

Sygn. akt: KIO 1967/20

Sygn. akt: KIO 1973/20

Sygn. akt: KIO 1977/20

Sygn. akt: KIO 1983/20

WYROK

z dnia 15 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**
Anna Osiecka
Małgorzata Matecka

Protokolant: **Rafał Komoń**
Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 9 i 10 września 2020r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020r. przez:

1. **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1967/20,**
2. **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1973/20,**
3. **HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1977/20,**
4. **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Sygn. akt: KIO 1983/20**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej**

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

1. **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1967/20, KIO 1977/20, oraz KIO 1983/20,
2. **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1967/20, KIO 1977/20 oraz KIO 1983/20,

3. **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1967/20, KIO 1973/20, KIO 1977/20,
4. **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1977/20,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1967/20: i nakazuje Zamawiającemu:
 - a. modyfikację warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c poz. 1 dotyczącego Kierownika Kontraktu przez wykreślenie pkt 3 dotyczącego wymogu posiadania przez Kierownika Kontraktu kwalifikacji do zarządzania wymienionymi projektami,
 - b. wykreślenie pkt 5.3 oraz 5.4 Wzoru umowy.
 - c. modyfikację pkt 5.8 Wzoru umowy przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub innej Dokumentacji Formalnej wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność uzyskania takich dokumentów wynika z naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, zaproponowanych przez wykonawcę i nie będzie wynikać z błędów lub wad dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy.
 - d. modyfikację pkt 18.1.1, pkt 18.1.2 oraz pkt 18.1.3 Wzoru umowy w taki sposób, aby obowiązek zapłaty kar umownych dotyczył przypadków zwłoki wykonawcy a nie opóźnienia.
 - e. wykreślenie z pkt 16.4 oraz pkt 16.9.2 Wzoru umowy sformułowania „Gwarancja”
 - f. wykreślenie z pkt 12.6 Wzoru umowy postanowienia wyłączonego możliwości waloryzacji sądowej wynagrodzenia o treści „...i nie podlega waloryzacji w trakcie realizacji Umowy. Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ k.c., 630 k.c. oraz 632§ 2 k.c.”
 - g. wykreślenie z pkt 21.1.3 Wzoru umowy przesłanek odstąpienia od umowy określonych w pkt d, e, o
- 1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie pkt 6.2.2a SIWZ oraz pkt 6.2.2c SIWZ
- 1.2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania SKANSKA S.A. oddala.

2. uwzględnia odwołanie BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1973/20 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c poz. 1 dotyczącego Kierownika Kontraktu przez wykreślenie pkt 3 dotyczącego wymogu posiadania przez Kierownika Kontraktu kwalifikacji do zarządzania wymienionymi projektami,

2.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z pkt 2 petitum odwołania BUDIMEX S.A..

3. uwzględnia odwołanie HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1977/20 i nakazuje Zamawiającemu:

a. wykreślenie z rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. a pkt c sformułowania o treści „wymaga się by obiekt referencyjny został wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku” ,

b. modyfikację wymagań z rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c poz. 3 i 4 dotyczących:

- kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

- kierownika robót w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przez nadanie im brzmienia o treści:

„3. Doświadczenie zawodowe:

a. w okresie 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy przy: realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt. 2.a)

lub

b. realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt. 2 b)”,

c. modyfikację treści rozdz. XI pkt 5 zdanie drugie SIWZ w zakresie kryterium selekcji przez dopuszczenie możliwości przyznawania punktów w kryterium selekcji także za roboty budowlane wykonane przez podmioty trzecie, o ile zrealizują one zakres zamówienia, objęty kryterium selekcji,

d. modyfikację pkt 18.1.1, pkt 18.1.2 oraz pkt 18.1.3 Wzoru umowy w taki sposób, aby obowiązek zapłaty kar umownych dotyczył przypadków zwłoki wykonawcy a nie opóźnienia,

e. wykreślenie z pkt 21.1.3 Wzoru umowy przesłanek odstąpienia od umowy określonych w pkt d, e, o,

f. modyfikację pkt 5.8 Wzoru umowy przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub innej Dokumentacji Formalnej wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność uzyskania takich dokumentów wynika z

naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, zaproponowanych przez wykonawcę i nie będzie wynikać z błędów lub wad dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy,

g. modyfikację pkt 27.1 Wzoru umowy przez sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac, wynikających z umowy,

h. modyfikację pkt 27.6 Wzoru umowy przez wprowadzenie jednoznacznego obowiązku Zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów wykonawcy, jakie poniósł na skutek zawieszenia realizacji umowy,

i. modyfikację pkt 28.8.1 oraz 28.8.2 Wzoru umowy przez wprowadzenie jednoznacznego obowiązku Zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów wykonawcy, jakie poniósł na skutek wstrzymania realizacji umowy.

j. modyfikację pkt 14.19.1 Wzoru umowy przez wskazanie, że przeniesienie na żądanie Zamawiającego przez wykonawcę praw w zakresie gwarancji jakości wynikających z umów zawartych z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów obliguje Zamawiającego do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji oraz zwolnienia wykonawcy, w odpowiednim zakresie z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji.

3.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów z pkt II A oraz pkt II C lit a petitum odwołania HOCHTIEF Polska S.A.,

3.2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania HOCHTIEF Polska S.A. oddala.

4. uwzględnia odwołanie STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Sygn. akt: KIO 1983/20 i nakazuje Zamawiającemu:

a. wykreślenie z pkt 1.1.4 projektu umowy część IV SIWZ pkt a sformułowania o treści „w tym Projekt Wykonawczy”,

b. modyfikację pkt 1.1.34 projektu umowy część IV SIWZ przez zastąpienie sformułowania „przez Wykonawcę” sformułowanie „przez Zamawiającego”,

c. wykreślenie z pkt 7.1 projektu umowy część IV SIWZ sformułowania o treści „w tym Projekty Wykonawcze”,

d. wykreślenie pkt 3 w rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c poz. 1 dotyczącego wymogu posiadania przez Kierownika Kontraktu kwalifikacji do zarządzania wymienionymi projektami.

5. kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego łączną kwotę **80 000 zł 00 gr** (słownie: osiemdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących się **SKANSKA S.A., BUDIMEX S.A., HOCHTIEF Polska S.A.** oraz **STRABAG Sp. z o.o.** tytułem wpisów od odwołań,

5.2. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej** na rzecz **SKANSKA S.A.** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

5.3. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej** na rzecz **BUDIMEX S.A.** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

5.4. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej** na rzecz **HOCHTIEF Polska S.A.** 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 zgodnie ze złożoną fakturą.

5.5. zasądza od **Polskich Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o.** 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 zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polskie Sieci Energetyczne S.A. - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlano - montażowe związane z realizacją inwestycji pn. „Budowa nowej siedziby i zagospodarowanie terenu PSE S.A. w Radomiu”. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2020r. pod nr 2020/S 150-368757.

W dniu 17 sierpnia 2020r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wobec treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz Wzoru umowy, wniesione przez wykonawców:

- i. SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1967/20,
- ii. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1973/20,
- iii. HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Sygn. akt: KIO 1977/20,
- iv. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Sygn. akt: KIO 1983/20

Odwołanie SKANSKA S.A., Sygn. akt: KIO 1967/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 14 PZP w zw. z art. 5 kc w zw. z art 58 § 1 kc. i art. 3531 kc poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

- dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jako otwarty katalog robót, czynności i innych zobowiązań wykonawcy, oraz
- przeniesieniu całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, w szczególności poprzez przerwyczenie na Wykonawcę niezidentyfikowanych ryzyk, odpowiedzialności za dokumentację projektową, której nie jest autorem, dopuszczenie

uzupełnienia przez Zamawiającego dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia po terminie składania ofert, uzależnienie zakresu świadczeń Wykonawcy od zdarzeń od niego niezależnych, przyszłych i niepewnych, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 3531 kc.

- uniemożliwieniu Wykonawcom możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria, pozwalające na przyjęcie przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi jedyne kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu tj. 100%. Czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kc.

2. art. 144 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 oraz art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 i 651 k.c. zw. z art. 3531 k.c. poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na

- ukształtowaniu postanowień dotyczących sposobu kalkulacji wynagrodzenia oraz zasad jego rozliczenia w sposób uniemożliwiający Wykonawcom rzetelną wycenę i złożenie porównywalnych ofert,

- ukształtowaniu istotnych postanowień umowy (takich jak m.in. terminy wykonania zobowiązań każdej ze stron, zmiany zakresu robót, wyłączenie waloryzacji ceny, zawieszenie lub wstrzymanie, umowne prawo odstąpienia) w sposób stanowiący nadużycie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego w zasadzie kształtowania warunków kontraktu i całkowite przerwienie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia zdarzeń, które co do zasady mają charakter obiektywny, wyjątkowy i niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty;

- przeniesieniu pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w Projekcie Umowy okoliczności uprawniających Wykonawcę do istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, a czego Zamawiający nie uczynił.

3. art. 7 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 1-3 PZP, art. 31 ust. 1-3 PZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 kc, art. 654 kc, art. zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:

- ukształtowaniu w Projekcie Umowy zasad odbiorowych, które nie definiują jednoznacznie, że Zamawiający dokona odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia podczas tego odbioru wykonania robót i braku istotnych wad, w sytuacji gdy wykonanie robót budowlanych z drobnymi usterkami lub wadami nieistotnymi nie stanowi o niewykonaniu zobowiązania umownego wykonawcy w świetle przepisów kodeksu cywilnego,
- ukształtowaniu w Projekcie Umowy zasad odbioru końcowego jako wieloetapowego, w sposób uzależniający zachowanie terminu wykonania zamówienia oraz możliwość wystawienia faktury i rozliczenia wynagrodzenia od okoliczności pozostających poza kontrolą Wykonawcy, tj. od podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego, pomimo że zakończenie wszystkich robót bez istotnych wad oraz uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie inwestycji będzie już przez Wykonawcę wykonane i potwierdzone przez Zamawiającego Protokołem Odbioru Technicznego oraz pomimo, że na mocy Protokołu Odbioru Technicznego nastąpiło już przejęcie przedmiotu umowy przez Zamawiającego;
- zobowiązaniu Zamawiającego w przypadku odstąpienia od Umowy do zapłaty wynagrodzenia za te roboty oraz wbudowane materiały i urządzenia, które stanowią zakończone i odebrane etapy robót, według stanu na dzień odstąpienia, a za roboty w toku - pod warunkiem stwierdzenia przez Zamawiającego ich przydatności dla dalszej realizacji przedmiotu zamówienia, bez zwrotu za pozostałe nakłady poniesione na przyszłe wykonanie przedmiotu Umowy;
- ukształtowaniu w Projekcie Umowy postanowień przewidujących bardzo rygorystyczne zasady oraz terminy usuwania wad nieuzasadnione rodzajem robót czy obiektywnymi potrzebami Zamawiającego;
- zobowiązaniu Wykonawcy do usuwania/naprawy wad zgodnie z warunkami umowy nawet wówczas, gdy wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za te wady z tytułu rękojmi czy gwarancji, pod rygorem zapłaty kar umownych;
- ukształtowaniu w Projekcie Umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady i gwarancji pomimo dokonywania przez Zamawiającego zmian w przedmiocie umowy.

4. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. art. 471, 472, 483 § 1, art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na:

- ukształtowaniu w Części IV SIWZ „Projekt umowy” kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia, terminów pośrednich oraz terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych w toku realizacji lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy Wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów oraz w rażąco wygórowanych, nierynkowych wysokościach;

- ukształtowaniu w Projekcie Umowy rażąco wysokiego limitu kar w wysokości 25% wynagrodzenia umownego Wykonawcy, tj. wysokości znacząco przekraczającej wysokość kary za odstąpienie,

- ukształtowaniu w Projekcie Umowy postanowień w zakresie kar umownych w sposób jednostronny, przyznający prawo do naliczenia kary umownej wyłącznie Zamawiającemu, w tym w szczególności braku możliwości naliczenia przez Wykonawcę kary umownej za odstąpienie przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn obciążających Zamawiającego, przy jednoczesnym takim uprawnieniu dla Zamawiającego, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania, wypaczeniu postulatów równości stron umowy o roboty budowlanego i nieuprawnionym uprzywilejowaniu Zamawiającego wobec Wykonawcy

5. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegający na :

- sformułowaniu postanowień Projektu Umowy w sposób jednostronny, faworyzujący Zamawiającego, co stanowi nadużycie uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego w zasadzie kształtowania warunków kontraktu i całkowite przerwienie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia zdarzeń, które co do zasady mają charakter obiektywny, wyjątkowy i niemożliwy do przewidzenia na etapie składania oferty (m.in. wymóg uwzględnienia w cenie kosztów wydłużonej realizacji zamówienia niezależnie od przyczyn, w tym wystąpienia

zagrożenia epidemiologicznego, brak jasnej regulacji w zakresie uprawnień Wykonawcy do czasu i kosztu na wypadek zawieszenia robót lub wstrzymania robót);

- ukształtowaniu zapisów Projektu umowy w sposób jednostronny, nakazujący Wykonawcy uzyskiwanie zatwierdzeń Zamawiającego bez wskazania terminów na zajęcie stanowiska przez Zamawiającego czy jasnych kryteriów odmowy zatwierdzenia, przyznający zamawiającemu decydujące stanowisko w kwestiach spornych w toku realizacji zamówienia; konieczność zapewnienia zbyt szerokiego dostępu do terenu budowy dla osób upoważnionych przez Zamawiającego, pieczy nad terenem budowy nawet po dokonaniu przez zamawiającego odbioru robót.

6. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 147 ust. 2 PZP w zw. z art. 150 ust. 2 PZP w zw. z art. 151 ust. 2 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) kc i art. 58 § 3 kc, art. 5 kc poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a ponadto sprzeczny z przepisami PZP, polegający na :

- ukształtowaniu zapisów Projektu umowy w sposób przewidujący tworzenie przez Zamawiającego obok ustanowionego zgodnie z przepisami PZP zabezpieczenia należytego wykonania umowy de facto dodatkowych form takiego zabezpieczenia podczas realizacji zamówienia (m.in. w formie zatrzymania wynagrodzenia, zaliczenia wierzytelności wykonawcy), których łączna wartość przekroczy ustawowy limit wynoszący 10% ceny oferty.

- ukształtowaniu zapisów projektu umowy w sposób przewidujący, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy obejmuje swym zakresem także roszczenia/uprawnienia z gwarancji jakości i podlega zwrotowi po zakończeniu okresu gwarancji, podczas gdy z przepisów PZP, interpretowanych zgodnie z utrwalonym w doktrynie i judykaturze poglądem, bezsprzecznie wynika, iż zabezpieczenie to nie obejmuje roszczeń z gwarancji a jedynie roszczenia z tytułu rękojmi za wady i druga część zabezpieczenia podlega zwrotowi nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

7. art. 22a ust. 1 a PZP oraz art. 22d ust. 1 PZP w związku z art. 7 PZP poprzez sformułowanie nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisanych szczegółowo w uzasadnieniu: zdolności zawodowych, w tym zdolności technicznej lub zawodowej oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz

sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym i przygotowanym do jego realizacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania jednoznacznego i wyczerpującego Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego stron zgodnie z przepisami prawa oraz zasadami współżycia społecznego poprzez zmianę postanowień SIWZ i Wzoru Umowy, tj. nakazanie:

1. dokonania modyfikacji treści Części I SIWZ Rozdział XVIII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” poprzez nadanie jej następującego brzmienia (fragmenty przekreślone należy usunąć):

pkt. 2):

„Oferowana cena powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy i opłaty związane z realizacją zamówienia w zakresie robót przewidzianych w dokumentacji projektowej i technicznej załączonej do SIWZ. ”

pkt. 8):

„Cena oferty musi określać wynagrodzenie ryczałtowe za realizację zamówienia, które uwzględniać będzie wszystkie wymagania wykonania zamówienia oraz obejmować wszelkie koszty niezbędne do kompletnej realizacji zamówienia, jakie poniesie Wykonawca z tytułu jego realizacji wraz z podatkiem VAT. Obowiązek uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia dotyczy wyłącznie kosztów możliwych do oszacowania na podstawie załączonej przez Zamawiającego do SIWZ dokumentacji, nie obejmuje zaś kosztów niemożliwych do przewidzenia lub wyceny na etapie oferowania, w szczególności wynikających z błędów/braków w dokumentacji, odmiennych od wskazanych w dokumentacji warunków gruntowych, wodnych, archeologicznych, ujawnienia się niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych instalacji podziemnych itp. Prace niezbędne dla kompletnego wykonania umowy, a nie objęte SIWZ oraz Zatwierdzonym projektem budowlanym, decyzją o pozwoleniu na budowę i dokumentacją projektową stanowią roboty dodatkowe, za które wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie. ”

pkt. 9):

„Za sposób sporządzenia kalkulacji wynagrodzenia odpowiada wyłącznie Wykonawca. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów obciążają Wykonawcę. ~~— musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę realizacji zamówienia. ”~~

pkt. 19) lit. g):

„Przyjmuje się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się z dokumentami przetargowymi, z zakresem elementów przedmiotu zamówienia, warunkami umownymi, specyfikacjami STWiORB oraz sposobem wykonania elementów przedmiotu zamówienia. Dokonał wizji lokalnej i zapoznał się terenem i otoczeniem budowy. Całość zamówienia winna być wykonana zgodnie z dokumentacją projektową i techniczną załączoną do SIWZ. ~~zamierzeniem Zamawiającego~~. Uznaje się, że Wykonawca uwzględnił w wycenie wszystkie prace niezbędne do realizacji Inwestycji na podstawie SIWZ i dokumentów przetargowych. Krótkie opisy pozycji przedstawione w zestawieniu Przedmiarów są podane tylko dla celów identyfikacyjnych elementów przedmiotu zamówienia i w żaden sposób nie modyfikują i nie anulują szczegółowych opisów zawartych w dokumentacji przetargowej. W związku z powyższym podane w ofercie kwoty muszą obejmować wszelkie wydatki ~~poboczne i nieprzewidziane~~ oraz wszelkie ryzyka związane z budową, ukończeniem, uruchomieniem i konserwacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową załączoną do SIWZ, w tym wszystkie koszty stałe, koszty ogólne, zysk i podobnego rodzaju obciążenia. Wykonawca wypełni tabelę RCO dla wszystkich przedstawionych pozycji. ”

2. dokonania zmian w treści Części IV SIWZ (Projekt Umowy) oraz załączników nr 3 i nr 11 ABC do Umowy - w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu odwołania (fragmenty przekreślone należy usunąć);

3. dokonania jednoznacznego i wyczerpującego Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez jednoznaczne zdefiniowanie przez Zamawiającego oczekiwanego efektu, wymaganych parametrów wykonanych robót oraz określenie zamkniętego katalogu robót, opracowań projektowych, decyzji administracyjnych i innych zobowiązań, jakie Wykonawcy mają skalkulować w ofercie, w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz załącznikach do Umowy.

4. dokonania zmian w treści SIWZ w pkt 6.2 2) a), pkt 6.2.2) c) w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu odwołania;

Odwołanie Budimex S.A. Sygn. akt: KIO 1973/20.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie kwalifikacji osoby wskazanej na stanowiska Kierownika kontraktu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania

przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych na stanowiska Kierownika budowy, Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i dokonanie modyfikacji treści SIWZ i Ogłoszenia dotyczących warunków udziału w postępowaniu w następujący sposób:

- I. Rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c ppkt 1 SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

„Kierownik kontraktu:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Doświadczenie zawodowe: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków kierował zespołem Nadzoru Inwestorskiego, Inżyniera Kontraktu lub Kierownika Projektu (Project Manager) przy:
 - a. realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b), lub realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center, opisanego w pkt.2.a),oraz
 - b. czas kierowania zespołem nie może być krótszy niż 12 miesięcy dla każdego obiektu, oraz
 - c. budynek został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano decyzję o pełnieniu pozwolenie na użytkowanie,
3. Minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w funkcji kierownika zespołu Nadzoru Inwestorskiego, Inżyniera Kontraktu lub Kierownika Projektu (Project Menager) przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego.

II. Rozdz. VI pkt 21 ppkt 2 lit. c ppkt 2-4 SIWZ przez nadanie mu następującego brzmienia:

2. „Kierownik budowy:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy przy: realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt.2.a);

oraz

- b. posiada łącznie minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy podczas realizacji robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego.

3. kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt.2. a); oraz
 - b. posiada łącznie minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych podczas realizacji robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego.

4. kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt.2.a);
oraz
 - b. posiada łącznie minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy, lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych podczas realizacji robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego.

Alternatywnie:

2. „Kierownik budowy:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy przy: realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt.2.a);

2a.kierownik robót konstrukcyjno -budowlanych:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy:

realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt. 2.b).

3.kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z doświadczeniem w obiektach typu data Center:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - b. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w pkt. 2. a);

3a.kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z doświadczeniem w obiektach typu biurowego:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b).
4. kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w obiektach typu data center:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center** opisanego w pkt.2.a);

4a.kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych elektroenergetycznych z doświadczeniem w obiektach typu biurowego:

1. Wykształcenie: wyższe techniczne
2. Uprawnienia budowlane: uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.
3. Doświadczenie zawodowe:
 - a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych elektroenergetycznych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b).

UWAGA:

Dopuszczalne jest:

- wykazywanie spełniania warunków dotyczących kierownika budowy i kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych przez tą samą osobę;
- wykazywanie spełniania warunków dotyczących kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych z doświadczeniem w obiektach typu data center oraz obiektach typu biurowego przez tą samą osobę;

Odwołanie HOCHTIEF Polska S.A., Sygn. akt: KIO 1977/20,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a. art. 22 ust. 1 a Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez opisanie w rozdz. VI punkt 2). 2 a) lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, polegający na określeniu wymogu wykonania budynku referencyjnego zawierającego co najmniej 100 szt. Szaf Rack, w sytuacji gdy zasadą jest montaż tego typu urządzeń przez dostawców branżowych, a nie wykonawców robót budowlanych, już po odbiorze budynku przez inwestora - co w znaczący i nieuzasadniony sposób ogranicza krąg wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu, a jednocześnie ukierunkowuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konkretne projekty realizowane przez ograniczoną do minimum liczbę wykonawców;
- b. art. 22 ust. 1a PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie w Rozdziale VI punkt 2). 2 a) lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, polegający na wymogu zrealizowania obiektu referencyjnego od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu budynku istniejącego, w sytuacji w której obiekty typu Data Center w dużej liczbie przypadków lokowane są w już istniejących budynkach, po dokonaniu odpowiedniej przebudowy i adaptacji, zaś zdolność wykonawcy do realizacji budynku od podstaw jest ujęta wyczerpująco w warunku zawartym w Rozdziale VI punkt 2). 2 b) SIWZ - co w znaczący i nieuzasadniony sposób ogranicza krąg wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu, a jednocześnie ukierunkowuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konkretne projekty realizowane przez ograniczoną do minimum liczbę wykonawców;
- c. art. 22 ust. 1a PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie w Rozdziale VI punkt 2). 2 c) pozycje 2, 3 i 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i zbyt rygorystyczny, a nadto niekonsekwentny, polegający na wskazaniu dla:
- a. Kierownika budowy,
 - b. Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
 - c. Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych

wymogu doświadczenia w dwóch budynkach referencyjnych (typu Data Center oraz typu biurowego), podczas gdy należyte doświadczenie zapewnia sprawowanie ww. funkcji w ramach realizacji jednego z takich budynków, analogicznie jak ma to miejsce w odniesieniu do Kierownika kontraktu (poz. Nr 1) czy Kierownika robót w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (pozycja nr 5) - co w znaczący i nieuzasadniony sposób ogranicza krąg wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu, a jednocześnie ukierunkowuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konkretne projekty realizowane przez ograniczoną do minimum liczbę wykonawców,

d. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 51 ust. 2 PZP w zw. z art. 134 ust. 3d PZP poprzez określenie w Rozdziale XI punkt 1) SIWZ kryteriów selekcji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i realiów rynkowych, wyrażający się w premiowaniu większego niż wymagane doświadczenia w realizacji obiektów referencyjnych typu Data Center w sposób, który zakłada możliwość zrealizowania trzech i więcej obiektów określonych w Rozdziale VI pkt. 2).2a - podczas gdy w okresie ostatnich 10 lat liczba takich obiektów, które spełniają wymogi Zamawiającego, nie pozwala na spełnienie osiągnięcie takiego doświadczenia, a ponadto już realizacja dwóch obiektów tego typu gwarantuje Zamawiającemu powtarzalność doświadczenia,

e. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 51 ust. 2 PZP w zw. art. 36 a) ust. 1 PZP w zw. z art. w zw. z art. 134 ust. 3d PZP poprzez określenie w Rozdziale XI punkt 5) SIWZ kryteriów selekcji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez przyznawanie punktów w kryterium selekcji, które uzależnione jest nie od sposobu realizacji Zamówienia czy też właściwości organizacyjnych charakterystycznych dla danego Wykonawcy, lecz od konfiguracji podmiotowej w ramach niniejszego postępowania - w szczególności to samo doświadczenie reprezentowane przez podmioty profesjonalne, będzie skutkowało uzyskaniem dodatkowej punktacji w przypadku konsorcjum, a już nie w przypadku podwykonawstwa lub udostępnienia zasobów - co jest niemożliwe do pogodzenia z zasadą dopuszczalności korzystania z podwykonawców, oraz może prowadzić do utraty możliwości ubiegania się o zamówienie właśnie z powodu określonej konfiguracji podmiotowej po stronie wykonawcy,

f. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 353 [1] Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie warunków umowy o realizację zamówienia publicznego w Postępowaniu w sposób 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, polegające na:

- i. obarczeniu wykonawcy w pkt 18.1.1, pkt 18.1.2 oraz pkt 18.1.3 Wzoru umowy obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku wystąpienia opóźnienia, a nie zwłoki, podczas gdy brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla przerwania na wykonawcę odpowiedzialności za skutki zdarzeń, na które wykonawca nie ma i nie może mieć wpływu,
- ii. obarczeniu wykonawcy w pkt 18.1.13 Wzoru umowy obowiązkiem zapłaty kary umownej w znacznej wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek niezachowania (braku spełnienia) przez budynek w okresie Gwarancji któregośkolwiek z Parametrów Gwarantowanych, w sytuacji gdy zwrot „Parametry Gwarantowane” nie został zdefiniowany, co w konsekwencji umożliwia Zamawiającemu naliczenie kary umownej w sposób arbitralny i dowolny,
- iii. zastrzeżeniu dla Zamawiającego kary umownej za opóźnienie w realizacji Zamówienia - w wysokości - 0,5 % (pięć dziesiątych procenta) Wynagrodzenia, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia liczonej od terminu określonego w pkt 10A Umowy [Terminy Związane z Realizacją Umowy] (pkt 18.1.1 Wzoru umowy) oraz kary umownej za opóźnienie w zakończeniu realizacji któregośkolwiek Etapu Przedmiotu Umowy - w wysokości określonej dla danego Etapu w Załączniku nr 3 - Harmonogram Rzeczowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia liczony od daty zakończenia realizacji danego Etapu Przedmiotu Umowy, określonego w Załączniku nr 3 - Harmonogramu Rzeczowego (pkt 18.1.3 Wzoru umowy) oraz jednoznacznym wskazaniu w pkt 18.3.1 Wzoru umowy na możliwość kumulowania kar umownych, co prowadzi do:
- możliwości kumulowania przez Zamawiającego kar umownych zarówno za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych Etapów wskazanych w Harmonogramie Rzeczowym, jak również za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy,
 - możliwości uzyskania zaspokojenia kar umownych za opóźnienie w realizacji Etapów wskazanych w Harmonogramie Rzeczowym, również w sytuacji gdy termin wykonania przedmiotu umowy został zachowany,
- co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego,
- iv. zastrzeżeniu dla Zamawiającego kary umownej za odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego w wysokości 15% Wynagrodzenia (pkt 18.2.1 Wzoru umowy), która to kara umowna, przy uwzględnieniu szerokiego katalogu podstaw do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, jest karą rażąco i nadmiernie wygórowaną,
- v. zastrzeżeniu przez Zamawiającego:

- górnego limitu kar umownych przewidzianych w pkt. 18.1 oraz w pkt 18.2.1 Wzoru umowy do równowartości aż 20% Wynagrodzenia (pkt 19.3.2 Wzoru umowy), które to zastrzeżenie - przy uwzględnieniu niezwykle szerokiego katalogu kar umownych wskazanych w pkt 18.1 Wzoru umowy - obarcza Wykonawcę zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego,

- górnego limitu wszystkich zastrzeżonych w Umowie kar umownych na poziomie aż 25% Wynagrodzenia (pkt 19.3.2 Wzoru umowy), które to zastrzeżenie - przy uwzględnieniu niezwykle szerokiego katalogu kar umownych określonych we Wzorze umowy - obarcza Wykonawcę zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego,

vi. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy *jeżeli Wykonawca pozostaje w opóźnieniu przekraczającej 30 (trzydzieści) dni co do terminów wynikających z Harmonogramu Rzeczowego* (pkt 21.1.1 Wzoru umowy), niezależnie od tego czy opóźnienie jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca oraz niezależnie od tego czy opóźnienie w realizacji danego Etapu może w jakikolwiek sposób mieć wpływ (zagrozić) terminowi wykonania przedmiotu umowy,

vii. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę istotnych zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, lub uporczywego niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego rodzaju zobowiązania lub zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy (pkt 21.1.3 Wzoru umowy), co w połączeniu z:

- z brakiem zdefiniowania (sprecyzowanie) co należy rozumieć przez istotne zobowiązania wynikające z Umowy (w tym zakresie wskazano wyłącznie przykładowy katalog naruszeń, które stanowią naruszenie istotnych postanowień umowy),

- umożliwieniem odstąpienia od Umowy w przypadku nienależytego wykonywania przez wykonawcę niezdefiniowanego *innego rodzaju zobowiązań*, bez względu na wagę i rodzaj naruszeń,

- umożliwieniem odstąpienia od Umowy w przypadku nienależytego wykonywania przez wykonawcę innego rodzaju zobowiązań wynikających z Umowy, bez względu na rodzaj i wagę naruszeń,

uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 15% Wynagrodzenia,

viii. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku *przerwania wykonywania Robót i Prac na okres dłuższy niż 7 (siedem) dni* (pkt 21.1.3 lit. d) Wzoru umowy), niezależnie:

- od tego czy przerwa w realizacji Robót i Prac może w jakikolwiek sposób mieć wpływ (zagrozić) terminowi wykonania przedmiotu umowy lub poszczególnych Etapów,
- od wagi i rodzaju naruszeń,
- zawinienia wykonawcy, co w rezultacie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 15% Wynagrodzenia,

ix. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy Wykonawca nie stosuje się do poleceń Zamawiającego (pkt 21.1.3 lit. e) Wzoru umowy), niezależnie:

- od tego czy polecenia Zamawiającego mają racjonalne uzasadnienie,
- od tego czy brak niestosowania się do poleceń Zamawiającego może mieć jakikolwiek wpływ na należyte wykonanie Umowy przez wykonawcę,
- od wagi i rodzaju naruszeń,

co w rezultacie uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 15% Wynagrodzenia,

x. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy w przypadku, realizacji Umowy w sposób zagrażający prawidłowemu funkcjonowaniu Inwestycji (pkt 21.1.3 lit. m) Wzoru umowy), co w zestawieniu z brakiem określenia co należy rozumieć przez realizację Umowy w sposób zagrażający prawidłowemu funkcjonowaniu Inwestycji, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 15% Wynagrodzenia,

xi. zastrzeżeniu dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od Umowy, w przypadku *nieuzyskania akceptacji Zamawiającego co do SHRZ lub PZJ* (pkt 21.1.3 lit o) Wzoru umowy) co w zestawieniu z brakiem określenia przesłanek, które uprawniają Zamawiającego do odmowy akceptacji przedmiotowych dokumentów, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy faktycznie według uznania Zamawiającego i naliczenia z tego tytułu kary umownej w wysokości 15% Wynagrodzenia,

xii. obarczeniu wykonawcy w pkt 12.3 oraz 12.4 Wzoru umowy niczym nieuzasadnionym, niedającym się oszacować i przewidzieć, ryzykiem polegającym na wskazaniu, iż

wynagrodzenie wykonawcy uwzględni wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, wymienione w pkt 12.3 oraz 12.4 Wzoru umowy, które to ryzyka nie są możliwe do oszacowania, a których wystąpienie pozostaje całkowicie niezależne od wykonawcy, co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego,

- nałożeniu na wykonawcę w pkt 5.8 Wzoru umowy obowiązku uzyskania w ramach Wynagrodzenia nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, jeżeli okaże się to konieczne w wyniku naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, podczas gdy przedmiotowy obowiązek pozostaje niezależny od powodów/przyczyn wystąpienia konieczności uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,
- naniesienie poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej może być skutkiem błędów popełnionych przez Projektanta,
- ryzyko konieczności występowania o uzyskanie nowego ostatecznego pozwolenia na budowę pozostaje niemożliwe do oszacowania, gdyż w wielu przypadkach konieczność wystąpienia o uzyskanie przedmiotowych dokumentów, na etapie realizacji Umowy, będzie całkowicie niezależna od wykonawcy,

co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego,

xiv. obciążeniu wykonawcy w okresie Rękojmi i Gwarancji (wynoszącym 15 lat) obowiązkiem:

- uruchomienia i utrzymywania działającego całodobowo kanału do zgłaszania Wad drogą telefoniczną i elektroniczną (pkt 4.29, pkt 14.5, pkt 6.1.5 Wzoru umowy),
 - usunięcia wady o charakterze Wady Limitującej w okresie nie dłuższym niż 24 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego (pkt. 14.6, 14.6.4 Wzoru umowy),
 - wykonania czynności wskazanych w pkt 14.6.1-14.6.3 Wzoru umowy, w okresie nie dłuższym niż 24 godziny od chwili otrzymania zgłoszenia (pkt 14.6.1 - pkt 14.6.3 Wzoru umowy),
 - opracowania, w odniesieniu do wystąpienia Wad innych niż Wady Limitujące, opisu metody usunięcia wady i harmonogramu jej usunięcia w ciągu 24 godzin od momentu zgłoszenia ich przez Zamawiającego (pkt 14.13 Wzoru umowy),
- który to obowiązek, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, pozostaje nadmierny, nieproporcjonalny i niecelowy

xv. nałożeniu na wykonawcę obowiązku zachowania poufności określonego w pkt 23.9

Wzoru umowy w postaci zobowiązania do zachowania poufności obejmującego warunki zawarcia i wykonania umowy, podczas gdy tak określone zobowiązanie do zachowania poufności narusza zasadę jawności umów określoną w art. 139 ust 3 PZP,

xvi. umożliwieniu Zamawiającemu w pkt 25.1.6 Wzoru umowy dokonania arbitralnej zmiany wykonawcy realizującego umowę w sprawie zamówienia publicznego, skutkującej obowiązkiem zapłaty przez Zamawiającego niższego, niż wskazane w ofercie, Wynagrodzenia wykonawcy, co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego

xvii. umożliwieniu Zamawiającemu w pkt 27 Wzoru umowy dokonanie arbitralnego zawieszenia realizacji robót lub prac, co uprawnia wykonawcę do odstąpienia od umowy dopiero po upływie 6 miesięcy od daty rozpoczęcia biegu okresu zawieszenia, a ponadto umożliwieniu Zamawiającemu, w pkt 27.6 Wzoru umowy, dokonanie arbitralnej odmowy zwrotu kosztów poniesionych przez Wykonawcę na skutek zawieszenia realizacji któregokolwiek lub wszystkich zobowiązań wynikających z umowy,

xviii. przyznaniu w pkt 28.6 Wzoru umowy wyłącznie Zamawiającemu uprawnia do odstąpienia od Umowy, w przypadku wstrzymania realizacji Umowy na okres dłuższy niż 90 dni, w sytuacji gdy wstrzymanie realizacji Umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a ponadto umożliwieniu Zamawiającemu-w pkt 28.8.1 oraz w pkt 28.8.2 Wzoru umowy, dokonanie arbitralnej odmowy zwrotu kosztów poniesionych przez Wykonawcę na skutek wstrzymania realizacji Umowy, do której doszło z przyczyn za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności,

xix. nałożeniu na wykonawcę w pkt 14.19.1 Wzoru umowy obowiązku przeniesienia na Zamawiającego praw w zakresie gwarancji jakości wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów, bez jednoczesnego zobowiązania Zamawiającego:

- do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji,
- do zwolnienia wykonawcy, w odpowiednim zakresie, z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów, w zakresie gwarancji,

xx. przyznaniu Zamawiającemu, w pkt 21.7.4 Wzoru umowy uprawnienia do żądania od wykonawcy przeniesienia na Zamawiającego - w przypadku odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego - praw wykonawcy wynikających z zawartych do czasu umów z Podwykonawcami, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami w obrocie gospodarczym oraz zasadami lojalności kontraktowej,

xxi. umożliwieniu Zamawiającemu, w sposób naruszający art. 29 ust. 1 PZP, w pkt 25.6.1 Wzoru umowy, wyłączenie z zakresu zamówienia Robót (Roboty zaniechane), co jednocześnie nie prowadzi do wyłączenia obowiązku wykonawcy w zakresie uzyskania pozwolenia na użytkowanie, co prowadzi do obarczenia wykonawcy zbyt dużym i nieuzasadnionym ryzykiem kontraktowym, w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego

Odwołujący Hochtief wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz żądał:

a. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VI punkt 2). 2 a) lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez określenie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

Wymaga się by obiekt referencyjny zawierał w Strefie Przetwarzania Danych, lub był dostosowany na co najmniej 100 szt. SzafRack o dowolnych wymiarach i zawierał układ co najmniej dwutorowego zasilania urządzeń IT wraz z systemem zasilania gwarantowanego rezerwowanego agregatem prądotwórczym oraz układ chłodzenia urządzeń JT w układzie co najmniej N+J zbudowany z urządzeń posiadających cechy klimatyzacji precyzyjnej, przy czym układ zasilania i chłodzenia był dedykowany wyłącznie dla urządzeń IT w Strefie Przetwarzania Danych

b. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VI punkt 2). 2 a) lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez określenie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

Wymaga się, aby systemem zasilania gwarantowanego rezerwowanego agregatem prądotwórczym oraz układ chłodzenia urządzeń TT w układzie co najmniej N+1 zbudowany, opisany w lit. b) powyżej, był wykonany w całości od podstaw.

c. zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale VI punkt 2). 2 c) pozycje 2, 3 i 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wskazanie w punkcie 3:

3. *Doświadczenie zawodowe:*

a. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy przy: realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center ** opisanego w pkt.2.a);

b. **lub** realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b).

d. zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej kryterium selekcji - Rozdział XI punkt 1) SIWZ, poprzez nadanie jej treści:

PI- 50 pkt - gdy Wykonawca wykaże, doświadczenie w zakresie realizacji typu Data Center wykonując jedną inwestycje (ponad wymaganą na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu), polegającą na realizacji obiektu r referencyjnego typu Data Center opisanego w Rozdziale VI pkt. 2). 2.a Części ISIWZ.

e. zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części dotyczącej kryterium selekcji - Rozdział XI punkt 1) SIWZ, usunięcie następującej treści:

Przy ocenie wniosków pod uwagę będą brane jedynie roboty budowlane wskazane w karcie kwalifikacji (załącznik nr 1 do Formularza wniosku- patrz wzór nr 1 Części III SIWZ). Zamawiający przy kwalifikacji Wykonawców będzie przyznawał punkty tylko za roboty budowlane wykonane przez Wykonawców/Wykonawców wchodzących w skład podmiotu wspólnego oraz użyczone od podmiotu trzeciego, (nie będą przyznawane punkty za użyczone doświadczenie przy kwalifikacji Wykonawców).

f. zmianę treści Wzoru umowy, stanowiącej Część IV do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez:

i. jednoznacznie wskazanie, że obowiązek zapłaty kar umownych przewidzianych w pkt 18.1.1, pkt 18.1.2 oraz pkt 18.1.3 Wzoru umowy dotyczył będzie przypadków zwłoki wykonawcy (zawinionego, kwalifikowanego opóźnienia), a nie zwykłego opóźnienia,

ii. usunięcie postanowienia z pkt 18.1.13 Wzoru umowy w zakresie, w którym postanowienie to przewiduje obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej wysokości 50.000 zł za każdy stwierdzony przypadek niezachowania (braku spełnienia) przez budynek w okresie Gwarancji któregokolwiek z Parametrów Gwarantowanych,

iii. jednoznaczne wskazanie, w odniesieniu do kar umownych przewidzianych w pkt 18.1.1 oraz pkt 18.1.2 Wzoru umowy, iż nie jest możliwa kumulacja kar umownych:

- za zwłokę w wykonaniu któregośkolwiek z Etapów wskazanych w Harmonogramie Rzeczowym, jeżeli zwłoka w wykonaniu danego Etapu wpłynęła na nieterminowe wykonanie dalszych terminów wskazanych w harmonogramie,

- za zwłokę w wykonaniu któregośkolwiek z Etapów wskazanych w Harmonogramie, jeżeli zwłoka w wykonaniu danego Etapu zatwierdzonego w harmonogramie wpłynęła na nieterminowe wykonanie przedmiotu Umowy,

iv. jednoznaczne wskazanie, w odniesieniu do kar umownych przewidzianych w pkt 18.1.2 Wzoru umowy, iż Zamawiający jest zobligowany do zwrotu Wykonawcy kar umownych naliczonych przez Zamawiającego na podstawie pkt 18.1.2 Wzoru umowy za przekroczenie terminów realizacji Etapów, w sytuacji gdy wykonawca zrealizował przedmiot umowy, w terminie wskazanym w pkt 10.1 Wzoru umowy,

v. jednoznaczne wskazanie, iż kara umowna przewidziana w pkt 18.2.1 Wzoru umowy wynosi 10% Wynagrodzenia,

vi. jednoznaczne wskazanie w pkt 19.3.2 Wzoru umowy, iż górny limit kar umownych zastrzeżonych w pkt. 18.1 oraz 18.2.1 Wzoru umowy wynosi 10% Wynagrodzenia,

vii. jednoznaczne wskazanie w pkt 19.3.2 Wzoru umowy, iż całkowita łączna odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu wszystkich kar umownych zastrzeżonych we Wzorze umowy ograniczona jest do 15% Wynagrodzenia,

viii. usunięcie podstawy odstąpienia wskazanej w pkt 21.1.1 Wzoru umowy w części, w której Zamawiający pozostaje uprawniony do odstąpienia od Umowy, jeżeli Wykonawca pozostaje w opóźnieniu przekraczającym 30 dni, do terminów wynikających z Harmonogramu Rzeczowego, ewentualnie jednoznaczne sprecyzowanie iż odstąpienie od Umowy możliwe jest tylko w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- w przypadku przekroczenia terminów wynikających z Harmonogramu Rzeczowego, co ma lub może mieć wpływ na zakończenie realizacji przedmiotu umowy w umówionym terminie, oraz
- gdy przekroczenie terminów wynikających z Harmonogramu Rzeczowego spowodowane jest okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca,

ix. jednoznaczne określenie (sprecyzowanie) zamkniętego katalogu naruszeń, które stanowią naruszenie istotnych zobowiązań wykonawcy wynikających z Umowy, a które jednocześnie uprawniają Zamawiającego do odstąpienia od Umowy (pkt 21.1.3 Wzoru umowy),

x. usunięcie podstawy odstąpienia od Umowy wskazanej w pkt 21.1.3, Wzoru umowy w zakresie w którym uprawnienie do odstąpienia od Umowy przysługuje Zamawiającemu w

przypadku *uporczywego niewykonywania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego rodzaju zobowiązania lub zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy* (pkt 21.1.3 Wzoru umowy),

xi. usunięcie podstawy odstąpienia od Umowy wskazanej w pkt 21.1.3 lit. d) Wzoru umowy

xii. usunięcie podstawy odstąpienia od Umowy wskazanej w pkt 21.1.3 lit. e) Wzoru umowy,

xiii. usunięcie podstawy odstąpienia od Umowy wskazanej w pkt 21.1.3 lit. m) Wzoru umowy, ewentualnie jednoznaczne sprecyzowanie co należy rozumieć przez realizację Umowy w sposób zagrażający prawidłowemu funkcjonowaniu Inwestycji,

xiv. usunięcie podstawy odstąpienia od Umowy wskazanej w pkt 21.1.3 lit. o) Wzoru umowy w zakresie, w którym Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w przypadku niezyskania akceptacji Zamawiającego co do SHRZ lub PZJ, ewentualnie jednoznaczne sprecyzowanie podstaw, które uprawniają Zamawiającego do odmowy akceptacji SHRZ lub PZJ,

xv. usunięcie pkt 12.3 Wzoru umowy oraz usunięcie pkt 12.4 Wzoru umowy,

xvi. modyfikację pkt 5.8 Wzoru umowy poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania nowego ostatecznego pozwolenia na budowę, wyłącznie w sytuacji gdy konieczność uzyskania takiego dokumentu wynikać będzie z wprowadzenia zmian projektowanych zaproponowanych przez wykonawcę i nie będzie wynikać z błędów lub wad dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy,

xvii. modyfikację pkt 4.29, pkt 14.5 oraz pkt 6.1.5 Wzoru umowy poprzez zastąpienie obowiązku utrzymywania w okresie Rękojmi i Gwarancji 24-godzinnego kanału do zgłaszania Wad obowiązkiem zapewnienia: kanału zgłaszania wad drogą telefoniczną oraz drogą elektroniczną (e-mailową) w godz. 8:00-16:00 w dni robocze,

xviii. modyfikację pkt 14.6 Wzoru umowy poprzez wskazanie, że czas wykonania czynności wskazanych w pkt 14.6.1-14.6.3 Wzoru umowy wynosić będzie 1 dzień roboczy w odniesieniu do Wad Limitujących od momentu zgłoszenia Wady Limitującej, zaś czas usunięcia Wady Limitującej, wskazany w pkt 14.6.4 Wzoru umowy, wynosić będzie 2 dni robocze od momentu zgłoszenia Wady Limitującej,

xix. modyfikację pkt 14.13 Wzoru umowy poprzez wskazanie, w odniesieniu do Wad innych niż Wady Limitujące, że obowiązek opracowania opisu metody usunięcia wad i harmonogramu ich usunięcia wynosić będzie 2 dni robocze od momentu zgłoszenia Wady,

xx. usunięcie pkt 23.9 Wzoru umowy w zakresie w jakim na wykonawcę nałożone zostało zobowiązanie do zachowania poufności w części dotyczącej warunków zawarcia i wykonania umowy,

xxi. usunięcie pkt 25.1.6 Wzoru umowy,

xxii. modyfikację pkt 27 Wzoru umowy poprzez:

- jednoznaczne sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac wynikających z Umowy,
- skrócenie, w pkt 27.5 Wzoru umowy, okresu po upływie, którego wykonawca uprawniony będzie do odstąpienia od Umowy do 3 miesięcy,
- jednoznaczne wskazanie, w pkt 27.6 Wzoru umowy, na obowiązek Zamawiającego zwrotu kosztów wykonawcy, poniesionych na skutek zawieszenia któregośkolwiek lub wszystkich zobowiązań wynikających z Umowy oraz sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do braku akceptacji zestawienia kosztów przekazanego przez wykonawcę,

xxiii. modyfikację pkt 28.6 Wzoru umowy poprzez przyznanie uprawnienia do odstąpienia od Umowy również wykonawcy, w przypadku gdy dojdzie do wstrzymania realizacji Umowy na okres dłuższy niż 90 dni z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy,

xxiv. modyfikację pkt 28.8.1 Wzoru umowy poprzez jednoznaczne wskazanie na obowiązek Zamawiającego zwrotu kosztów wykonawcy, poniesionych na skutek wstrzymania realizacji Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający oraz sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do braku akceptacji zestawienia kosztów przekazanego przez wykonawcę,

xxv. modyfikację pkt 28.8.2 Wzoru umowy poprzez jednoznaczne wskazanie na obowiązek Zamawiającego zwrotu wykonawcy połowy kosztów, poniesionych na skutek wstrzymania realizacji Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponoszą zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca oraz sprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do braku akceptacji zestawienia kosztów przekazanego przez wykonawcę,

xxvi. modyfikację pkt 14.19.1 Wzoru umowy poprzez jednoznaczne wskazanie, że przeniesienie, na żądanie Zamawiającego, przez wykonawcę swych prac w zakresie gwarancji jakości wynikających z umów zawartych z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów, obliuguje Zamawiającego do:

- przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urzędzeń i Materiałów w zakresie gwarancji,
- zwolnienia wykonawcy, w odpowiednim zakresie, z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urzędzeń i Materiałów, w zakresie gwarancji,

xxvii. usunięcie pkt 21.7.4 Wzoru umowy,

xxviii. usunięcie pkt 25.6.1 Wzoru umowy, ewentualnie:

- jednoznaczne wskazanie zgodnych z PZP, podstaw do wyłączenia zakresu Robót z przedmiotu zamówienia,
- wraz z jednoczesnym wskazaniem zakresu Robót, które będą mogły zostać wyłączone z przedmiotu zamówienia oraz
- wraz z jednoczesnym zwolnieniem wykonawcy, z obowiązku uzyskania pozwolenia na użytkowanie, jeżeli dojdzie do wyłączenia zakresu Robót z przedmiotu zamówienia, mających wpływ na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Odwołanie STRABAG Sp. z o.o., Sygn. akt: KIO 1983/20

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 31 ust.1 w zw. z §4 ust. 1 pkt. 2) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego z dnia 2 września 2004r. (Dz.U. Nr 202, poz. 2071) tj. z dnia 10 maja 2013r.(Dz.U. 2013, poz. 1129, dalej „Rozporządzenie”) w zw. z art. 41 pkt. 4) Pzp poprzez rezygnację ze sporządzenia przez zamawiającego projektu wykonawczego i nałożenie na wykonawcę obowiązku sporządzenia projektu wykonawczego w pkt. 1.1.4 w zw. z pkt. 1.1.34 w zw. z pkt. 3.1 w zw. z pkt. 7.1 projektu umowy stanowiącego część IV SIWZ podczas gdy opis przedmiotu zamówienia zawarty m.in. w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu oraz stanowiący część II SIWZ obejmuje jedynie wykonanie robót budowlanych (a nie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych), ewentualnie naruszenie art. 31 ust.2 w zw. z art. 41 pkt.4.) Pzp poprzez błędny opis przedmiotu zamówienia będącego zamówieniem na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych za pomocą jedynie opisu przedmiotu zamówienia wskazującego wyłącznie na wykonanie robót budowlanych (bez projektowania) a jednocześnie rezygnację przez zamawiającego ze sporządzenia programu funkcjonalno-użytkowego.

2. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22d Pzp w zw. z art. 139 ust.1 Pzp poprzez ustanowienie przez zamawiającego nadmiernych, nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie podstaw wykluczenia w odniesieniu do minimalnych wymogów posiadania przez kierownika kontraktu kwalifikacji do zarządzania projektami w postaci certyfikatów IPMA (min. C) lub Prince2 Practitioner lub PMI PMP w Rozdziale VI części I SIWZ pkt. .2) ppkt.) 2c;

Odwołujący Strabag wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz wzoru umowy w następujący sposób:

1. wykreślenie z projektu umowy obowiązku wykonawcy sporządzenia projektu wykonawczego, tj. wykreślenie lub zmianę następujących postanowień umowy:

a. zmianę pkt. 1.1.4 projektu umowy stanowiącego część IV SIWZ poprzez wykreślenie w pkt. a) sformułowania „w tym Projekt Wykonawczy”

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy pkt. 1.1.4 powinna być następująca:

„1.1.4 Dokumentacja Techniczna - oznacza niestanowiącą Dokumentacji Projektowej Zamawiającego:

(a) wszelką dokumentację projektową i techniczną wykonaną w toku realizacji Robót i Prac, oraz;

(b) Dokumentację Powykonawczą;

(c) dokumenty nie będące Dokumentacją Formalną (w tym certyfikaty, atesty, poświadczenia jakości, dopuszczenia do użycia), wykonane lub uzyskane w toku wykonywania Robót i Prac, oraz

(d) dokumentację opracowaną na podstawie wyników Ruchu Próbnego oraz Odbiorów.”

b. zmianę pkt. 1.1.34 projektu umowy stanowiącego część IV SIWZ poprzez zmianę sformułowania „przez Wykonawcę” na „przez Zamawiającego”

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy pkt. 1.1.34 powinna być następująca:

„1.1.34 Projekt Wykonawczy - oznacza wykonywane przez Zamawiającego projekty wykonawcze o zakresie i stopniu szczegółowości niezbędnym do realizacji Inwestycji, które uzupełniają i uszczegółwiają Dokumentację Projektową.”

c. zmianę pkt. 7.1 projektu umowy stanowiącego część IV SIWZ poprzez wykreślenie w

nawiasie sformułowania „w tym Projekty Wykonawcze”

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy pkt. 7.1 powinna być następująca:

„ 7.1 Wykonawca sporządzi lub uzyska kompletną Dokumentację Techniczną (w tym Dokumentację Powykonawczą) oraz Dokumentację Formalną, wraz z wymaganymi Wymogami Prawa opiniami i uzgodnieniami właściwych organów i innych podmiotów, spełniającą Wymogi Prawa i zgodną z Zasadami Wiedzy Technicznej. Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu realizacji Dokumentacji Technicznej oraz Dokumentacji Formalnej, w tym w szczególności zakres zobowiązań Wykonawcy dotyczący praw autorskich oraz licencji określone zostały w Załączniku C do Umowy.”

2. Wykreślenie w całości objętego pkt. 3 wymogu posiadania przez kierownika kontraktu wykonawcy kwalifikacji do zarządzania projektami IPMA (min.C) lub Ponce2 Practitioner lub PMI PMP w Rozdziale VI części I SIWZ pkt. .2) ppkt.) 2c (wykreślenie rzeczonoego pkt. 3 w całości tj. w odniesieniu do każdego z certyfikatów).

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

Odwołania nie zawierały braków formalnych oraz został uiszczony od każdego z nich wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z wniesionych odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołujących w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie sprowadza się do tego, iż jako podmioty profesjonalnie działające na rynku budowlanym, zainteresowane tym zamówieniem dążą do zmiany nadmiernie rygorystycznych warunków udziału, które ograniczają dostęp do zamówienia oraz zmiany postanowień Wzoru umowy, która w ich ocenie narusza równowagę kontraktową stron.

W toku posiedzenia przez Izba:

Odwołujący Skanska oświadczył, że cofa zarzut dotyczący zdolności technicznej pkt 6.2.2a SIWZ w zakresie, w jakim Zamawiający dokonał modyfikacji parametru ilości Szaf Rack na powierzchnię przestrzeni serwerowej (zarzut pkt 1, str. 51 odwołania) oraz zarzut dotyczący zdolności technicznej i zawodowej pkt 6.2.2c SIWZ (zarzut z pkt 3 str. 54 odwołania).

Odwołujący Budimex oświadczył, że cofa zarzut z pkt 2 petitum odwołania dotyczący sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób na stanowisko kierownika budowy oraz kierowników robót branżowych.

Odwołujący Hochtief oświadczył, że cofa zarzut z pkt IIa oraz IIc lit. a petitum odwołania w zakresie dotyczącym ilości Szaf Rack oraz warunków udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko kierownika budowy.

W zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołujących Izba, na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze.

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymali zarzuty odwołań.

I. ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ SIWZ

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione zakresem, złożonością, warunkami realizacji zamówienia, jednak nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania. Warunki udziału w postępowaniu mają być adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

1. Wymóg posiadania przez Kierownika kontraktu certyfikatów.

W rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c Zamawiający wymagał, aby wykonawca przystępujący do udziału w postępowaniu wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi co najmniej następujące kwalifikacje:

Poz. 1 Kierownik kontraktu -

1. Wykształcenie: wyższe techniczne,

2. Doświadczenie zawodowe: w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków kierował zespołem Nadzoru Inwestorskiego, Inżyniera Kontraktu lub Kierownika Projektu (Project Manager) przy:

a. realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b),
lub realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center, opisanego w pkt.2.a),

oraz

b. czas kierowania zespołem nie może być krótszy niż 12 miesięcy dla każdego obiektu,

oraz

c. budynek został odebrany przez Zamawiającego poprzez podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz uzyskano decyzję o pełnieniu pozwolenie na użytkowanie,

oraz

3. Wymagane kwalifikacje do zarządzania projektami: IPMA (min. C), lub Prince2 Practitioner, lub PMI PMP

Izba podzieliła stanowisko Odwołujących Skanska, Budimex oraz Strabag, iż wymóg określony w pkt 3 dotyczący posiadania przez kierownika kontraktu certyfikatów z zakresu zarządzania projektami jest nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i w sposób nieuzasadniony prowadzi do zawężania kręgu potencjalnych wykonawców, ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Istotnie wymaganie co do posiadania kwalifikacji do zarządzania projektami nie jest wymaganiem standardowym w inwestycjach dotyczących robót budowlanych. Wymagane przez Zamawiającego certyfikaty dotyczą różnych metodyk zarządzania projektami i określają zbiór zasad i sposobów realizacji kontraktu. Certyfikaty, wydawane przez prywatne firmy i nie odnoszą się w swojej specyfice do umiejętności zarządzania projektami budowlanymi np. certyfikat IPMA potwierdza doświadczenie w pełnieniu roli związanej z zarządzaniem projektami w ramach organizacji i może dotyczyć projektów IT czy marketingowych. Z kolei RICS jest organizacją zawodową, która promuje i dba o przestrzeganie najwyższych międzynarodowych standardów m.in. w wycenie, zarządzaniu i procesie budowlanym w obszarach nieruchomości, budownictwa i infrastruktury. Z tych względów, zdaniem Izby wymaganie dotyczące posiadania certyfikatów jest nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, jedynym adekwatnym miernikiem, służącym do weryfikacji kompetencji kierownika kontraktu jest jego doświadczenie zawodowe. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w SIWZ nie przewidział wdrożenia na tym projekcie jakiegokolwiek metodyki zarządzania projektami, nie określił, że oczekuje realizacji zamówienia w konkretnej metodologii projektowej, a co więcej nie podał, czy osoby z

zespołu Zamawiającego posiadają analogiczne kompetencje. Słusznym jest stanowisko Odwołujących, że aby móc wdrożyć konkretną metodologię osoby po stronie Zamawiającego muszą posiadać tożsame certyfikaty, co wykonawca. Tymczasem, jak wyjaśnił Odwołujący Budimex, odwołując się do treści ogłoszenia o zamówieniu na kierownika kontraktu tej inwestycji, Zamawiający takich wymagań nie sformułował.

Dokonana przez Zamawiającego w dniu 8.09.2020r, po wniesieniu odwołania, modyfikacja wymagań dotyczących Kierownika kontraktu polegająca na rozszerzeniu dopuszczalnych certyfikatów lub wymogu posiadania ukończonych studiów podyplomowych w zakresie zarządzania projektami nie zmienia oceny dokonanej przez Izbę.

Podkreślić należy, że Zamawiający nie podał w toku rozprawy żadnych obiektywnych powodów, uzasadniających wprowadzenie wobec kierownika kontraktu wymogu posiadania certyfikatu. Nie uprawdopodobnił nawet, że posiadanie certyfikatów zarządzania projektami ma jakikolwiek związek z przedmiotem zamówienia, że oczekuje realizacji inwestycji w konkretnej metodologii czy też dysponuje osobami po stronie Zamawiającego, które będą kierować inwestycją, legitymującymi się takimi samymi lub podobnymi kompetencjami.

W konsekwencji Izba nakazała wykreślenie pkt 3 dotyczącego wymagania posiadania certyfikatów, uznając je za nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i mogące prowadzić do wyeliminowania z postępowania wykonawców, zdolnych do jego realizacji.

2. Wymóg wybudowania obiektu referencyjnego Data Center od podstaw.

W rozdz. VI. 2 . 2 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający podał, iż wykonawca, przystępujący do udziału w postępowaniu musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną inwestycję polegającą na realizacji obiektu referencyjnego typu Data Center: Zamawiający podał w lit. c, iż „wymaga się by obiekt referencyjny został wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku”.

Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego Hochtief, iż wymóg dotyczący wykonania obiektu typu Data Center od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu obiektu istniejącego budynku, jest wymogiem nadmiernym, który może w istotny sposób wpływać na ograniczenie konkurencyjności. Z wyjaśnień wykonawców złożonych w toku rozprawy wynika, że jest niewiele inwestycji typu Data Center budowanych od podstaw, najczęściej tego typu obiekty powstają w już istniejących budynkach w ramach ich przebudowy i dostosowania do wymagań Data Center. Zamawiający tym wyjaśnieniom nie zaprzeczył, w toku rozprawy nie podał żadnych obiektywnych powodów, które uzasadniałyby

konieczność weryfikacji zdolności wykonawcy przy wybudowaniu obiektu Data Center od podstaw.

Podzielić należy także stanowisko wykonawców, iż wykonanie budynku typu Data Center posiadającego wysokie parametry instalacji elektrycznej, systemów zasilania, wentylacji czy chłodzenia jest czasem prostsze w nowobudowanych budynkach niż w obiektach już istniejących. Podkreślenia wymaga także to, iż Zamawiający bada odrębnym wymaganiem zdolność wykonawcy do wybudowania budynku typu biurowego od podstaw (rozdz.VI. 2.2 lit. b). Spełnienie tego wymagania daje Zamawiającemu gwarancję, iż wykonawca wykona budynek od podstaw.

Uwzględniając powyższe, Izba nakazała wykreślenie wymagania, aby by obiekt referencyjny został wybudowany od podstaw, bez wykorzystania w jakimkolwiek stopniu istniejącego uprzednio budynku.

3. Wymagania dotyczące kierowników robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz kierowników w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

W rozdz. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c Zamawiający podał:

Poz. 3 Wymagania dotyczące kierowników robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych:

Doświadczenie zawodowe:

a) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center** opisanego w pkt.2.a);

oraz

b). realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b).

poz. 4 Wymagania dotyczące kierowników w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

Doświadczenie zawodowe:

b) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania wniosków przez co najmniej 12 miesięcy pełnił funkcję kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru

inwestorskiego w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, przy realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu Data Center** opisanego w pkt.2.a);

oraz

b). realizacji co najmniej jednego obiektu spełniającego wymogi obiektu referencyjnego typu biurowego opisanego w pkt.2.b).

Z wyżej przywołanych wymagań wynika, że Zamawiający zamierza weryfikować doświadczenie kierowników robót branżowych w dwojaki sposób: po pierwsze przy realizacji co najmniej jednego obiektu typu Data Center oraz co najmniej jednego obiektu biurowego. Zauważyć trzeba, że w odniesieniu do pozostałych kierowników robót branżowych tj. kierownika budowy czy kierownika robót w zakresie sieci instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych Zamawiający wymóg dotyczący realizacji obiektu typu Data Center i obiektu biurowego sformułował w sposób alternatywny. Izba uznała, że zasadnym jest stanowisko Odwołującego Hochtief, iż postawienie takich wymagań względem kierowników robót branżowych jest wymaganiem nadmiernym i wygórowanych, szczególnie jeśli uwzględni się fakt, iż liczba obiektów typu Data Center jest ograniczona. Zamawiający w toku rozprawy nie podał żadnych obiektywnych przesłanek, które uzasadniłyby konieczność postawienia tak wysokich wymagań względem kierowników robót branżowych. Nie wyjaśnił także dlaczego w przypadku do innych kierowników robót wymaganie jest określone w sposób alternatywny.

Pozostawienie wymagania co do tzw. "podwójnej" weryfikacji kierowników robót branżowych mogłoby wpłynąć na zawężenie konkurencji. Z tych względów Izba nakazała jego modyfikację przez dopuszczenie wykazaniem się pełnienia funkcji przy realizacji co najmniej jednego obiektu typu Data Center lub typu biurowego.

4. Kryteria selekcji

Zamawiający ustalił, że jeśli liczba wykonawców którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż pięciu (5), Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu Wykonawców, którzy spełniają kryteria selekcji, określone poniżej:

1. Doświadczenie w zakresie realizacji obiektów typu Data Center – 50pkt,
2. Doświadczenie w zakresie realizacji obiektów typu biurowego – 50 pkt.

W zakresie kryterium 1 Zamawiający ustalił, że przyzna punkty, jeśli:

P1 25 pkt – gdy Wykonawca wykaże, doświadczenie w zakresie realizacji typu Data Center wykonując jedną inwestycje (ponad wymaganą na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu), polegającą na realizacji obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w Rozdziale VI pkt.2).2.a Części I SIWZ.

P1 50pkt - gdy Wykonawca wykaże, doświadczenie w zakresie realizacji typu Data Center wykonując dwie inwestycje i więcej (ponad wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu) polegające na realizacji obiektu referencyjnego typu Data Center opisanego w Rozdziale VI pkt.2).2.a Części I SIWZ.

Zamawiający zastrzegł także, że przy kwalifikacji Wykonawców będzie przyznawał punkty tylko za roboty budowlane wykonane przez Wykonawców/Wykonawców wchodzących w skład podmiotu wspólnego (nie będą przyznawane punkty za użyzione doświadczenie przy kwalifikacji Wykonawców).

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego Hochtief odnośnie określenia kryterium selekcji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia przez premiowanie w kryterium doświadczenia w realizacji obiektów typu Data Center. Izba ma świadomość tego, że liczba obiektów typu Data Center nie jest duża. Niemniej jednak Zamawiający ma prawo w kryteriach selekcji premiować podmioty, które mają większe doświadczenie w realizacji tego typu obiektów, tak aby doprowadzić do wyboru wykonawcy, który w najwyższym stopniu będzie gwarantował należyłą realizację zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że etap kwalifikacji i etap selekcji to dwa odrębne etapy w dwustopniowej procedurze udzielenia zamówienia: Pierwszy etap polega na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś drugi zmierza do wyboru spośród spełniających warunki udziału takich wykonawców, którzy spełniają wymagania w sposób najlepszy.

Izba uznała za zasadne stanowisko odwołującego Hochtief odnośnie zarzutu dotyczącego ograniczenia możliwości powołania się w kryterium selekcji na doświadczenie wykonane wyłącznie przez wykonawców lub w ramach konsorcjum, z wyłączeniem doświadczenia użyzonego przez podmioty trzecie.

Zgodnie z treścią art. 22a Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Z treści wyżej przywołanego przepisu wydawać by się mogło, że wykonawcy przyznano uprawnienie do powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu a nie kryteriów selekcji. Wskazać jednak trzeba, że brak w przepisach ustawy zakazu co do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego również w kryteriach selekcji a ponadto regulacje zawarte w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 nie wykluczają możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów - tj. w ramach tzw. kryteriów selekcji w postępowaniach dwuetapowych.

Zgodnie z art. 63 Dyrektywy w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE wyrażany jest podgląd o dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na potencjał podmiotów trzecich w kryteriach selekcji, w sytuacji gdy Zamawiający taką możliwość przewidzi w treści ogłoszenia, o ile - co jest istotne - powoływane doświadczenie, będzie miało charakter realny. W wyroku w sprawie o sygn. akt C-324/14 (Partner A.) wskazano m.in., że: przepisy dyrektywy „przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia”.

W konsekwencji wskazać trzeba, że przepisy krajowe dopuszczają możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich, jeżeli Zamawiający dopuści taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu. Określając wymagania w tym zakresie Zamawiający powinien kierować się zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Zamawiający musi mieć na uwadze, że celem dopuszczenia powoływania się na potencjał podmiotów trzecich jest ułatwienie dostępu do zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom, otwarcie konkurencyjności. Z drugiej strony, dopuszczając powoływanie się

na zasoby podmiotów trzecich w kryteriach selekcji Zamawiający musi zagwarantować, aby ewentualne poleganie na tym potencjale miało charakter realny.

Izba nie znalazła podstaw do tego, aby w tym postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczyć możliwość punktacji w kryterium selekcji wyłącznie do doświadczenie własnego wykonawcy lub nabytego w ramach konsorcjum. Samo formalne uczestnictwo wykonawcy i realizacja zamówienia w ramach konsorcjum nie ma istotnego znaczenia dla zdobytego doświadczenia. Istotą doświadczenia jest faktyczne uczestnictwo w realizacji zamówienia, a nie ramy prawne w jakich ono zostało nabyte. Zwrócić należy jednak szczególną uwagę na to, że poleganie na potencjale podmiotów trzecich w ramach dodatkowej punktacji nie może przybrać - analogicznie jak to ma miejsce w przypadku spełniania warunków udziału w postępowaniu - fikcyjnego charakteru. W przypadku kryterium selekcji analogiczne zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 22a ust. 2 Pzp, zgodnie z którą wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z tych względów, Izba nakazała modyfikację treści rozdz. XI pkt 5 zdanie drugie SIWZ w zakresie kryterium selekcji przez dopuszczenie możliwości przyznawania punktów w kryterium selekcji także za roboty budowlane wykonane przez podmioty trzecie, o ile zrealizują one zakres zamówienia, objęty kryterium selekcji.

II. ZARZUTY DOTYCZĄCE POSTANOWIEŃ WZORU UMOWY

1. Projekt wykonawczy – zarzut odwołania Strabag

W treści Preambuły do Wzoru umowy Zamawiający podał:

„1.1.4 Dokumentacja Techniczna - oznacza niestanowiącą Dokumentacji Projektowej Zamawiającego:

- a. wszelką dokumentację projektową i techniczną wykonaną w toku realizacji Robót i Prac, w tym Projekt Wykonawczy oraz;
- b. Dokumentację Powykonawczą;
- c. dokumenty nie będące Dokumentacją Formalną (w tym certyfikaty, atesty, poświadczenia jakości, dopuszczenia do użycia), wykonane lub uzyskane w toku wykonywania Robót i Prac, oraz
- d. dokumentację opracowaną na podstawie wyników Ruchu Próbnego oraz Odbiorów."

1.1.34 Projekt Wykonawczy - oznacza wykonywane przez Wykonawcę projekty wykonawcze o zakresie i stopniu szczegółowości niezbędnym do realizacji Inwestycji, które uzupełniają i uszczegóławiają Dokumentację Projektową”

Pkt 7.1 „Wykonawca sporządzi lub uzyska kompletną dokumentację Techniczną, w tym Projekty Wykonawcze i Dokumentację Powykonawczą) oraz Dokumentację Formalną (...).

Izba uznała za zasadny zarzut odwołującego Strabag co do niedozwolonego przerwania obowiązku sporządzenia Projektu Wykonawczego na wykonawców. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres dokumentacji projektowej, służącej do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane został określony w § ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004r. (tj. Dz.U. 2013, poz. 1129) i obejmuje on: projekt budowlany, projekty wykonawcze, przedmiary robót oraz informacje dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Projekty wykonawcze, służące do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane winny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego i przygotowania oferty oraz realizacji robót budowlanych. Z treści przywołanych przepisów wynika wprost, że w przypadku zamówienia na roboty budowlane obowiązek sporządzenia projektów wykonawczych spoczywa na Zamawiającym, który jest odpowiedzialny za prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia. Przerzucenie tego obowiązku na wykonawców stanowi rażące naruszenie przepisów. Z tych względów Izba nakazała modyfikację kwestionowanych postanowień pkt 1.1.4, 1.1.34. 7

2. pozostałe zarzuty dotyczące umowy z odwołań Skanska i Hochtief

Analizując postanowienia Wzoru umowy, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że zasada swobody umów, wyrażona w art. 353¹ kc. na gruncie zamówień publicznych doznaje trojkiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie

uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353 1 oraz art. 5 k.c.). Trzeba także mieć na uwadze, że Zamawiający stoi na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i dąży do zagwarantowania należytego wykonania umowy, a zatem przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia zamierzonego celu, czego skutkiem może być niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społecznych. Z tych względów, w doktrynie wskazuje się, że ryzyko Zamawiającego znacznie przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występują w sytuacji zawarcia umowy między przedsiębiorcami.

Niespornym między stronami było to, że wynagrodzenie ustalone w tym zamówieniu publicznym ma charakter ryczałtowy, który polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że strony, decydując się na przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego, muszą liczyć się z jej bezwzględny charakterem, który zgodnie z art. 632 § 1 k.c. polega na tym, że przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. W takich sytuacjach jedynie sąd może podwyższyć wynagrodzenie lub orzec o rozwiązaniu umowy, zgodnie z art. 632 § 2 k.c. Wynagrodzenie ryczałtowe należy się za cały zarówno znany, jak i nieznan od początku przedmiot zamówienia. (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CKN 913/97, wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt: I ACa 821/13). W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub kosztów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę.

Z drugiej strony cena ryczałtowa powinna być jednoznacznie związana z jednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, a zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie może uzasadniać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, uwzględniając ryczałtowy charakter wynagrodzenia, niezasadnym jest stanowisko Odwołującego Skanska, który domagał się wykreślenia z postanowień umowy

pkt 4, pkt 3.1 umowy sformułowań dotyczących obowiązku wykonania przez wykonawcę wszelkich prac, dostarczenia wszelkich urządzeń, zrealizowania wszystkich zobowiązań niezbędnych dla osiągnięcia rezultatu, również tych, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji zamówienia, nawet jeśli nie przewidziano ich wprost w umowie lub jej załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu umowy. Analogicznie z uwagi na istotę wynagrodzenia ryczałtowego niezasadnym jest żądanie wykreślenia zobowiązania wykonawcy do wykonania wszystkich czynności niezbędnych do zakończenia realizacji zamówienia i użytkowania budynku zgodnie z przeznaczeniem, wykonania wszystkich obowiązków nałożonych decyzjami administracyjnymi czy poniesienia wszelkich opłat wynikających z porozumień lub decyzji administracyjnych pozyskanych przez wykonawcę

Izba nie znalazła podstaw do modyfikacji zgodnie z żądaniem Odwołującego Skanska pkt 2.2.1 - 2.2.7 Wzoru umowy. Postanowienia te stanowią oświadczenia wykonawcy o: zapoznaniu się z wszelką dokumentacją przetargową, w tym dokumentacją projektową oraz dokumentacją formalną, zaakceptowaniu panujących warunków na terenie budowy, skalkulowaniu ryzyk, które mogą wystąpić przy realizacji umowy, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter w zakresie wynikającym z danych przekazanych przez Zamawiającego przed złożeniem oferty.

Niezasadnym jest żądanie zmiany treści pkt 3.6 Wzoru umowy polegające na wykreśleniu sformułowania, że w zakres realizacji umowy wchodzi prace i roboty, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie realizacji umowy, a które doświadczony wykonawca powinien przewidzieć w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie wymogów prawa, zasad wiedzy technicznej i postanowień umowy. Odwołujący Skanska nie uzasadnił żądania wykreślenia fragmentu pkt 3.9 Wzoru umowy.

Niezasadnym jest żądanie wykreślenia pkt 4.4. wzoru umowy, który stanowi przejaw ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, gdyż stanowi zobowiązanie wykonawcy do wykonania wszystkich ciążących na nim obowiązków, które wynikają z umowy, wymogów prawa, zasad wiedzy technicznej, choćby nie były bezpośrednio określone w umowie oraz pisemnych poleceń Zamawiającego, mających na celu należyte zrealizowanie zamówienia.

Izba nakazała wykreślenie pkt 5.3 oraz 5.4 Wzoru umowy o treści:

„5.3 Zamawiający przekazuje Wykonawcy Dokumentację Projektową oraz Dokumentację Formalną Zamawiającego w zakresie, w jakim nie została ona przekazana Wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia.”

„5.4 Z zastrzeżeniem postanowień pkt. 5.3 powyżej, w odniesieniu do Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, która nie została przekazana Wykonawcy do momentu złożenia Oferty, Dokumentacja Formalna Zamawiającego zostanie przekazana Wykonawcy

w terminie 21 (dwudziestu jeden) dni od dnia podpisania Umowy, natomiast Dokumentacja Projektowa zostanie przekazana na pisemny wniosek Wykonawcy o jej przekazanie z określeniem zakresu Dokumentacji Projektowej, której dostarczenia domaga się Wykonawca - w terminie 14 (czternastu) dni od jej uzyskania przez Zamawiającego. Zamawiający informuje jednocześnie, że posiada Dokumentację Projektową wyszczególnioną w Załączniku nr 1 do Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca do wykonania Zamówienia wymagał będzie innej dokumentacji niż Dokumentacja Formalna Zamawiającego lub Dokumentacja Projektowa wyszczególniona w Załączniku nr 1 do Umowy, Strony uzgadniają, że wykonanie takiej dokumentacji stanowi zobowiązanie Wykonawcy do wykonania takiej dokumentacji i wchodzi w zakres Dokumentacji Wykonawczej lub Dokumentacji Formalnej, do wykonania której zobowiązany jest Wykonawca."

Zdaniem Izby przywołane postanowienia umowy dopuszczają sytuację, w której przekazana przez Zamawiającego dokumentacja projektowa oraz dokumentacja formalna będzie niekompletna. Zamawiający zakłada bowiem, że nie przekazaną do momentu złożenia oferty dokumentację przekaże po podpisaniu umowy. Sytuacja taka jest, zdaniem Izby niedopuszczalna w świetle przepisów Pzp, które w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w formule „wybuduj” nakładają na Zamawiającego obowiązek sporządzenia i przekazania wykonawcom przed terminem składania ofert pełnej dokumentacji projektowej, która stanowi opis przedmiotu zamówienia i wymagań zamawiającego co do standardów realizacji zamówienia. Tylko pełna i wyczerpująca dokumentacja projektowa umożliwi rzetelną wycenę ofert oraz zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Z tych względów Izba uznała, że zastrzeżenia z pkt 5.3 oraz 5.4, które przewidują możliwość późniejszego, po terminie składania ofert, przekazania dokumentacji należy usunąć.

W zakresie postanowień pkt 5.7 oraz 5.8 o treści:

„5.7 Jeżeli okaże się to konieczne, Wykonawca jest zobowiązany do naniesienia poprawek i uzupełnień do przekazanej mu Dokumentacji Projektowej.

5.8. Wykonawca zobowiązany jest, jeśli okaże się konieczne w wyniku naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, do uzyskania w ramach Wynagrodzenia nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub innej Dokumentacji Formalnej

Izba co do zasady podziela stanowisko Odwołujących, iż wykonawcy nie mogą ponosić odpowiedzialności za błędy i nieścisłości wynikające z dokumentacji projektowej przygotowanej przez Zamawiającego. Jednak w analizowanej sprawie taka sytuacja nie zachodzi a argumentacja odwołującego Skanska w tym zakresie jest chybiona. Izba zwraca uwagę na postanowienie pkt 5.6 Wzoru umowy, w którym Zamawiający wprost podał, że ponosi wobec wykonawcy odpowiedzialność kontraktową za wady w przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej oraz dokumentacji formalnej Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego Skanska o wykreślenie ze Wzoru umowy pkt 5.7, wskazując, że w toku realizacji inwestycji może zaistnieć konieczność naniesienia poprawek i uzupełnień do przekazanej wykonawcy dokumentacji projektowej. Okoliczność tą potwierdził sam Odwołujący Hochtief w swoim odwołaniu. Nie można jednak, zdaniem Izby, nakładać na wykonawców obowiązku uzyskania nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, w sytuacji gdy konieczność zmian będzie wynikać z błędów dokumentacji projektowej. Ewentualne uzyskanie nowej ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę lub innej Dokumentacji Formalnej może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność uzyskania takich dokumentów wynika z naniesionych poprawek i uzupełnień do Dokumentacji Projektowej, zaproponowanych przez wykonawcę i nie będzie wynikać z błędów lub wad dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy. Z tych względów Izba, nakazała modyfikację pkt 5.8. zgodnie z żądaniem Odwołującego Hochtief. (pkt xvi odwołania).

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego Skanska co do modyfikacji postanowień pkt 12.1 oraz 12.3 Wzoru umowy. Postanowienie z pkt 12.1 o treści: „Wynagrodzenie określone w pkt 13.1 Umowy na podstawie Oferty Wykonawcy, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym netto i uwzględnia kompletny zakres wszelkich czynności niezbędnych dla realizacji Przedmiotu Umowy oraz zawiera również wszelkie inne koszty związane z realizacją Umowy (..)” jest typowym postanowieniem, charakterystycznym przy wynagrodzeniu ryczałtowym.

Podobnie postanowienie z pkt 12.3 Wzoru umowy, które przewiduje, iż, w ramach powyższego, Wykonawca uwzględnił również wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, w tym ryzyko związane z koniecznością zmiany terminu realizacji Robót i Prac w wyniku wydania decyzji administracyjnych, ogłoszenia stanu zagrożenia epidemiologicznego, stanu epidemii lub stanu wyjątkowego, jak również ryzyko związane z brakiem kompletności i poprawności wszelkiej dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego”.

Wykonawcy, kalkulując cenę ryczałtową oferty winni uwzględnić wszelkie ryzyka związane z realizacją umowy, w tym zmianę terminu realizacji umowy na skutek okoliczności

wskazanych w pkt 12.3. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołujących Skanska i Hochtief odnośnie obarczenia wykonawców niedającym się oszacować ryzykiem.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż postanowienie pkt 12.3 Wzoru umowy stoi w sprzeczności z przepisami tarczy 4.0 ustawy z dnia 19.06.2020r. tzw. „ustawy COVID-19”, która przewiduje obowiązkową zmianę umowy o zamówienie publiczne w przypadku stwierdzenia, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, wpływają na należyte wykonanie tej umowy. Zamawiający, niezależnie od treści postanowień umowy, ma wówczas obowiązek zmiany umowy w uzgodnieniu z wykonawcą w zakresie: zmiany terminu wykonania umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części; zmiany sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych, sposobu wykonania dostawy, usługi lub robót budowlanych, zmiany zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia lub sposobu rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, o ile wzrost wynagrodzenia wykonawcy spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Zgodnie z art. 15r1, Zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Wskazane wyżej przepisy ustaw, jak również inne ewentualne przyszłe rozwiązania związane ze stanem epidemii lub jakimkolwiek stanem wyjątkowym, będą miały zastosowanie niezależnie od postanowień umowy. Zwrócić należy uwagę, że postanowienie z pkt 12.3. nie wyłącza możliwości zastosowania ww. rozwiązań, a jedynie wymaga od wykonawców skalkulowania w cenie ryczałtowej ryzyka związanego ze stanem epidemii.

Na uwzględnienie zasługuje zarzut dotyczący nieuzasadnionego wyłączenia w pkt 12.6 Wzoru umowy stosowania waloryzacji sądowej z art. 357¹ k.c. (*klauzuli rebus sic stantibus*) Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę rozmiar inwestycji, ryzyka jakie ciąży na wykonawcy w związku z realizacją tego zamówienia oraz ryczałtowy charakter wynagrodzenia nieuzasadnione jest w analizowanym przypadku wyłączenie możliwości dochodzenia przez wykonawców waloryzacji sądowej. Wykonawca powinien mieć prawo do dochodzenia sądowej waloryzacji, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy. Wówczas sąd będzie mógł po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu

umowy. Uprawnienie do wystąpienia o waloryzację sądową dotyczy wyjątkowych sytuacji, których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne bądź wręcz nieprawdopodobne i które w istotny sposób zaburzają równowagę kontraktową stron. Z tych względów Izba nakazała wykreślenie z pkt 12.6 Wzoru umowy postanowienia wyłączającego możliwość waloryzacji sądowej wynagrodzenia.

Nieuzasadnionym jest żądanie Odwołującego Skanska dokonania modyfikacji umowy przez wskazanie w postanowieniach umowy (pkt 6.2.3, 7.7, 7.4. 9.1, 9.2, 13.6, 13.8, 21) nakładających na wykonawcę obowiązek uzyskania pozytywnego stanowiska, opinii, zatwierdzenia - kryteriów warunkujących pozytywne zaopiniowanie czy terminu, w jakim Zamawiający winien zająć stanowisko. Zdaniem Izby nie jest możliwym w każdej sytuacji podanie szczegółowych przesłanek wydania pozytywnej opinii przez Zamawiającego. To Zamawiający jako inwestor ma uprawnienie do oceny prawidłowości realizacji obowiązków przez wykonawcę, czego skutkiem jest wydanie pozytywnych opinii, stanowisk.

Żądanie dokonania modyfikacji postanowień pkt 8.3, 8.7 zdanie drugie i 8.8, 9.1., 9.3, 9.6 i 4.16 nie zostało w żaden bliższy sposób uzasadnione przez Odwołującego. Niezależnie od tego postanowienia, których wykreślenia domaga się odwołujący Skanska nie stanowią nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego. Zamawiający jako inwestor musi mieć prawo do nieograniczonego wstępu na teren budowy, wglądu do wszystkich materiałów i dokumentów związanych z realizacją umowy. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego domaga się zmiany w pkt 9.1 w zakresie wymogu dotyczącego materiałów i urządzeń, które mają być wyprodukowane nie później niż w okresie 6 miesięcy na okres 18 miesięcy.

Brak jest jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do zmiany pkt 10.1, 10.2, 10.5, 10.6 oraz załącznika nr 3 w zakresie zmiany terminów i wysokości stawek procentowych oraz wprowadzenia kary umownej zamiast za opóźnienie – za zwłokę. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która uzasadniałaby tezę o rażącym nadużyciu praw podmiotowych przez Zamawiającego.

Nieuzasadnionym jest także żądanie wydłużenia terminu z 24 na 48 godzin do usunięcia Wady Limitującej w okresie rękojmi i gwarancji. Twierdzenia Odwołujących, na których spoczywał ciężar wykazania, iż termin ten jest niemożliwy to dotrzymania pozostały bez żadnego dowodu. Sam odwołujący Skanska przyznał w treści odwołania, że tak krótki termin może być stosowany jedynie do wad urządzeń lub systemów warunkujących niezakończoną pracę obiektu Data Center, a nie jakiegokolwiek wady. Za zasługujące na uwzględnienie Izba

uznała stanowisko Zamawiającego, który wyjaśnił, że krótkie terminy usunięcia Wad Limitujących wynikają ze specyfiki działalności prowadzonej przez Zamawiającego w przedmiocie zamówienia, która musi zapewniać możliwość niezakłóconego korzystania z obiektów. Nie zasługuje na uznanie żądanie odwołującego Hochtief w zakresie modyfikacji pkt 4.29, pkt 14.5, pkt 6.1.5 wzoru umowy w ten sposób, aby zastąpić obowiązek utrzymywania w okresie rękojmi i gwarancji 24- godzinnego kanału do zgłaszania wad obowiązkiem zapewnienia kanału zgłaszania wad drogą telefoniczną lub elektroniczną w godz. 8.00-16.00 w dniu robocze. Podobnie za niezasadne Izba uznała żądanie Odwołującego Hochtief co do wydłużenia terminu na opracowanie metody usunięcia wad z 24 godzin do 2 dni roboczych. Zamawiający, jako inwestor ma prawo żądać spełniania wysokich wymagań od wykonawców, terminowości realizacji ciężących na nich obowiązków, w szczególności, w sytuacji, gdy założeniem jest, aby inwestycja spełniała wysoki poziom bezpieczeństwa oraz ciągłości działania, niezależnie od zewnętrznych warunków atmosferycznych, technicznych, medialnych itp. Odwołujący nie wykazał, że spełnienie tych wymogu jest niemożliwe lub wiąże się z dużymi uciążliwościami.

Wobec braku na tym etapie postępowania definicji Wady Limitującej, Izba uznała, że argumentacja w tym zakresie jest przedwczesna. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego pojęcie Wady Limitującej zostanie podane w Procedurze Odbioru na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezasadnym jest żądanie zastąpienia słów „Wada Limitująca” słowami „wada istotna uniemożliwiająca użytkowanie przedmiotu umowy” oraz żądanie podania terminu, w którym Zamawiający podpisze protokół. Niezależnie od tego należy wskazać, że Zamawiający w piśmie procesowym potwierdził, iż zgodnie z Procedurą Odbioru przez Wady Limitujące będzie rozumiał jedynie wady istotne, uniemożliwiające korzystanie z przedmiotu Umowy.

Zdaniem Izby nie zachodzi obawa, że Zamawiający odmówi podpisania protokołu odbioru w sytuacji stwierdzenia jakiegokolwiek wady czy usterki. W pkt 11.3 Zamawiający podał: „Podpisany i zatwierdzony zgodnie z Procedurą Odbioru protokół Odbioru z wynikiem pozytywnym, tj. określający i potwierdzający zgodnie z postanowieniami Procedury Odbioru, prawidłową realizację Przedmiotu Umowy (zakończenie usługi) lub jego części, niestwierdzający przy tym wystąpienia Wad Limitujących w rozumieniu Procedury Odbioru, które skutkują brakiem podstawy do wystawienia Faktury VAT, będzie dla Wykonawcy podstawą do wystawienia Faktury VAT zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 13 Umowy Zamawiający przekaże wykonawcy podpisany protokół w terminie 7 dni od daty otrzymania zawiadomienia o gotowości do odbioru”.

Jak wynika zatem wprost z treści przywołanego pkt 11.13 Wzoru umowy zamawiający nie wymaga tzw. „bezusterkowego odbioru”, jedynie stwierdzenie Wady Limitującej, a nie jakiegokolwiek wady czy usterki będzie stanowiło przeszkodę do podpisania protokołu odbioru i wystawienia faktury Vat.

Izba nie uwzględniła także żądania usunięcia pkt 13.10, który uprawnia do naliczenia kary umownej w wysokości 50tys. zł w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdzi, że numer rachunku Wykonawcy wskazany w Umowie nie jest zgodny z numerem rachunku wskazanym jako rachunek Wykonawcy w wykazie podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT, prowadzonym w postaci elektronicznej przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, i nie został poinformowany przez Wykonawcę, w trybie określonym w Umowie, o dokonaniu zmiany rachunku bankowego.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zastrzeżona kara umowna ma charakter represyjny i zmierza do zmobilizowania wykonawców do przestrzegania obowiązków fiskalnych związanych z zarejestrowaniem podatnika VAT w wykazie podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT. W przypadku dokonania przelewu na rachunek nie ujawniony w wykazie podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT, Zamawiający byłby pozbawiony prawa do odliczenia podatku VAT oraz zakwalifikowania kwoty zapłaty w koszty prowadzonej działalności, co przy szacunkowych kwotach płatności wiąże się z dotkliwymi konsekwencjami finansowymi. W związku z czym zarówno zastrzeżona kara jak i jej wysokość są uzasadnione.

Izba uznała, że niezasadnym jest przyjęcie w pkt 18.1.1 oraz 18.1.2. i 18.1.3 Wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy niezależnej od winy tj. odpowiedzialności wyłącznie za opóźnienie w realizacji któregokolwiek z Etapów robót, całości umowy czy też usunięciu Wad stwierdzonych podczas realizacji umowy lub w okresie gwarancji i rękojmi. W tym zakresie Izba wskazuje, że co do zasady w orzecznictwie dopuszcza się możliwość umownego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy również za okoliczności niezawinione. Ustalając jednak postanowienia dotyczące kar umownych Zamawiający winien wziąć pod uwagę charakter, rozmiar inwestycji oraz ryzyko kontraktowe spoczywające na wykonawcach. Ponadto, zgodnie z art. 471 kc w zw. z art. 472 kc, które znajdują zastosowania do kar umownych, wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Tym samym, co do zasady, kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych czy nieusunięcie wad winny być ukształtowane jako kary za zwłokę, która jest opóźnieniem kwalifikowanym.

Zdaniem Izby w tym zamówieniu publicznym, mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności, ustalenie kary umownej za okoliczności całkowicie niezależne od wykonawcy,

na które nie ma on wpływu stanowi rażąco naruszenie równowagi kontraktowej stron i jest sankcją zbyt dotkliwą i nadmierną. Ustalenie odpowiedzialności za okoliczności niezawinione przez wykonawcę może prowadzić do ograniczenia konkurencyjności.

Izba nakazała modyfikację pkt 18.1.1, pkt 18.1.2 oraz pkt 18.1.3 Wzoru umowy w taki sposób, aby obowiązek zapłaty kar umownych dotyczył przypadków zwłoki wykonawcy a nie opóźnienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego Hochtief co do obniżenia kary umownej z pkt 18.2.1 Wzoru umowy za odstąpienie przez Zamawiającego do umowy z przyczyn zawinionych lub leżących po stronie wykonawcy do poziomu 10%. Kara na poziomie 15% nie jest rażąco wygórowana, biorąc pod uwagę okoliczność odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę oraz znaczenie inwestycji dla całego systemu energetycznego.

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego Skanska co do modyfikacji pkt 18.3.6 Wzoru umowy w ten sposób, aby zamiast uprawnienia wprowadzić obowiązek odstąpienia do naliczenia kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji jakiegokolwiek Etapu lub dokonać zwrotu naliczonej i zapłaconej kary, w sytuacji gdy termin końcowy realizacji umowy zostanie dochowany.

Kary umowne za niedochowanie terminów poszczególnych Etapów pełnią funkcję przede wszystkim mobilizującą wykonawcę do terminowej realizacji poszczególnych etapów robót, co z kolei ma zagwarantować terminową realizację całej umowy. Niezasadnym jest także argumentacja Odwołującego Hochtief, że postanowienia umowy dopuszczają kumulowanie kar i tzw. „podwójne” karanie. Reguła określona w pkt 18.3.6 Wzoru umowy ma zapobiegać ewentualnej możliwości kumulowania kar za niedochowanie terminu poszczególnych Etapów oraz terminu realizacji umowy.

W zakresie modyfikacji pkt 19.3.1 – 19.3.2 Izba uznała że Odwołujący nie uzasadnił w sposób wystarczający żądania obniżenia limitu wysokości kary umownych, określonych w pkt 18.1 oraz 18.2.1 oraz całkowitej łącznej odpowiedzialności z tytułu wszystkich kar umownych zastrzeżonych w umowie. Limit wysokości kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówienia na poziomie 20% wynagrodzenia czy też limit całkowitej odpowiedzialności z tytułu wszystkich kar umownych na poziomie 25% wynagrodzenia nie jest rażąco wygórowany, szczególnie w sytuacji, jeśli kary te zgodnie z żądaniem Odwołującego- będą naliczane wyłącznie za zwłokę a nie opóźnienie.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że pkt 13.12 Wzoru umowy kształtuje możliwość dodatkowego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w łącznej wartości przekraczającej 10% ceny oferty. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 i nast. Pzp służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz roszczeń z tytułu rękojmi. Postanowienie określone w pkt 13.12 Wzoru umowy jest natomiast rodzajem kary umownej, pełniąc funkcję represyjną, mobilizującą wykonawcę do należytego wykonywania przedmiotu umowy i może być stosowane w trakcie jej realizacji w przypadku nienależytego wykonywania przedmiotu umowy. Wówczas, zgodnie z pkt 13.12. Wzoru umowy Zamawiający jest upoważniony do zatrzymania takiej części Wynagrodzenia Wykonawcy, w tym wstrzymania płatności Faktury, która będzie wystarczająca na pokrycie kosztów usunięcia takiej Wady.

Na uwzględnienie zasługuje żądanie wykreślenia z pkt 16.4 Wzoru umowy dotyczącego kwoty należytego zabezpieczenia umowy sformułowania „gwarancja”. Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp kwota pozostawiona na zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady zwracana jest nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi, a nie gwarancji. Dokonana modyfikacja ma na celu doprowadzenie do zgodności pkt 16.4 z przywołanym przepisem ustawy.

Izba nie znalazła także podstaw do wykreślenia pkt 17.1.4 - 17.1.7 wzoru umowy, stwierdzając, że postanowienia dotyczące zabezpieczenia płatności przez Zamawiającego, ustalają warunki wypłaty wynagrodzenia i nie stanowią nadużycia pozycji zamawiającego, a są przejawem dbałości o finanse publiczne.

Brak jest także powodów do doprecyzowania pkt 13.23 - 13.24 w ten sposób, aby przewidziane w tych postanowieniach regulacje dotyczyły jedynie wymagalnych należności podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia co do żądania usunięcia pkt 13.28 Wzoru umowy.

Izba nie uwzględniła żądania Odwołującego co do modyfikacji pkt 21.1.1 Wzoru umowy, w ten sposób, aby odstąpienie do umowy lub powierzenie wykonania zamówienia osobie trzeciej przez Zamawiającego było możliwe, jedynie w sytuacjach zawinionych przez wykonawcę. Zdaniem Izby, o ile w przypadku kar umownych wykonawca – co do zasady- odpowiada wyłącznie za działania i zaniechania zawinione, o tyle w przypadku opóźnienia przekraczającego 30 (trzydzieści) dni co do terminów wynikających z Harmonogramu Rzeczowego lub realizacji Dokumentacji Technicznej, Dokumentacji Formalnej lub Robót w sposób sprzeczny z Umową, Zamawiający może według własnego uznania odstąpić od

Umowy albo powierzyć zakończenie lub wykonanie części Umowy osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy w ramach wykonawstwa zastępczego. Z kwestionowanego postanowienia wynika, że aby Zamawiający mógł skorzystać z ewentualnego odstąpienia od umowy lub zlecić wykonanie zastępcze, musi uprzednio wezwać Wykonawcę do usunięcia takiego naruszenia i jego skutków lub wezwać do zmiany sposobu realizacji Umowy, wyznaczając odpowiedni termin. Kwestionowane postanowienie pkt 21.1.1 Wzoru umowy jest zgodne z art. 656 kc. w zw. art. 635 kc. oraz 636 kc, które przewidują możliwość odstąpienia od umowy przez zamawiającego, w sytuacji opóźnienia nie wynikającego z winy wykonawcy lub wykonywania dzieła z sposób wadliwy lub sprzeczny z umową.

W zakresie przesłanek odstąpienia od umowy, określonych w pkt 21.1.3 Wzoru umowy, Izba nakazała wykreślenie przesłanek z lit. d, e, o dotyczących: przzerwania wykonywania Robót i Prac na okres dłuższy niż 7 dni (d), nie stosowania się do poleceń Zamawiającego (e), nieprzedstawienie lub niezyskanie akceptacji Zamawiającego co do SHRZ lub PZJ (o). Zdaniem Izby przywołane przesłanki są niezwykle ogólne i przyznają Zamawiającemu zbyt dużą swobodę w podjęciu decyzji o odstąpieniu od umowy. Środek w postaci odstąpienia od umowy, który powinien być ostatecznością jest niewspółmierny do okoliczności przewidzianych w lit. d, e, o. W zakresie pozostałych przesłanek tak rażąco dysproporcje nie zachodzą i Izba uznała, że wymienione w nich okoliczności są na tyle istotne, że mogą stanowić podstawę do odstąpienia od umowy.

Zamawiający w pkt a-p wyliczył przykłady, które stanowią naruszenie istotnych zobowiązań wykonawcy. Zdaniem Izby nie zasługuje na uznanie żądanie Odwołującego Hochtief co do określenia katalogu zamkniętego „istotnych podstaw do odstąpienia od umowy”. Nie jest możliwym enumeratywne wyliczenie wszystkich, mogących nastąpić w czasie realizacji umowy sytuacji, które będą istotnymi naruszeniami zobowiązań umownych, skutkującymi możliwością odstąpienia od umowy. Zauważyć trzeba, że ewentualne skorzystanie z tej instytucji przez Zamawiającego musi być poprzedzone wezwaniem do usunięcia naruszenia lub wezwaniem do zaprzestania niewykonywania lub nienależytego wykonywania zamówienia

Izba oddaliła dalsze żądania Odwołującego Skanska dotyczące pkt 21.2.4, 21.3.1, 21,15, 21.11, 21.8, 24.3, 25.4, 25.1.5, 28.1, 27.1, 28.6, 28.7.28.8 Wzoru umowy, stwierdzając, że Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia do żądanych przez niego zmian.

Izba oddaliła zarzut z odwołania Hochtief dotyczący pkt 18.1.13 Wzoru umowy, w którym Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 50 tys. za każdy stwierdzony przypadek niezachowania przez budynek w okresie gwarancji Parametrów

Gwarantowanych. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego obiekt, będący przedmiotem inwestycji jest obiektem specjalnego znaczenia dla pracy Krajowego Systemu Elektroenergetycznego, w którym zlokalizowane będą główne elementy sterujące Krajowej Dyspozycji Mocy oraz Okręgowej Dyspozycji Mocy, a zatem elementy niezbędne do prawidłowego funkcjonowania KSE i jest on zaprojektowany w sposób zapewniający wysoki poziom bezpieczeństwa oraz ciągłości działania, niezależnie od zewnętrznych negatywnych czynników atmosferycznych, technicznych, medialnych itp.. Mając na uwadze powyższe wymagania, które ma spełniać inwestycja przewidziana kara umowna w wysokości 50 tys. zł nie jest karą wygórowaną. Ponadto, zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego na etapie późniejszym postępowania zostanie zdefiniowane pojęcie „Parametry Gwarantowane”, stąd argumentacja Odwołującego dotycząca braku zdefiniowania tego pojęcia jest niezasadny.

Izba oddaliła żądanie Odwołującego Hochtief co do usunięcia pkt 23.9 Wzoru umowy w zakresie w jakim na wykonawcę nałożone zostało zobowiązanie do zachowania poufności w części dotyczącej warunków zawarcia i wykonania umowy. Z uwagi na strategiczne znaczenie inwestycji dla bezpieczeństwa energetycznego nie tylko Rzeczypospolitej Polskiej, ale również z punktu widzenia zapewnienia możliwości wywiązania się przez Zamawiającego z zobowiązań międzynarodowych, dotyczących współpracy pomiędzy podmiotami, wykonującymi funkcję operatorów systemu przesyłowego energii elektrycznej państw ościennych oraz Państw Unii Europejskiej, uzasadnionym jest zdaniem Izby zastrzeżenie, że informacje i materiały przekazane wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba oddaliła pkt 25.1.6 Wzoru umowy, który przewiduje jako jedną z dopuszczalnych zmian umowy - zmianę w zakresie zastąpienia wykonawcy innym, nowym wykonawcą w przypadku wystąpienia takiej konieczności w toku realizacji umowy. Postanowienie to ma charakter ogólny, nie można uznać, że Zamawiający określił w sposób jednoznaczny kiedy możliwa jest zmiana podmiotowa umowy. Należy mieć jednak na uwadze, że w zakresie dopuszczalnych zmian umowy Zamawiający będzie zobligowany do stosowania przepisów ustawowych. Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w Pzp jest realizacja umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę wybranego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp, stanowiący wyjątek do tej reguły dopuszcza zmiany podmiotowe po stronie wykonawców w następujących przypadkach: a. na podstawie jednoznacznych postanowień umownych, określonych zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, b. w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia

warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, c. w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Mając na uwadze przepisy ustawy Pzp nie budzi wątpliwości, że do zastąpienia wykonawcy innym wykonawcą może dojść wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 144 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ponadto należy mieć na uwadze, że ustawodawca uznaje za istotną, niedopuszczalną zmianę, która polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4 Pzp. W praktyce zatem Zamawiający dokonując zmiany podmiotowej umowy będzie musiał stosować przepisy ustawy i niezasadną jest argumentacja, że Zamawiający dokona zmiany umowy w sposób arbitralny.

Wymaganie określone w pkt 21.7.4 dotyczące przeniesienia, na wniosek Zamawiającego zawarty w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy, praw wykonawcy wynikających z zawartych z podwykonawcami umów i zamieszczenia w umowach z podwykonawcami postanowień koniecznych dla skutecznego przejęcia praw i obowiązków wykonawcy wynikających z umów znajduje swoje uzasadnienie w art. 144 ust. 1 pkt 4 lit. c Pzp, który dopuszcza zmianę podmiotową po stronie wykonawcy na skutek przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców. Rozwiązanie to jest zgodne z przepisami Dyrektywy, która dopuszcza możliwość przejęcia przez zamawiającego dotychczasowych zobowiązań wykonawcy wobec podwykonawców, biorących udział w realizacji zamówienia. Zamawiający w tej sytuacji musi rozwiązać umowę z dotychczasowym wykonawcą – na podstawie warunków przewidziany w zawartej umowie i prawie krajowym regulującym instytucję rozwiązania umowy o zamówienie publiczne, a następnie zawrzeć umowę z podwykonawcą/ podwykonawcami .

Izba uwzględniła żądanie Odwołującego Hochtief w zakresie pkt 27.1 Wzoru umowy i nakazała doprecyzowanie jakie okoliczności uprawniać będą Zamawiającego do zawieszenia realizacji robót lub prac, wynikających z umowy. Zdaniem Izby niczym nieograniczona możliwość zawieszenia przez Zamawiającego realizacji zobowiązań, w tym robót lub prac wynikających z umowy bez podania jakichkolwiek przesłanek kiedy takie zawieszenie może nastąpić jest zbyt dużym ryzykiem kontraktowym wykonawcy i stanowi rażące naruszenie równowagi kontraktowej stron. Zawieszenie realizacji robót oznacza konieczność ponoszenia przez wykonawcę kosztów związanych z wydłużeniem okresu realizacji, kosztów utrzymania placu budowy, sprzętu i personelu. Dodatkowo umowa w pkt 27.6 przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek Zamawiającego zwrotu kosztów, jakie poniósł wykonawca w związku z zawieszeniem realizacji. Z tych względów Izba uznała za zasadne żądanie Odwołującego Hochtief co do wprowadzenia w pkt 27.6 wzoru umowy

jednoznacznego obowiązku Zamawiającego zwrotu uzasadnionych kosztów wykonawcy, jakie poniósł na skutek zawieszenia prac. Analogicznie tego rodzaju zobowiązanie Zamawiający określić w pkt 28.8.1, 28.8.2 Wzoru umowy, który odnosi się do zwrotu kosztów, jakie poniósł wykonawca na skutek wstrzymania realizacji robót.

Izba nakazała modyfikację pkt 14.19.1 Wzoru umowy przez wskazanie, że przeniesienie na żądanie Zamawiającego przez wykonawcę praw w zakresie gwarancji jakości wynikających z umów zawartych z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów obliguje Zamawiającego do przejęcia, w odpowiednim zakresie, obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji oraz zwolnienia wykonawcy, w odpowiednim zakresie z obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych umów z Podwykonawcami lub dostawcami Urządzeń i Materiałów w zakresie gwarancji. Przewidziane w pkt 14.19.1 Wzoru umowy przeniesienie praw z gwarancji jakości winno wiązać się z przejęciem przez Zamawiającego, w odpowiednim zakresie, obowiązków wykonawcy wynikających z zawartych przez wykonawcę umów z podwykonawcami lub dostawcami urzędzeń.

Izba uznała, że nie ma podstaw do modyfikacji lub usunięcia pkt 25.6.1 Wzoru umowy. Postanowienie to jedynie definiuje pojęcie robót zaniechanych i przewiduje obniżenie wysokości wynagrodzenia za roboty zaniechane. Sytuacja w której dojdzie do zaniechania wykonania części robót jest traktowana jako zmiana umowy i do jej zastosowania znajdują postanowienia pkt 25.1.2 Wzoru umowy, w których określono przesłanki zmiany m.in. ilości robót lub prac. Z tych względów zmiana pkt 25.6.1 Wzoru umowy przez jego wykreślenie czy też doprecyzowanie podstaw wyłączenia zakresu robót jest nieuzasadniona. Roboty zaniechane mogą dotyczyć jedynie części prac i odstąpienie do ich realizacji, w sytuacjach określonych w pkt 25.1.2 Wzoru umowy nie może zwolnić wykonawcy z konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....