanie to nie zostało w zasadzie poparte argumentacją, zmierzającą do wykazania naruszenia przepisów prawa. Odwołanie w tym zakresie ogranicza się do wskazania przez Odwołującego oczekiwanej zmiany postanowień WSK.

#### Zarzuty nr 10 i 11

Izba ustaliła, że Zamawiający zamieścił w klauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Kontraktu (Ryzyko Zamawiającego) ppkt d o treści: *promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne w Kraju z wyłączeniem takich, które mogą być uznane za spowodowane przez używanie materiałów radioaktywnych lub promieniowania przez Wykonawcę.* W klauzuli 19.1 WSK (Siła Wyższa) w ppkt IV Zamawiający zamieścił zapis: *promieniowanie jonizujące lub skażenie radioaktywne z wyłączeniem takich, które mogą być uznane za spowodowane przez używanie materiałów radioaktywnych lub promieniowania przez Wykonawcę.*

Odwołujący zakwestionował wykreślenie z pierwotnej treści tej klauzuli pojęć *amunicja wojskowa i materiały wybuchowe.*

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu podkreślić należy, że oczyszczenie Terenu Budowy w celu zapewnienia bezpieczeństwa prowadzonych robót, polegające na zidentyfikowaniu i wydobywaniu obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych na torze wodnym, na skarpach oraz w pozostałych miejscach prowadzenia Robót, jest istotnym elementem przedmiotu zamówienia i należy do obowiązków wykonawcy. Wskazane wyżej klauzule standardowo obejmują amunicję wojskową i materiały wybuchowe, gdyż w przypadku większości zadań wystąpienie tych materiałów zasadnie jest

uznawane za sytuację absolutnie wyjątkową. Inaczej jest w przypadku niniejszego zamówienia, zidentyfikowanie i wydobycie amunicji wojskowej i materiałów wybuchowych stanowi tu bowiem element przedmiotu zamówienia i należy do zadań wykonawcy, który otrzyma za te czynności wynagrodzenie. Wobec powyższego nie ma podstaw do uznania wystąpienia tych materiałów za ryzyko Zamawiającego lub siłę wyższą.

#### Zarzut nr 12

Izba ustaliła, że zgodnie z klauzulą 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu: *Zamawiający ma prawo zaspokojenia z Zabezpieczenia Wykonania wszelkich roszczeń odszkodowań, kosztów i wydatków, do których Zamawiający może stać się uprawniony na podstawie niniejszego Kontraktu lub przepisów Prawa, w tym również zobowiązań określonych w klauzuli 4.4 [Podwykonawcy].*

*Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w następujący sposób:*

- c) 70% wartości Zabezpieczenia Wykonania w terminie 30 dni od daty wykonania zobowiązań wynikających z Kontraktu, tj. od daty przekazania Zamawiającemu Pozwolenia na Użytkowanie,*
- d) 30% wartości Zabezpieczenia Wykonania nie później niż w terminie 15 dni od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad.*

Odwołujący podniósł, że zestawienie powyższych postanowień wskazuje na to, że zarówno z pełnej kwoty zabezpieczenia, jak również z pozostawionych 30% pełnej kwoty zabezpieczenia, Zamawiający przyznaje sobie prawo do zaspokojenia wszelkich roszczeń, odszkodowań, kosztów i wydatków, mimo że z przepisu art. 151 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że kwota stanowiąca maksymalnie 30% zabezpieczenia, jaką Zamawiający może pozostawić, odnosi się do zabezpieczenia tylko i wyłącznie roszczeń związanych z rękojmią za wady. W pełnym zakresie (wszelkich roszczeń) Zamawiający może się zaspokoić, ale tylko w czasie obowiązywania zabezpieczenia w okresie realizacji Kontraktu.

Art. 151 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia, określa zatem maksymalną część zabezpieczenia, którą zamawiający może pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi. W ocenie Izby treść klauzuli 4.2 nie jest w żadnej mierze sprzeczna z tym przepisem. Klauzula ta określa po pierwsze, czemu służy zabezpieczenie należytego wykonania umowy, po drugie terminy jego zwrotu wykonawcy, które są zgodne z art. 151 ust. 2 ustawy Pzp. Postanowienie to nie wskazuje wprost rodzajów roszczeń, na jakie mogą być przeznaczone poszczególne części zabezpieczenia, jednak fakt, że 30% wartości zabezpieczenia będzie podlegać zwrotowi w terminie 15 dni od

daty upływu Okresu Zgłaszania Wad, wskazuje na powiązanie właśnie z roszczeniami z tytułu rękojmi za wady. Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że postanowienia umowy nie muszą stanowić powielenia regulacji ustawowych, którymi Zamawiający jest związany w zakresie dysponowania zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

#### Zarzuty nr 14-16

Izba ustaliła, że Zamawiający wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej oraz nie przewidział możliwości ustanowienia zabezpieczenia poprzez potrącanie z należności za częściowe wykonanie robót budowlanych lub usług, co zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie art. 150 ust. 2-6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 151a ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wprowadzenia możliwości udzielenia zaliczki.

Zgodnie z art. 150 ustawy Pzp:

- zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (ust. 2),
- jeżeli okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok, zabezpieczenie, za zgodą zamawiającego, może być tworzone przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane (ust. 3),
- w przypadku, o którym mowa w ust. 3, w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia (ust. 4),
- zamawiający wpłaca kwoty potrącane na rachunek bankowy w tym samym dniu, w którym dokonuje zapłaty faktury (ust. 5),
- w przypadku, o którym mowa w ust. 3, wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia nie może nastąpić później niż do połowy okresu, na który została zawarta umowa (ust. 6).

Stosownie do art. 151a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle przywołanych wyżej przepisów zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może przekraczać 10-procentowego progu, a zamawiający ma jedynie możliwość, nie zaś obowiązek, zezwolić na utworzenie zabezpieczenia przez potrącenia



z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane, podobnie jak ma jedynie możliwość udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Nie sposób więc twierdzić, że ustalając zabezpieczenie w wysokości 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej oraz nie korzystając z możliwości ustanowienia zabezpieczenia poprzez potrącanie z należności za częściowe wykonanie robót, jak też z możliwości udzielenia zaliczek, Zamawiający naruszył wskazane wyżej przepisy ustawy.

Stwierdzić również należy, że Odwołujący w żadnej mierze nie udowodnił, aby tak określona wysokość i forma zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak również brak możliwości udzielenia zaliczek, powodowały naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zarzuty odwołania w tym zakresie należy więc uznać za dążenie do wprowadzenia do SIWZ postanowień korzystniejszych dla wykonawców, nie zaś do wyeliminowania działań Zamawiającego niezgodnych z prawem.

#### Zarzut nr 17

W Załączniku nr 1 do oferty Zamawiający ustalił Minimalną kwotę Przejściowego Świadczenia Płatności w wysokości 10.000.000 zł, co – zdaniem Odwołującego – stanowi naruszenie art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że tak wysoka kwota powoduje znaczne ograniczenie konkurencji, a zmniejszenie tej kwoty zwiększy konkurencyjność w postępowaniu, zmniejszając konieczność korzystania przez wykonawcę z kredytów. Odwołujący nie tylko nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, ale nie zaprezentował nawet żadnej szerszej argumentacji, która miałaby wykazać, że wskazane przez niego przepisy prawa zostały przez Zamawiającego naruszone.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający naruszył art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w sytuacji, kiedy z odwołania w żadnej mierze nie wynika, na czym miałyby polegać sprzeczność treści lub celu zaskarżonego postanowienia z właściwością (naturą) stosunku ani jakie zasady współzycia społecznego i w jaki sposób zostały naruszone. Nie wykazano również sprzeczności takiego postanowienia z ustawą. Już tylko z tych względów zarzut należało uznać za niezasadny.

W tej sytuacji na marginesie wskazać należy, że zgodnie z klauzulą 14.6 WSK dopuszczalne jest wystawienie przez Inżyniera Kontraktu Przejściowego Świadczenia Płatności na kwotę niższą niż ustalona w Załączniku do Oferty. Klauzula ta stanowi, że *w szczególnych przypadkach, w których jest to niezbędne dla sprawnego wykonania Kontraktu, Inżynier może wystawić Przejściowe Świadczenie Płatności na kwotę mniejszą niż*

*minimalna kwota podana w dokumencie Załącznik do Oferty. Wystawienie Przejściowego Świadectwa Płatności na kwotę mniejszą od minimalnej podanej w dokumencie Załącznik do Oferty, wymaga uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego. Warunek dotyczący minimalnej kwoty płatności podanej w dokumencie Załącznik do Oferty nie dotyczy płatności przejściowych za Dokumenty Wykonawcy.*

Istotny jest również fakt, że wartość zamówienia przekracza kwotę 1 mld zł, a przewidywany maksymalny termin wykonania zamówienia wynosi 51 miesięcy, w tym okres 8 miesięcy dotyczy złożenia do właściwego organu administracji publicznej kompletnego wniosku lub wniosków o Pozwolenia na Budowę (czyli obejmuje sporządzenie Dokumentacji Wykonawcy, do której nie ma zastosowania Minimalna Kwota Przejściowego Świadectwa Płatności). Zestawienie wartości zamówienia i terminu jego realizacji nie pozwala uznać kwoty 10 mln zł za wygórowaną.

#### Zarzut nr 19

Izba ustaliła, że w Klauzuli 8.4 WSK Zamawiający określił wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne jako warunki, które łącznie:

- (i) jeżeli wystąpią to, biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych Robót, skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże Robót,
- (ii) ilość dni występowania czynników klimatycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami, o których mowa w podpunkcie (i), jest większa od średniej z ostatniego pięcioletnia licząc od daty złożenia Oferty wstecz. Okresem porównawczym będzie miesiąc.

Zdaniem Odwołującego brak w powyższej definicji takich okoliczności, jak sztorm o sile powyżej 6 w skali Beauforta, trzęsienia ziemi, huragany, tajfuny, wiatr o prędkości przekraczającej wielkości określone w obowiązujących przepisach prawa lub dokumentach DTR, występowanie zjawisk lodowych, takich jak pochód lodu (kry jak i śryżowy), spiętrzanie lodu (kry jak i śryżowy), zator lodowy (kry jak i śryżowy), temperatura poniżej -5° Celsjusza, oraz powyżej 40° Celsjusza, świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zauważyć należy, że podobnie jak w przypadku innych zarzutów (np. zarzutu nr 17) z treści odwołania nie można powziąć wiedzy, na czym miałyby polegać sprzeczność treści lub celu zaskarżonego postanowienia z właściwością (naturą) stosunku ani jakie zasady współżycia społecznego i w jaki sposób zostały naruszone. Nie wiadomo również, na czym polega sprzeczność ze społeczno-

gospodarczym przeznaczeniem prawa, nie wykazano też sprzeczności takiego postanowienia z ustawą. Z uwagi na te okoliczności zarzut należało uznać za niezasadny.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, że takie zjawiska pogodowe, jak sztorm czy zjawiska lodowe, z uwagi na obszar, na jakim prowadzone będą roboty, trudno uznać za zjawiska nietypowe, a tym samym za mogące być uznane za wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne. Profesjonalny wykonawca powinien mieć świadomość ich występowania i powinien tak zorganizować prace, aby zjawiska te nie wpływały negatywnie na termin wykonania zamówienia.

#### Zarzut nr 20

*Zgodnie z klauzulą 1.1.4: „Koszt” oznacza wszelkie uzasadnione i udokumentowane w sposób zatwierdzony przez Inżyniera wydatki poniesione przez Wykonawcę na Terenie Budowy lub poza nim, włącznie z narzutami i innymi obciążeniami, lecz z wyłączeniem zysku.*

Zdaniem Odwołującego powyższa definicja narusza art. 353<sup>1</sup> Kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uzależnienie zapłaty kosztów od decyzji Inżyniera oraz wyłączenie możliwości doliczenia zysku jest niedopuszczalne.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzut nr 17, a dotyczącą braku określenia, na czym miałyby polegać sprzeczność treści lub celu zaskarżonego postanowienia z właściwością (naturą) stosunku ani jakie zasady współzycia społecznego i w jaki sposób zostały naruszone, a ponadto braku wykazania sprzeczności takiego postanowienia z ustawą, które to okoliczności same w sobie przesądzają o niezasadności zarzutu. Odwołujący ograniczył się do gołosłownego i pozbawionego szerszej argumentacji zanegowania dopuszczalności zdefiniowania kosztów w taki sposób, jak to uczynił Zamawiający.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że zgodnie z literalnym brzmieniem klauzuli 1.1.4.3. WSK Inżynier Kontraktu nie zatwierdza zapłaty kosztu, ale sposób udokumentowania poniesionych wydatków.

#### Zarzut nr 21

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. III ppkt 2 PFU: *Urobek z dna i ziemia z lądu, wydobyte z rejonu Szczecina i Zalewu Szczecińskiego, Wykonawca, w zakresie uzgodnień własnych i na własną odpowiedzialność może składować tymczasowo względnie docelowo na terenach wskazanych przez Zarząd Morskich Portów Świnoujście-Szczecin lub na terenach*

wskazanych przez innych dysponentów, o ile nie spowoduje to wystąpienia dodatkowych kosztów dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, w jaki sposób ma nastąpić odkładanie urobku, a tym samym w jaki sposób przygotować ofertę cenową w tym zakresie.

Odnosząc się do powyższego zarzutu zauważyć należy, że zgodnie z częścią I pkt 1 ppkt 1.5.2 PFU, (...) *celu składowania urobku przewidziana jest budowa dwóch sztucznych wysp na obszarze Zalewu Szczecińskiego, zlokalizowanych po stronie wschodniej toru wodnego – jako miejsc docelowego odkładu urobku.* Zaskarżone postanowienie PFU określa jedynie możliwość składowania urobku na terenach wskazanych przez Zarząd Morskich Portów Świnoujście Szczecin lub przez innych dysponentów, co powoduje, że wykonawca nie musi każdorazowo transportować urobku w docelowe miejsca jego składowania, ale może zorganizować prace również poprzez odkładanie urobku w innych, tymczasowych lub docelowych miejscach. Jednocześnie Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu odkładania urobku. Wobec braku szczegółowych wytycznych w tym zakresie wykonawca będzie mógł uzależnić sposób odkładania urobku od przyjętych rozwiązań projektowych i technicznych. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że takie rozwiązanie jest korzystne dla wykonawcy zarówno pod względem czasowym, jak i kosztowym i nie można dopatrzeć się w tym naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

#### Zarzut nr 22

Izba ustaliła, że zgodnie z Warunkami Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych W.10.04.00 pkt 2.1. Kamień łamany, Zamawiający wymaga, aby były to materiały ciężkie o gęstości równej lub większej od 27 kN/m<sup>3</sup>.

Zdaniem Odwołującego taki wymóg nie jest niczym uzasadniony, gdyż normy regulujące gęstość kamienia hydrotechnicznego wskazują na następującą minimalną gęstość: 25-27 kN/m<sup>3</sup> – norma branżowa BN-76/8952-31, nie mniej niż 23 kN/m<sup>3</sup> – Polska Norma PN-EN 13383-1, a dodatkowo kamień hydrotechniczny o wymaganej gęstości może być trudny do zdobycia na terenie Polski.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślić należy, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą tego zamówienia. Jest on zatem uprawniony do opisu przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, tak aby dokonane zakupy spełniały oczekiwania. O ile opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie chęcią zawężenia kręgu

wykonawców mogących zrealizować zamówienie czy faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy kosztem innych, wykonawcy nie mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za Zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Zamawiający ma bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby, a dopiero naruszenie przez Zamawiającego wytycznych wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp daje możliwość skutecznego zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił przekonujące wyjaśnienie, uzasadniając wymagania dotyczące gęstości kamienia względami technicznymi i specyfiką przedmiotu zamówienia. Wskazał na konieczność zapewnienia odpowiedniej stateczności i trwałości konstrukcji wykonanych z kamienia, z uwagi na poddanie ich zróżnicowanym oddziaływaniom, takim jak falowania sztormowe, ruchy pól lodowych, spływające Odrą i Zalewem Szczecińskim kry. Podkreślił, że kamień o dużej gęstości pozwoli na zmniejszenie powierzchni sztucznych wysp i zwiększy bezpieczeństwo konstrukcji. W przypadku obrzeży wysp czynniki te mogą mieć znaczenie w fazie budowy, która będzie trwała dosyć długo i konstrukcje nie będą skończone do sezonu zimowego. Budowle te muszą zachowywać pełną funkcjonalność w trakcie budowy, gdyż stanowiąc będą podstawowe pola odkładu urobku z pogłębiania, a ewentualne awarie będą powodować konieczność wstrzymywania, na czas ich usunięcia, kluczowych dla realizacji kontraktu prac pogłębiarskich. Dlatego muszą być zaprojektowane w sposób gwarantujący wysoką trwałość, odporność na czynniki zewnętrzne i bezawaryjność. Powyższe twierdzenia Zamawiającego nie zostały przez Odwołującego podważone.

Podniesiona przez Odwołującego argumentacja odnosząca się do norm regulujących gęstość kamienia hydrotechnicznego nie może być uznana za świadcząca o zasadności zarzutu. Zauważenia wymaga bowiem, że wskazana przez Odwołującego Polska Norma PN-EN 13383-1 określa minimalną gęstość (nie mniej niż 23 kN/m<sup>3</sup>), a wymagana przez Zamawiającego gęstość 27 kN/m<sup>3</sup> mieści się w granicach normy branżowej BN-76/8952-31. Ponadto twierdzenia Odwołującego o trudnościach w zdobyciu na terenie Polski kamienia o wymaganej gęstości nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że określając wymagania dotyczące gęstości kamienia hydrotechnicznego Zamawiający nie naruszył przepisów prawa.

### Zarzut nr 23

Zamawiający załączył do PFU dokument pn. „Inwentaryzacja obiektów budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom – wyciąg”, ilość obiektów oraz ich lokalizację, nie określając ich wielkości, wagi, długości i ilości pali na których są osadzone. Zdaniem

Odwołującego stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 5, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż bez tych elementów opisu nie można w sposób należyty przygotować oferty cenowej.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zauważyć należy, że Odwołujący ograniczył się do jednozdaniowego zanegowania możliwości przygotowania oferty na podstawie informacji podanych w PFU. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która wyjaśniałaby brak takiej możliwości, co samo w sobie wyklucza uznanie zarzutu za zasadny.

Na marginesie jedynie wskazać należy na wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Wynika z nich, że *obiekty przeznaczone do rozbiórek to wyłącznie dalby i pomosty. Dalby stanowią oznakowanie nawigacyjne i są konstrukcjami typowymi (tyko nieznacznie różniącymi się między sobą) ogólnie stosowanymi do celów jakie spełniają. Pozostałe konstrukcje – pomosty nie były budowane przez Urząd Morski w Szczecinie, a wybudowane zostały w latach 70 lub jeszcze wcześniej, są porzucone przez właścicieli i nie ma ich dokumentacji technicznej, więc również i sam Zamawiający nie zna wszystkich szczegółów ich konstrukcji. Ich obecny stan jest katastrofalny, a wejście na nie jest praktycznie niemożliwe. Zamawiający dołączył do SIWZ wyciąg z Inwentaryzacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie lub rozbiórkom, w którym zamieszczone zostały zdjęcia przedmiotowych obiektów. Stopień szczegółowości załączonej dokumentacji pozwala na oszacowanie kosztów ich rozbiórki. Są to niewielkie obiekty, w przypadku pomostów zdewastowane i o słabej konstrukcji, a koszty ich rozbiórki są marginalne w stosunku do wartości kontraktu, prawdopodobnie niższe od kosztów wykonania szczegółowej dokumentacji tych obiektów (...).*

Powyższe wyjaśnienia, w związku z brakiem ich podważenia przez Odwołującego, należy uznać za przekonujące, a sformułowany zarzut – wobec jedynie gołosłownego i pozbawionego jakiegokolwiek argumentacji zanegowania poprawności PFU w tym zakresie – należy uznać za niezasadny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....