

**Sygn. akt KIO 2213/19**

**Sygn. akt KIO 2240/19**

**Sygn. akt KIO 2241/19**

## **WYROK**

**z dnia 22 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Małgorzata Matecka**

**Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 i 18 listopada 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

**A. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa – w dniu 31 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2213/19)**

**B. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa – w dniu 4 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2240/19)**

**C. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice – w dniu 4 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2241/19)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

**A. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa (sygn. akt KIO 2213/19):**

**1. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

**2. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice**

**B. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (sygn. akt KIO 2240/19):**

**1. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa**

**2. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice**

**C. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (sygn. akt KIO 2241/19):**

**1. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa**

**2. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

**orzeka:**

**1.**

**1)** uwzględnia odwołania w zakresie zarzutów dotyczących terminu realizacji zamówienia i nakazuje Zamawiającemu zastąpienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w postanowieniach Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SWIZ), w których termin realizacji zamówienia został określony „do 20 miesięcy od dnia podpisania umowy”, terminem „do 26 miesięcy od dnia podpisania umowy” oraz stosowne dostosowanie terminów realizacji zadań jako kamieni milowych;

**2)** w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołań;

**2.** Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa, i:

**2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców:

A. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa (sygn. akt KIO 2213/19),

B. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (sygn. akt KIO 2240/19),

C. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (sygn. akt KIO 2241/19)

– po **20 000 zł 00 gr** przez każdego wykonawcę – tytułem wpisów od odwołań,

**2.2.** zasądza od zamawiającego: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa na rzecz wykonawców:

A. HOCHTIEF Polska S.A., ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa (sygn. akt KIO 2213/19)

kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (sygn. akt KIO 2240/19)

kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

C. MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (sygn. akt KIO 2241/19)

kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje

skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 2213/19**

**Sygn. akt KIO 2240/19**

**Sygn. akt KIO 2241/19**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Wykonanie w formule projektuj i wybuduj budynku Terminala na terenie lotniska Radom-Sadków wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”, numer referencyjny: 216/PN/ZP/TLLZP/19, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03.10.2019 r. pod numerem 2019/S 191-465012.

### **A. Odwołujący – Hochtief Polska z siedzibą w Warszawie**

I. Wniósł odwołanie wobec:

a) zmian treści Ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) (oraz załączników do niej), dokonanych w dniach 21 i 24 października 2019 r.

w zakresie:

- a. ustalenia terminu na realizację zamówienia na okres do 20 miesięcy;
- b. modyfikacji treści załącznika Istotne Postanowienia Umowy (IPU);
- c. dokonania przez Zamawiającego, w dniu 21 października 2019 r. zmiany warunków realizacji zamówienia, poprzez dokonane w ramach odpowiedzi na pytanie nr 119 rozszerzenie obowiązków spoczywających na wykonawcy, a tym samym przedmiotu zamówienia, na wszelkie prace jakie zostaną zidentyfikowane w trakcie realizacji zamówienia.

II. Czynnościami tym Odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (kc) przez:
  - i. określenie w treści SIWZ (oraz załącznikach do niej) 20-miesięcznego terminu na realizację przedmiotu zamówienia, który to termin - ze względu na złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia - jest terminem nierealnym, niemożliwym do dochowania;
  - ii. a w konsekwencji, określenie w treści IPU, stanowiących załącznik do SIWZ, nierealnych, niemożliwych do dochowania terminów realizacji poszczególnych zadań (kamieni milowych) (art. 3 ust. 3 IPU);
- b) art. 29 ust. 1 oraz art. 31 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc (w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp), przez modyfikację

postanowień SIWZ (w ramach odpowiedzi na pytanie nr 119 co do treści SIWZ - pismo Zamawiającego z dnia 21.10.2019 r.), wyrażającą się we wprowadzeniu do treści SIWZ reguły, że:

- i. w przypadku, gdyby w toku inwentaryzacji stanu istniejącego ujawniły się roboty budowlane, konieczne do wykonania (w rezultacie inwentaryzacji), to
- ii roboty takie nie zostaną rozliczone na warunkach określonych w art. 11 Roboty zamienne, zamówienia dodatkowe i uzupełniające,

co przeczy zasadom prawidłowego określenia opisu przedmiotu zamówienia oraz stanowi przekroczenie granic swobody kontraktowej stron, gdyż potencjalny wykonawca zobowiązany zostaje w ten sposób do wycenienia w ofercie prac, co do których nie ma nawet wiedzy, czy i jakie dodatkowe prace ujawnią się w toku przyszłej inwentaryzacji;

c) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w zw. z art. 16 pkt 5 ustawy z dnia z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych przez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z prawem, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na zobowiązaniu wykonawcy do sprawowania nadzoru autorskiego nad realizacją Robót objętych Umową na podstawie Dokumentacji Projektowej i Dokumentacji Wykonawczej (art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 20 IPU), w sytuacji gdy:

- i. Odwołujący - jako podmiot nie będący autorem Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza - z powodów natury prawnej nie będzie mógł pełnić w stosunku do tej Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, nadzoru autorskiego;
- ii. Zamawiający, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektu budowlanego wraz z Programem Funkcjonalno-Użytkowym budowy Terminala dla lotniska Radom-Sadków Nr ref. 184/PN/ZP/TLLZP/18, zobowiązał wykonawcę do pełnienia - w stosunku do Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, nadzoru autorskiego tożsamego zakresem do nadzoru autorskiego, do sprawowania którego Zamawiający w niniejszym postępowaniu zobowiązał wykonawcę w odniesieniu do Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza;

d) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc przez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w postępowaniu w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku

zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:

- i. uprawnieniu Zamawiającego do żądania, po stwierdzeniu wad lub braków Dokumentacji Projektowej, bezpłatnego usunięcia tych wad lub braków oraz uprawnieniu do naliczenia kary umownej w wysokości określonej w art. 16 ust. 2 pkt 1) IPU za przekroczenie przez Wykonawcę wyznaczonego terminu usunięcia wad lub braków w Dokumentacji Projektowej (art. 8 ust. 11, art. 8 ust. 12, art. 16 ust. 2 pkt 1) i 2) IPU), w sytuacji gdy Zamawiający w IPU wskazał, że przez *Dokumentację Projektową należy rozumieć niezbędny dla realizacji Przedmiotu Umowy projekt budowlany pn.: „Budowa terminala na lotnisku Radom - Sadków” wraz z prawomocną i ostateczną decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego oraz Dokumentację Wykonawczą*, a obarczenie Odwołującego - nie będącego autorem Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, odpowiedzialnością za wady tej dokumentacji pozostaje sprzeczne z zasadami współzycia społecznego;
- ii. wskazaniu, że dokonanie zatwierdzenia Dokumentacji Projektowej nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za wszelkie błędy, braki i nieprawidłowości w niej zawarte, a skutki w tego wynikające obciążają Wykonawcę (art. 8 ust. 13 IPU), w sytuacji gdy Zamawiający w IPU wskazał, że przez *Dokumentację Projektową należy rozumieć niezbędny dla realizacji Przedmiotu Umowy projekt budowlany pn.: „Budowa terminala na lotnisku Radom - Sadków ” wraz z prawomocną i ostateczną decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego oraz Dokumentację Wykonawczą*, a obarczenie Odwołującego - nie będącego autorem Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, odpowiedzialnością za wady tej dokumentacji pozostaje sprzeczne z zasadami współzycia społecznego;
- iii. wskazaniu, że Wykonawca odpowiada za wady Dokumentacji Projektowej również po okresie rękojmi (art. 12 ust. 1 pkt 4 IPU), w sytuacji Zamawiający w IPU wskazał, że przez *Dokumentację Projektową należy rozumieć niezbędny dla realizacji Przedmiotu Umowy projekt budowlany pn.: „Budowa terminala na lotnisku Radom - Sadków ” wraz z prawomocną i ostateczną decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego oraz Dokumentację Wykonawczą*, a Odwołujący - a obarczenie Odwołującego - nie będącego autorem Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, odpowiedzialnością za wady tej dokumentacji pozostaje sprzeczne z zasadami współzycia społecznego;
- iv. zobowiązaniu Wykonawcy do usuwania wad Dokumentacji Projektowej w terminach ustalonych przez Strony, odpowiednio do charakteru wad o nie dłuższych niż 10 dni

roboczych (art. 12 ust. 5 IPU), w sytuacji gdy Zamawiający w projekcie Umowy wskazał, że przez Dokumentację Projektową należy rozumieć niezbędny dla realizacji Przedmiotu Umowy projekt budowlany pn.: „Budowa terminala na lotnisku Radom - Sadków” wraz z prawomocną i ostateczną decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego oraz Dokumentację Wykonawczą, a obarczenie Odwołującego - nie będącego autorem Dokumentacji Projektowej, innej niż Dokumentacja Wykonawcza, odpowiedzialnością za wady tej dokumentacji pozostaje sprzeczne z zasadami współżycia społecznego;

- v. zobowiązaniu Wykonawcy, do wykonania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w art. 4 ust. 1, Robót, których realizacja stała się konieczna w trakcie procedury uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Obiektu (art. 6 ust. 1 pkt 26 IPU), podczas gdy, na skutek okoliczności całkowicie niezależnych od Wykonawcy (np. zmiany przepisów), może pojawić się konieczność realizacji dodatkowych czynności, których wykonawcy, przy zachowaniu należytej staranności nie mogli przewidzieć;

III. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, a tym samym żądał:

- a) zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ przez określenie realnego terminu na realizację przedmiotu zamówienia w wymiarze 30 miesięcy i dostosowanie w odpowiedni sposób terminów realizacji poszczególnych zadań (kamieni milowych) w odniesieniu do zmienionego terminu realizacji przedmiotu zamówienia (art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 3 IPU);
- b) zmiany modyfikacji treści SIWZ zawartej w odpowiedzi na pytanie nr 119 co do treści SIWZ (pismo Zamawiającego z dnia 21.10.2019 r.), w drodze udzielenia odpowiedzi, że:
  - i. w przypadku, gdyby w toku inwentaryzacji stanu istniejącego ujawniły się roboty budowlane, konieczne do wykonania (w rezultacie inwentaryzacji), to
  - ii. roboty takie zostaną rozliczone na warunkach określonych w art. 11 Roboty zamienne, zamówienia dodatkowe i uzupełniające,
- c) zmiany treści IPU, stanowiącej załącznik 4 do SIWZ przez:
  - i. jednoznaczne określenie, że obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego przez Wykonawcę dotyczy jedynie Dokumentacji Wykonawczej, stanowiącej przedmiot zamówienia;
  - ii. jednoznacznego określenia, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność jedynie za wady i braki Dokumentacji Wykonawczej, stanowiącej przedmiot zamówienia;
  - iii. jednoznaczne wskazanie, że zobowiązanie Wykonawcy, do wykonania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, o którym mowa w art. 4 ust. 1 Robót, których realizacja stała się konieczna w trakcie procedury uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Obiektu, nie dotyczy Robót, których wykonanie stało się konieczne na skutek zdarzeń, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności i których - przy zachowaniu należytej staranności - nie mógł przewidzieć (art. 6 ust. 1 pkt 26 IPU).

## **B. Odwołujący Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**

Wniósł odwołanie od czynności i zaniechań dokonanych przez Zamawiającego polegających na braku dokonania stosowanych modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), wynikających z uwzględnienia w całości zarzutów odwołań rozpoznawanych pod sygnaturą KIO 2059/19, KIO 2062/19 oraz KIO 2067/19, co w konsekwencji doprowadziło do ustalenia w dniu 24 października 2019 r. nowej treści SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 387 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu realizacji zamówienia oraz terminów poszczególnych kamieni milowych w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nie uwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku;
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 647 i 651 kc w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1), art. 20 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za projekt budowlany, którego Wykonawca nie jest autorem, co w konsekwencji oznaczałoby nałożenie na wykonawcę konieczności szczegółowego sprawdzenia dokumentami projektowej przekazanej przez Zamawiającego i przejęcie ryzyka za całość dokumentacji projektowej nie pochodzącej od Wykonawcy i ponoszenia przez niego skutków finansowych błędów w niej występujących, co w konsekwencji zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy,
- 3) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> zw zw. z art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego we Wzorce Umowy postanowień zobowiązujących wykonawcę do pełnienia nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym, w sytuacji w której sprawowanie nadzoru autorskiego zastrzeżone jest dla projektanta i obejmuje m.in. ocenę zgodność realizacji prac z projektem budowlanym.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Ogłoszenia i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.



Żądania zamieszczone w uzasadnieniu odwołania:

1. Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez modyfikację terminu wykonania zamówienia oraz poszczególnych Kamieni Milowych, tj.:

- modyfikację Rozdziału IV SIWZ, art. 3 ust. 1 Wzoru Umowy oraz Sekcji II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu poprzez ustalenie minimum 26 miesięcznego terminu realizacji;
- modyfikację art. 3 ust. 3 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Realizacja Przedmiotu umowy będzie uwzględniała następujące zadania, jako kamienie milowe oraz terminy ich realizacji na Ścieżce krytycznej projektu, które zostaną przez Wykonawcę uwzględnione w HR i HRF:

- 1) Wykonanie projektu wykonawczego — do 6 m-cy od podpisania umowy (z możliwością częściowego składania projektu wykonawczego oraz wprowadzania ewentualnych uzupełnień na etapie realizacji),
- 2) Rozpoczęcie montażu konstrukcji stalowej Obiektu- do 8 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 3) Przekazanie pomieszczeń w Obiekcie do realizacji prac wykończeniowych przez najemców powierzchni komercyjnych - do 21 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 4) Uruchomienie docelowego zasilania elektrycznego Obiektu (przy podaniu docelowego zasilania przez Zamawiającego do 14 miesięcy) - do 19 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 5) Przekazanie serwerowa i dla montażu ZSB i TT.- do 21 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 6) Dostawa wyposażenia IT objętego zamówieniem. - do 21 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 7) Uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie Obiektu - do 25 miesięcy od podpisania umowy.

2. Zmianę pojęcia „Dokumentacja Projektowa” na „Dokumentacja Wykonawcza” w postanowieniach art. 8 ust. 11, 12, 13 i 14 Wzoru Umowy.

3. Zmianę pojęcia „Dokumentacja Projektowa” na „Dokumentacja Wykonawcza” w postanowieniach art. 20 ust. 3 pkt 2) Wzoru Umowy i wszystkich innych postanowieniach Wzoru Umowy regulujących zakres czynności wykonywanych w ramach obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego.

### **C. Odwołujący – MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach**

Wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało wniesione na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane wtoku postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu wykonania żądań zawartych w odwołaniu,
2. sformułowaniu pozacenowego kryterium oceny ofert tyczącego się harmonogramu, które przewiduje przyznanie dodatkowych punktów za obniżoną jakość realizacji, a z ostrożności:
3. wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty,
4. wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu realizacji umowy, nieuwzględniającego czasu niezbędnego do opracowania dokumentacji projektowej, realizacji budowy i uzyskania wszelkich wymaganych decyzji,
5. nieuprawnionym ograniczeniu konkurencji w postępowaniu.

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do uwzględniania całości zarzutów odwołania, a następnie do dokonywania zmian w sposób dowolny, nie związany z przedstawionymi w odwołaniu żądaniami, pomimo że żądania nie były sformułowane w sposób alternatywny lub jakikolwiek inny, który uprawniałby Zamawiającego do zaniechania wprowadzenia do SIWZ zmian wypełniających wszystkie żądania przedstawione w odwołaniu Odwołującego;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp a także art. 5 i 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny „kc”) przez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do nadużywania własnego prawa podmiotowego poprzez ustanowienie pozacenowego kryterium oceny ofert, polegającego na punktowaniu skrócenia terminu realizacji zamówienia, które nie tylko nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, lecz wręcz determinuje obniżenie tej jakości, co jest wprost sprzeczne z zamiarem ustawodawcy; a z ostrożności:
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 1, 2 oraz 2b ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do skracania minimalnego terminu na składanie ofert, chociaż twierdzenia o pilnej potrzebie nie są obiektywnie uzasadnione, a dodatkowo skracanie terminu minimalnego nie uwzględnienia faktu, że rozpoznanie opisu przedmiotu zamówienia wymaga zapoznania się z ok 400 stronami PFU, dokonanie dokładnej analizy wymagań tam zawartych, a następnie skalkulowanie ceny oferty, na co nawet podstawowy termin 35 dni jest terminem skrajnie krótkim, gdyż nie umożliwia on złożenie oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 5 i 353<sup>1</sup> kc.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonania żądań odwołania Odwołującego, które wszczęło postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2044/19 [popr. 2059/19] (następczo umorzono z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości),
2. unieważnienie zmiany treści SIWZ w zakresie wprowadzenia nowego pozacenowego kryterium oceny ofert (skrócenie terminu realizacji),
3. zmianę treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
4. dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
5. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na sporządzenie ofert.

Żądania przedstawione w uzasadnieniu odwołania:

- Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania żądań zawartych w odwołaniu, którego złożenie wszczęło postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2059/19, z zastrzeżeniem, że w przypadku żądań dalej idących, zawartych w uwzględnionych odwołaniach o sygn. akt 2062/19 (odwołanie Hochtief) oraz o sygn. akt KIO 2067/19 (odwołanie Budimex), Zamawiający zobowiązany będzie do wykonania żądań dalej idących (żądanie nr 1).
- Ustanowienie kryterium oceny ofert tyżącego się skracania okresu realizacji, który i tak jest nierealny, stanowi nadużycie prawa. Zatem, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SIWZ przez przywrócenie pierwotnych kryteriów oceny ofert, opublikowanych w dniu 3 października 2019r., tj. o unieważnienie zmiany kryteriów oceny ofert z dnia 24 października 2019 r. (żądanie nr 2).
- Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ przez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 32 dni (termin liczony od pierwotnego terminu, wyznaczonego na 21 października 2019 r.), jako czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, który pozwoliłby na poszanowanie minimalnego okresu wskazanego w art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, Odwołujący wniósł o wyznaczenie terminu składania ofert najwcześniej na dzień 22 listopada 2019 r. (żądanie nr 3).
- Odwołujący wniósł o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ przez wydłużenie terminu realizacji zamówienia do 27 miesięcy od dnia podpisania

umowy. Tym samym, Odwołujący wniósł o zastąpienie wszystkich ustępów w Ogłoszeniu i SIWZ, gdzie termin realizacji został określony na „20 miesięcy” treścią „27 miesięcy” (żądanie nr 4).

- Odwołujący wniósł o zastąpienie obecnej treści Załącznika nr 4 do SIWZ, art. 3 ust. 3 następującym postanowieniem:

„Realizacja Przedmiotu umowy będzie uwzględniała następujące zadania, jako kamienie milowe, oraz terminy ich realizacji na Ścieżce krytycznej projektu, które zostaną przez Wykonawcę uwzględnione w HR i HRF:

- 1) Wykonanie projektu wykonawczego - do 5 miesięcy od podpisania umowy,
- 2) Rozpoczęcie montażu konstrukcji stalowej Obiektu - do 5,5 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 3) Przekazanie pomieszczeń w Obiekcie do realizacji prac wykończeniowych przez najemców powierzchni komercyjnych - do 22 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 4) Uruchomienie docelowego zasilania elektrycznego Obiektu - do 24 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 5) Przekazanie serwerowni dla montażu ZSB i IT - do 22 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 6) Dostawa wyposażenia IT objętego zamówieniem - do 24 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- 7) Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie Obiektu - do 27 miesięcy od dnia podpisania umowy. (żądanie nr 5).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących: HOCHTIEF Polska S.A., Budimex S.A. i MIRBUD S.A., uczestniczących w postępowaniu odwoławczym też jako Odwołujący, w wyniku spełnienia przesłanek skutecznego przystąpienia, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego, zwanymi dalej w zakresie przystąpień „Przystępującymi”.

Izba ustaliła

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym 3 października 2019 r. Odwołujący wnieśli 14 października 2019 r. odwołania wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, odpowiednio: HOCHTIEF Polska S.A. sygn. akt KIO 2062/19; Budimex S.A. sygn. akt KIO 2067/19; MIRBUD S.A. sygn. akt 2059/19, przystępując również wzajemnie do postępowania odwoławczego w charakterze Przystępujących –

HOCHTIEF Polska S.A. po stronie Zamawiającego sygn. akt KIO 2059/19, pozostałe przystąpienia wykonawców – po stronie Odwołującego.

Zamawiający dokonał zmiany SIWZ 24 października 2019 r.

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej 24 października 2019 r. Zamawiający wskazał, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniach.

Wobec braku sprzeciwu wykonawcy HOCHTIEF Polska S.A. – Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 2059/19, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 25 października 2019 r. sygn. akt KIO 2059/19; KIO 2062/19; KIO 2067/19, wskazując w uzasadnieniu w zakresie rozpoznania związane zarzutami sprzed modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz, że zmodyfikowana treść postanowień kwestionowanych dokumentów może być przedmiotem odwołań wobec nowych czynności Zamawiającego. Izba wskazała, że ustawowy obowiązek Zamawiającego (art. 186 ust. 3 ustawy Pzp) będący skutkiem uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach, polegający na wykonaniu, powtórzeniu lub unieważnieniu czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach.

W odwołaniach rozpoznawanych w aktualnym w postępowaniu odwoławczym, Odwołujący przedstawili zarzuty i żądania cytowane we wstępnej części uzasadnienia wyroku oraz zamieścili obszernie uzasadnienia swoich stanowisk z przywołaniem stosownego orzecznictwa.

Zamawiający wniósł w dniu posiedzenia i rozprawy (14 listopada 2019 r.) odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie odwołań w całości. Załączył do pism:

- *Szacowany harmonogram realizacji zamówienia przygotowany przez doradcę technicznego Zamawiającego* – załącznik nr 4,
- *Informację o zmianie SIWZ z 12 listopada 2019 r.* – załącznik nr 5,  
a w sprawie sygn. akt KIO 2241/19
- załącznik nr 4 jw.,
- *Wyciąg z prezentacji „Nowe standardy budownictwa drogowego” Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa* – jako załącznik nr 5,
- *Informację o zmianie SIWZ z 12 listopada 2019 r.* – jako załącznik nr 6.

W związku z odpowiedziami na odwołania (w tym zmianą SIWZ z 12 listopada 2019 r.), Odwołujący HOCHTIEF Polska S.A. (KIO 2213/19) oświadczył, że w jego ocenie, Zamawiający uwzględnił zarzuty w części, tzn. za wyjątkiem jednego zarzutu – terminu

realizacji zamówienia. Takie oświadczenie złożył też Odwołujący Budimex S.A. (KIO 2240/19). Odwołujący MIRBUD S.A. (2241/19) oświadczył, że jego zdaniem, odwołanie zostało uwzględnione w części, poza terminem realizacji zamówienia i zarzutem drugim – pozacenowym kryterium oceny ofert oraz dodał, że jednym z zarzutów było niewykonanie żądań zawartych w odwołaniu KIO 2059/19 (z 14 października 2019 r.).

Zamawiający natomiast oświadczył, że w jego ocenie, wbrew stanowiskom Odwołujących zmiana SIWZ z 12 listopada 2019 r. nie stanowi częściowego uwzględnienia zarzutów odwołań wniesionych 31 października 2019 r. i 4 listopada 2019 r., lecz jest to czynność materialno-prawna podjęta w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnił, że również te zmiany są konsekwencją wcześniej wprowadzonych zmian z wcześniejszego okresu (m.in. na podstawie oświadczenia złożonego w postępowaniu o umorzeniu postępowania odwoławczego – postanowienie KIO z 25 października 2019 r. i udzielonych odpowiedzi oraz ich wpływu na inne postanowienia SIWZ).

Odwołujący MIRBUD S.A. (KIO 2241/19) oświadczył, że w jego ocenie, ustalenie terminu składania ofert na 25 listopada 2019 r. jest skutkiem wniesionych odwołań, w szczególności odwołania z dnia 4 listopada 2019 r. wniesionego przez tego Odwołującego (dotyczy to również wszystkich trzech odwołań).

Odwołujący HOCHTIEF Polska S.A. (KIO 2213/19) oświadczył, że nie jest prawdą, że zmiana specyfikacji z 12 listopada 2019 r. jest skutkiem wykonania żądań zawartych w odwołaniach – umorzenie z dnia 25 października 2019 r., gdyż zmiana ta uwzględnia m.in. zarzuty dotyczące czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ nr 119, a jest to czynność podjęta 21 października 2019 r., nieobjęta poprzednim odwołaniem (KIO 2062/19).

Zatem, w ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego wobec jednoznacznego oświadczenia o nieuwzględnieniu zarzutów przedstawionych w odwołaniach (nawet w części) wskazywało, że zmiana treści SIWZ z 12 listopada 2019 r., mimo zbieżności w czasie i zakresie odpowiadającego większości przedstawionym w odwołaniach zarzutom oraz żądaniom zawartym w odwołaniach, nie stanowi uwzględnienia (nawet w części) przedstawionych w odwołaniach zarzutów, natomiast jako czynność materialno-prawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak wskazał Zamawiający jest dopuszczalna w przepisach ustawy Pzp, ze względu na brak zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia na skutek wniesionych odwołań.

W wyniku stanowiska Zamawiającego, Odwołujący podtrzymali odwołania w całości.

Nie wystąpiły okoliczności uzasadniające odrzucenie odwołań, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie.

Izba uznała, że Odwołujący są wykonawcami legitymowanymi do wniesienia odwołań zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazała, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp nakazującym branie pod uwagę przy wydaniu wyroku za podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania

– żądania zawarte w odwołaniach będące skutkiem przedstawionych zarzutów, aktualne na dzień wniesienia odwołań, pozbawione tego przymiotu na skutek zamian wprowadzonych w SIWZ 12 listopada 2019 r. (z następstwem zmiany Ogłoszenia o zamówieniu i stosownej publikacji tych dokumentów) – nie będą stanowiły podstawy rozstrzygnięcia odwołań.

W tych okolicznościach, zgodnie z akceptacją Odwołujących w zakresie zmian w SIWZ dokonanych 12 listopada 2019 r., czynności i zaniechania Zamawiającego stanowiące podstawy faktyczne zarzutów przedstawionych w odwołaniach i zawartych w nich żądań, rozpoznane na rozprawie, to

– czynności i zaniechania Zamawiającego wynikające ze zmiany SIWZ w dniu 24 października 2019 r. jako skutek uwzględnienia w tym dniu odwołań w całości, dotyczące:

- terminu realizacji zamówienia – w przedmiocie wszystkich odwołań

oraz w zakresie odwołania Odwołującego MIRBUD S.A. (KIO 2241/19):

- dodatkowa zmiana SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert.

- niewykonania żądań zawartych w odwołaniu (KIO 2059/19 z 14 października 2019 r.).

Strony oraz Przystępujący (uczestniczący w postępowaniu odwoławczym w podwójnym charakterze), skoncentrowali się na dowodzeniu swoich twierdzeń przede wszystkim w charakterze Odwołujących, podtrzymując przedstawione wyżej stanowiska i poświęcając w toku prowadzonego postępowania dowodowego uwagę terminowi realizacji zamówienia, Odwołujący MIRBID S.A. dodatkowo w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert i niewykonaniu przez Zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu KIO 2059/19 z 14 października 2019 r.

Strony złożyły do akt sprawy dowody (w nawiasach wskazane daty ich złożenia na rozprawie):

I. Odwołujący:

A. HOCHTIEF Polska S.A.:

1. Dowód O/1 (14.11.2019 r.):

Tabela pierwsza:

„Terminal na terenie Lotniska Radom-Sadków.mpp”.

Wskazując obowiązki wynikające z art. 3 (termin wykonania przedmiotu zamówienia), ust. 4 (zakończenie realizacji przedmiotu zamówienia, art. 14 (odbioru), ust. 9 – IPU, Odwołujący zamieścił następujący komentarz: *„Przy uwzględnieniu powyższych założeń wynikających zarówno z SIWZ, jak również z obowiązujących przepisów prawnych opracowano bardzo uproszczony harmonogram robót, z którego wynika, że efektywny czas realizacji wynosiłby ok. 5 m-cy!”*

W pozycji 8. tabeli Odwołujący określił czas trwania realizacji w 10 miesiącach. Zamieścił następujący komentarz: *„W okresie tym należy poza Robotami budowlano-instalacyjnymi zaprojektować, zamówić sprefabrykować, dostarczyć, zamontować i uruchomić z wynikiem pozytywnym urzędnika o długich terminach dostaw specyficzne dla obiektów lotniskowych jak BHS, EDS, HEIMANN, bramki radiometryczne, dwie windy, centrale wentylacyjne, trafostacja itp.”*

Tabela druga: *„Poniżej zestawiono podstawowe parametry charakteryzujące ostatnio oddane do użytku obiekty lotniskowe wraz z terminami ich realizacji”.*

W tabeli przedstawiono porty lotnicze ze wskazanym m.in. zakresem robót, powierzchnią, wartością, terminami i okresami realizacji oraz stronę do której należało sporządzenie Projektu Wykonawczego:

1. Modernizacja Strefy T1 wraz z jej pełną integracją ze Strefą T2 Terminala A w Porcie Lotniczym im. F. Chopina w Warszawie – 29 m-cy;
2. Port Lotniczy w Świdniku – 13 m-cy;
3. Port Lotniczy Olsztyn-Mazury „Szymany” – 12 m-cy;
4. Port Lotniczy Łódź im. W. Reymonta – 26 m-cy;
5. Budowa pirsu zachodniego terminalu pasażerskiego T2 w Porcie Lotniczym Gdańsk im. Lecha Wałęsy – 26 m-cy;

Terminal na terenie Lotniska Radom-Sadków – 10 m-cy,  
przy czym pod względem powierzchni planowany terminal (32 294 m<sup>2</sup>) jest zbliżony do powierzchni Portu Lotniczego Łódź im. W. Reymonta (28 000 m<sup>2</sup>); wykonanie Projektu Wykonawczego obciąża tylko wykonawcę w 2. przypadkach: Budowa pirsu zachodniego terminalu pasażerskiego T2 w Porcie Lotniczym Gdańsk im. Lecha Wałęsy oraz Terminal na terenie Lotniska Radom-Sadków.

Tabela trzecia:

Wskazano w niej, korzystając z analogii i uwzględniając pewne uwarunkowania indywidualne projektu (Projekt wykonawczy i zakres), na podstawie odniesienia do Portów lotniczych wskazanych w pozycjach 1-5, takich jakie podano w tabeli drugiej – średni czas realizacji (obliczony na podstawie analogii) [m-ce] 39,2, z komentarzem: *„Mając na uwadze, iż bardzo doświadczony Wykonawca byłby w stanie czas ten zoptymalizować*



wykorzystując przewagi konkurencyjne minimalny czas na realizację przedmiotu zamówienia powinien być określony w ramach 24-30 m-cy”.

2. Dowód O/2 (14.11.2019 r.):

Opracowanie pt. „Terminal Lotniczy Radom-Sadków; blokowy harmonogram dostawy i uruchomienia sortera bagaży jako elementu o najdłuższym okresie realizacji i przekazania do eksploatacji Obiektu (determinującego czas realizacji całości Projektu).” – 14.11.2019 r.

B. Budimex S.A.:

1. Dowód O/1 (18.11.2019 r.):

„Harmonogram Terminal Radom – Budimex S.A.” – wyszczególniający w 33 pozycjach nazwy zadań, w tym kamieni milowych, czas realizacji w dniach, miesiącach, terminy rozpoczęcia, zakończenia oraz wskazanie okresu realizacji zamówienia jako 26 m-cy.

2. Dowód O/2 (18.11.2019 r.):

Zestawienie tabelaryczne 6. kamieni milowych, stanowiące porównanie okresów realizacji zadań: wg SIWZ z 12.11.2019 r.; wg harmonogramu Zamawiającego – załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołania; wg odwołania Budimex S.A. z dnia 04.11.2019 r. – okres realizacji zamówienia – 26 m-cy.

3. Dowód O/3 – O/6 (18.11.2019 r.)

Oferty 4. podmiotów (z 04.11.2019 r., 22.10.2019 r., 06.11.2019 r., czwarta bez daty) wskazujące: czas wybranych dostaw i robót – kolumny DSM, roboty wzmocnieniowe; wykonanie i odbiór konstrukcji, wykonanie posadzki lastryko, wstępny harmonogram wskazujący w sumie 30 m-cy, wskazujący przy robotach nakładających się okres 22 m-cy.

4. Dowód O/7 (18.11.2019 r.)

Zestawienie porównawcze (tabela) Terminal Lotniczy w Gdańsku i Terminal Lotniczy w Radomiu – 6 pozycji.

C. MIRBUD S.A.:

Dowód O/1 (18.11.2019 r.)

„Lotnisko Radom-Sadków – symulacja harmonogramu”

Przedstawia w 67 pozycjach czas trwania realizacji (w tygodniach/dniach), wskazując końcowo termin realizacji zamówienia 27 m-cy.

II. Zamawiający – poza dowodami załączonymi do odwołania – załączył:

wydruk korespondencji elektronicznej z 13, 12 i 8 listopada 2019 r. dotyczącej harmonogramu projektowania, dostaw i montażu el. prefabrykowanych, w tym wyprodukowania słupów prefabrykowanych.

I. Termin realizacji zamówienia

Pierwotny termin realizacji zamówienia został wskazany: *Do 10 miesięcy od dnia podpisania*

umowy (Rozdział IV SIWZ).

W odwołaniach z 14 października 2019 r. wykonawcy żądali terminu realizacji zamówienia:

- HOCHTIEF Polska S.A. 30 m-cy
  - Budimex S.A. 22 m-cy
  - MIRBUD S.A. 27 m-cy
- średni termin 26,33 m-cy.

Zamawiający realizując ustawowy obowiązek związany z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniach, zobowiązał się do wykonania żądań zawartych w odwołaniach, co stało się podstawą nierozpoznania merytorycznego odwołań (25.10.2019 r. – umorzenie postępowania odwoławczego).

Zmiana SIWZ dokonana 24.10.2019 r. nie uwzględniła żądań wykonawców, bowiem termin realizacji zamówienia został wskazany: *Do 20 miesięcy od dnia podpisania umowy* (Rozdział IV SIWZ po zmianie 24 października 2019 r.).

W odwołaniach z 31 października i 4 listopada 2019 r. ci sami wykonawcy żądali terminu realizacji zamówienia:

- HOCHTIEF Polska S.A. 30 m-cy
  - Budimex S.A. 26 m-cy
  - MIRBUD S.A. 27 m-cy
- średni termin 27,66 m-cy.

Na rozprawie 14 i 18.11.2019 r. Odwołujący wskazali żądane terminy realizacji zamówienia, następująco:

- HOCHTIEF Polska S.A. 26 m-cy
  - Budimex S.A. 26 m-cy
  - MIRBUD S.A. 27 m-cy
- średni termin 26,33 m-cy

Zamawiający utrzymywał termin realizacji zamówienia 20 m-cy od daty podpisania umowy, powołując się na stanowisko dorady technicznej przedstawione w szacowanym harmonogramie stanowiącym załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołania – załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołania, wskazujący - termin 86 tygodni od dnia podpisania umowy, tj. 19,78 miesięcy.

W odpowiedzi na odwołania wskazał, że muszą być zachowane odpowiednie warunki by utrzymać ten termin, to m.in.:

- odpowiednia organizacja pracy

- uniezależnienie rozpoczęcia prac następczych od zakończenia poprzednich
- wyszczególnienie pól roboczych
- dobór ilości brygad oraz sprzętu, wybór technologii, częstotliwości dostaw,
- zakres projektów przekazywanych do zatwierdzenia.

W złożonych do akt sprawy harmonogramach Odwołujących i Zamawiającego opracowanych ze znacznym zróżnicowaniem co do szczegółowości, wynikają następujące terminy realizacji zamówienia:

- HOCHTIEF Polska S.A. 30 m-cy – w harmonogramie pominięto 2 kolumny, co sugeruje termin 28 m-cy
- Budimex S.A. 26 m-cy
- MIRBUD S.A. 27 m-cy  
średni termin 27 m-cy
- Zamawiającego termin 86 tygodni – 19,78 m-ca.

W zakresie terminów realizacji zadań wskazanych jako kamienie milowe oraz terminy ich realizacji na ścieżce krytycznej projektu – Odwołujący wskazali rozbieżne żądania, co do terminów ich realizacji (Budimex S.A. i MIRBUD S.A.), Odwołujący HOCHTIEF Polska S.A. pozostawił to do dostosowania we właściwy sposób.

#### Ocena Izby

Orzekając o zmianie terminu realizacji zamówienia z 20 miesięcy na 26 miesięcy od daty podpisania umowy oraz pozostawiając stosowne dostosowanie terminów realizacji zadań jako kamieni milowych w gestii Zamawiającego, Izba uznała, że wskazany termin jest realny, uwzględnia przedstawione okoliczności, na które miały wpływ:

- wyznaczenie początkowego 10-dniowego terminu realizacji zamówienia,
- w wyniku odwołań wykonawców 914 października 2019 r.), uznanych [na rynku] jak potwierdzono na rozprawie, żądających wyznaczenia dłuższych terminów realizacji – odpowiednio 30, 22, 27 m-cy, akceptacja żądań przez Zamawiającego oraz zobowiązanie do uwzględnienia tych żądań,
- zmiana z 10 na 20 m-cy terminu, wbrew poprzedzającym zobowiązaniem,
- brak przedstawienia uzasadnienia czynności Zamawiającego co do przyczyn wyznaczenia w terminów 10 m-cy, następnie 20 m-cy w kontekście akceptowanych odmiennych żądań wykonawców (Odwołujących),
- brak przedstawienia opracowania stanowiska doradcy technicznego w postaci opinii czy ekspertyzy, poza szacowanym harmonogramem realizacji zamówienia,
- brak dokumentu z oględzin terenu w ramach przeprowadzonej wizji lokalnej.

W zestawieniu z dowodami przedstawionymi przez Odwoływających – szczegółowsze harmonogramy, dokumenty porównawcze Terminali Lotniczych (z przeważającym wykazaniem porównywalności planowanej inwestycji z Portem Lotniczym Łódź im. W. Reymonta czy terminalem pasażerskim T2 w Porcie Lotniczym Gdańsk im. Lecha Wałęsy niż z Portem Lotniczym w Świdniku i Portem Lotniczym Olsztyn-Mazury „Szymany”), w tym w szczególności spójne, zbliżone stanowiska Odwoływających (średnia wnioskowanych terminów, to 26,33; 27,66; 26,33; 27 m-cy), stanowisko Zamawiającego co do realności przyjętego terminu realizacji zamówienia, zwłaszcza w kontekście czynności uwzględnienia zarzutów z ustawowym zobowiązaniem do respektowania żądań Odwoływających, jest mniej przekonujące i nie znajduje odzwierciedlenia w materiale dowodowym.

Dowody w postaci ofert ewentualnych podwykonawców oraz elektroniczna korespondencja Zamawiającego, są to niewątpliwie wskazówki co do terminów poszczególnych robót, procesu i sposobu pozyskiwania materiałów wykorzystywanych do budowy, jednakże dokumenty te poza faktem przygotowania ich w związku z postępowaniem odwoławczym (szczególnie te wystawione po datach wniesienia odwołań), stanowiąc pewną sugestię co do czasu trwania niezbędnych czynności wykonawcy, nie zostały jednak wykorzystane przez strony jako podstawy obliczenia przez nie terminów realizacji zamówienia, zarówno terminu wskazanego przez Zamawiającego, także przez Odwoływającego w sprawie, w której zostały złożone (KIO 2240/19).

## II. Pozacenowe kryterium oceny ofert (KIO 2241/19)

W pierwotnym opisie kryteriów oceny ofert, Zamawiający wskazał w Rozdziale XV pkt 1 SIWZ:

1.1. Cena – 90%

1.2. Okres gwarancji – 10%.

W zmienionej 24 października 2019 r. SIWZ Zamawiający wskazał (w rozdziale i punkcie jw.) kryteria oceny ofert:

1.1. Cena 86%

1.2. Okres gwarancji – 10%

1.3. Skrócenie terminu realizacji zamówienia – 4%.

W punkcie 2.3 Zamawiający opisał sposób stosowania kryterium następująco: Wykonawca otrzyma punkty w niniejszym kryterium jedynie, jeśli zaoferuje skrócenie terminu realizacji zamówienia, wyrażone w pełnych miesiącach w stosunku do terminu maksymalnego (wskazany jako 20 miesięcy od dnia podpisania umowy). Za skrócenie terminu realizacji o 1 miesiąc w stosunku do terminu maksymalnego wykonawca otrzyma dwa punkty; za skrócenie terminu realizacji o 2 miesiące w stosunku do terminu maksymalnego wykonawca otrzyma cztery punkty.  
Zarzut Odwoływającego:

- naruszenia z tego tytułu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp a także art. 5 i 353<sup>1</sup> kc przez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do nadużywania własnego prawa podmiotowego poprzez ustanowienie pozacenowego kryterium oceny ofert, polegającego na punktowaniu skrócenia terminu realizacji zamówienia, które nie tylko nie ma znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, lecz wręcz determinuje obniżenie tej jakości, co jest wprost sprzeczne z zamiarem ustawodawcy,
- wraz z żądaniem unieważnienia zmiany treści SIWZ w zakresie wprowadzenia nowego pozacenowego kryterium oceny ofert (skrócenie terminu realizacji)
- oraz nakazanie przywrócenia pierwotnych kryteriów oceny ofert, opublikowanych w dniu 3 października 2019 r., tj. o unieważnienie zmiany kryteriów oceny ofert z dnia 24 października 2019 r. (żądanie nr 2)
  - nie znajduje uzasadnienia.

Kryterium oceny ofert nie stanowi naruszenia wskazanego w odwołaniu przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 (*Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: pkt 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia*).

Kryterium jest *innym kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia*, a podane w punktach 1-6 kryteria, to kryteria przykładowe o czym świadczy zwrot „w szczególności”, tworzący tzw. katalog otwarty, nie zamykający innych możliwości ustanowienia kryterium odnoszącego się do innego zakresu przedmiotu zamówienia, nie wymienionego w ust. 2. Podstawę odwołania (tym samym zarzutu) stanowi wyłącznie niezgodna z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący nie wykazał takiej niezgodności, lecz powołał się na naruszenie prawa podmiotowego, ewentualne obniżenie jakości wykonania przedmiotu zamówienia oraz opinie w sprawie kryterium oceny ofert, poddające pod rozagę kryterium terminu realizacji zamówienia. Dowód złożony przez Zamawiającego – załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie – *Wyciąg z prezentacji „Nowe standardy budownictwa drogowego” Ministerstwa Infrastruktury i Budownictwa* – wskazuje termin realizacji jako pozacenowe kryterium oceny ofert.

III. Niewykonanie żądań z odwołania z 14.10.2019 r. KIO 2059/19 (zarzuty odwołań uwzględnionych w całości) – wniosek: nakazanie wykonania żądań (KIO 2241/19)

Izba wskazuje brak regulacji prawnych stanowiących podstawę nakazania wykonania żądań z poprzedniego odwołania, którego zarzuty zostały uwzględnione przez Zamawiającego w całości

czy części.

Przepis art. 186 ust. 3 Pzp, to uprawnienie Zamawiającego uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które skutkuje obowiązkiem wykonania żądań w nim zawartych. Nie występuje ochrona prawna wykonawcy poza możliwością wniesienia odwołania wskazującego zarzuty dotyczące czynności do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy i zaniechania czynności - naruszających przepisy ustawy, czyli wniesienia nowego odwołania z zachowaniem terminu i nie podlegającego odrzuceniu na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jak ma to miejsce w tym przypadku.

Reasumując powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpisy uiszczone przez Odwołujących łącznie w kwocie 60 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia; zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołujących: A. HOCHTIEF Polska S.A., B. Budimex S.A., C. MIRBUD S.A. kwoty po 20 000 zł stanowiące uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące równowartość wpisów od odwołań oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołujących: A. HOCHTIEF Polska S.A. sygn. akt KIO 2213/19 i C. MIRBUD S.A. sygn. akt KIO 2241/19 po 3 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....