

Sygn. akt: KIO 1236/13

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 7 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 7 czerwca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2013 r. przez **wykonawcę Hydrobudowa Gdańska Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9**

przy udziale **wykonawcy Energopol – Szczecin Spółki Akcyjnej z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1236/13 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umarza postępowanie odwoławcze**

**2** nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Hydrobudowa Gdańska Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135** kwoty **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący.....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie terenu Nadbrzeża Bułgarskiego w porcie Gdynia zostało wszczęte przez zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gdyni, ul. Rotterdamska 9 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2013r. za numerem 2013/S 092-157111.

W tym samym dniu zamawiający opublikował specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz) na swojej stronie internetowej.

W dniu 24 maja 2013r. odwołujący Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 135 – zwany dalej odwołującym (przystępującym) Hydrobudowa, wniósł odwołanie na treść ogłoszenia i siwz drogą elektroniczną. Odwołanie zostało opatrzone podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu w dacie wnoszenia odwołania złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 24 maja 2013r.

Odwołujący Hydrobudowa zakwestionował ustalony w ramach siwz oraz ogłoszenia przez zamawiającego sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, poprzez wskazanie nieproporcjonalnego wymogu w zakresie:

(i) wiedzy i doświadczenia wykonawcy- sekcja III 2,3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział V siwz (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) -

Warunek wykazania się przez wykonawcę niezbędną wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania robót budowlanych odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj.: wykonanie w okresie pięciu ostatnich lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy, w tym okresie:

- co najmniej jednego zamówienia polegającego na wykonaniu robót katarowych w zakresie pograżenia pall żelbetowych o długości nie mniejszej niż L=15m i o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych netto; bowiem nie sposób uznać za warunek nie nadmierny co do wymaganego rodzaju pall podlegających pograżaniu, lecz proporcjonalny (adekwatny), dający rękojmię, należytego wykonania przez wykonawcę prac stanowiących opis

przedmiotu zamówienia, taki który dopuszcza do udziału w postępowaniu przetargowym wyłącznie wykonawcę, który wykonał roboty kafarowe w zakresie pograżania pall żelbetowych, nie zaś pall żelbetowych I stalowych, wobec tego, iż w ramach opisu przedmiotu zamówienia i warunków przetargowych zamawiający dopuszcza stosowanie rozwiązań równoważnych, a najistotniejszym parametrem technicznym pala z punktu widzenia stateczności;

- co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m i o wartości co najmniej 20.000,000,00 złotych netto, bowiem nie sposób uznać za warunek nie nadmierny lecz proporcjonalny (adekwatny), dający rękojmię należytego wykonania przez wykonawcę prac stanowiących opis przedmiotu zamówienia, taki który dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawcę, który wykonał budowę lub przebudowę nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m wartości 20.000,000,00 zł. netto, wobec tego, iż opis przedmiotu zamówienia obejmuje wielobranżowe wykonanie budowę/przebudowę nabrzeża o wartości szacunkowej jak wskazuje zamawiający w ogłoszeniu 130.677.226,50 zł, zaś tak sformułowany warunek w szczególności w zakresie wymaganej wartości wykonanego zadania referencyjnego dopuszcza do udziału w postępowaniu również wykonawców, którzy wykonali na nabrzeżu roboty w zakresie jego przebudowy bez pozyskania doświadczenia w zakresie uzyskania stosownej głębokości technicznej, a więc bez pozyskania wiedzy w zakresie kluczowych dla przedmiotu zamówienia założeń, odwołujący wskazał, iż roboty polegające na budowie nabrzeża o głębokości technicznej 10 m, z uwagi na stopień skomplikowania i zakres inwestycji mogą przyjąć wartość nawet 100 mln PLN netto, zaś w zakresie kompleksowej przebudowy takiego nabrzeża kwotę nawet 50 mln PLN netto (dane wynikające z analizy cen ofertowych w innych przetargach).

Nadto zgodnie z przepisem § 31 i 32 Rozporządzenia Ministra Transportu I Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać i ich usytuowanie w § 31 I 32 wskazuje się, iż głębokość dopuszczalną Hdop. stanowi, wyrażona w metrach, suma:  $H_{dop} = H_t + R_p$  gdzie:

H, - głębokość techniczna budowli morskiej, określona zgodnie z wyżej podanymi zasadami,  
Rp - rezerwa na dopuszczalne przegłębienie dna w rejonie, w którym dno nie jest trwale umocnione, w trakcie całego okresu użytkowania budowli morskiej.

Głębokość dopuszczalną określa się na etapie projektowania budowy albo przebudowy budowli morskich i traktuje się ją jako maksymalną głębokość akwenu przy danej budowli morskiej, wobec czego w przypadku przebudowy nabrzeża znaczenie kluczowe ma głębokość dopuszczalna, nie zaś techniczna.

co narusza art. 22 ust. 4 ?ZP oraz art. 7 ust. 1 PZP, z uwagi na dokonanie przez zamawiającego opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób nie proporcjonalny do

opisu przedmiotu zamówienia, godzący w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, z uwagi na nieuzasadnione ograniczenie kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, wyrażoną również w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE, a także wbrew przepisom rozporządzenia stanowiącego akt wykonawczy do ustawy prawo budowlane,

2. bezprawnego zobowiązania wykonawcy do złożenia w treści umowy oświadczenia (§5 ust, 5 pkt, 4 wzoru umowy) iż zapoznał się on szczegółowo z dokumentacją projektową, dokonał jej szczegółowej analizy i uznaje ją za kompletną, poprawną i w pełni wystarczającą do realizacji przedmiotu umowy.

co narusza przepis art. 14 i 139 w związku z art 647 I 651 KC, bowiem wykonawcy nie można przypisać odpowiedzialności projektanta, ani też przenieść na niego obowiązku dysponowania wiedzą wykraczającą poza jego kompetencje wykonawcze; wykonawca wskazuje również na ewentualne skutki prawne oświadczenia jw. w zakresie wpływu ewentualnych wykrytych na etapie realizacji robót wad lub błędów projektowych na zmianę wynagrodzenia umownego

3. bezprawnego umownego umożliwienia zamawiającemu odmowy dokonania odbioru robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy, w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad robót oraz uzależnienia potwierdzenia wykonania robót przez wykonawcę na podstawie protokołu odbioru częściowego jak i końcowego dopiero po usunięciu wad stwierdzonych przez zamawiającego, a w konsekwencji także uzależnienia zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy, bowiem:

- zgodnie z treścią §8 ust. 8 wzoru umowy- zamawiający może odmówić dokonania odbioru końcowego, jeśli nie zostały wykonane wszystkie roboty, bądź jeśli stwierdzi w trakcie odbioru istnienie istotnych wad. W powyższej sytuacji zamawiający określi termin, do którego powinny zostać wykonane wszystkie zaległe prace lub usunięte wszystkie wady. Po wykonaniu przez wykonawcę zaległych prac oraz usunięciu istniejących wad, zobowiązany jest on zgłosić zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego, zgodnie z wymogami niniejszej umowy,

- zgodnie z treścią §11 ust, 4 pkt 2 wzoru umowy- rozliczenie końcowe nastąpi fakturą końcową wystawioną po podpisaniu przez zamawiającego protokołu odbioru końcowego;

- zgodnie z treścią §12 ust, 1 i 2 wzoru umowy - wykonawca udziela zamawiającemu 60 miesięcy pełnej gwarancji jakości na przedmiot umowy oraz użyte materiały i zamontowane urządzenia będące przedmiotem niniejszej umowy (w tym materiały użyte do wykonanie przedmiotu umowy) oraz niezależnie od udzielonej gwarancji ponosi odpowiedzialność z tytułu rękojmi na zasadach określonych w art. 637-638 kc w związku z art. 556-576 kc za wady w wykonaniu robót budowlanych będących przedmiotem umowy, z tym, że okres rękojmi równy jest okresowi gwarancji jakości. Okres gwarancji biegnie od dnia podpisania

przez zamawiającego protokołu końcowego odbioru robót, dla robót objętych tym protokołem;

- zgodnie z treścią §15 ust, 8 i 9 wzoru umowy - w przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu zamawiający zwróci wykonawcy 70% zabezpieczenia należytego wykonania w ciągu 30 dni od daty podpisania końcowego protokołu odbioru. W przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w Innej formie niż w pieniądzu wykonawca dostarczy je i będzie utrzymywał w wysokości określonej w niniejszym paragrafie na okres do upływu 30 dni od podpisania końcowego protokołu odbioru;

co narusza przepis art. 14 oraz 139 ustawy PZP w związku z art. 647 kc (odbiór robót I zapłata należnego wynagrodzenia Jako essentialia negotii umowy o roboty budowlane) oraz art. 57 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, z którego wynika, iż termin zakończenia robót jest określony terminem zgłoszenia obiektu do odbioru przez kierownika budowy odpowiednim wpisem do dziennika budowy (art. 22 pkt 9 ustawy Prawo budowlane) oraz złożeniem oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu budowy obiektu i jego wykonaniu zgodnie z projektem, warunkami pozwolenia na budowę oraz właściwymi przepisami.

Odwołujący uzasadniając swój interes we wniesieniu niniejszego odwołania wskazał, iż w przypadku nieuwzględnienia jego żądań wyszczególnionych poniżej, zachodzi poważna przeszkoda w dalszym prowadzeniu przez zamawiającego niniejszego postępowania, gdyż w świetle przepisów ustawy PZP nie dokonanie przez zamawiającego opisu warunków udziału w postępowaniu wraz ze sposobem ich oceny w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz dla zachowania zasady równego traktowania uczciwej konkurencji, powinien skutkować obligatoryjnym unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 PZP, bowiem w przypadku gdy przedmiot zamówienia nie został należycie sprecyzowany (w okolicznościach przedmiotowej sprawy), brak jest możliwości porównania ofert i wyboru w sposób ważny oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał również, iż swój interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania upatruje w żądanej zmianie opisu warunków udziału w postępowaniu, bowiem wobec Ich nieproporcjonalności znacząca liczba wykonawców posiadających stosowne doświadczenia oraz dających rękojmię należytego wykonania zadania, jest pozbawiona udziału w postępowaniu, w tym odwołujący.

Odwołujący uważa, że zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 PZP, w kontekście zapisów akapitów powyżej posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania wobec możliwości poniesienia realnej szkody, czy to z uwagi na ewentualną utratę możliwości uczestnictwa w przetargu i złożenia konkurencyjnej oferty, czy też ewentualnego wzięcia udziału w

postępowaniu, które obarczone jest wadą prawną uniemożliwiająca podpisanie ważnej umowy.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż jest zainteresowany prawidłowym, zgodnym z prawem, jego przebiegiem, w szczególności w sytuacji gdy podjęte przez zamawiającego czynności nie są prawidłowe w świetle przepisów Prawa Zamówień Publicznych oraz innych ustaw.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji/ zmiany zapisu ogłoszenia w Sekcji III.2,3 pkt. b i c oraz Rozdziału V siwz w pkt. 1 b i c, w treści jak niżej:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w zakresie wiedzy i doświadczenia:

b) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót kafarowych w zakresie pograżenia pali stalowych lub żelbetonowych o długości nie mniejszej niż L=15m i o wartości co najmniej 8 000.000,00 złotych netto,

c) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m lub kompleksowej przebudowie nabrzeża o głębokości dopuszczalnej co najmniej 10 m i wartości co najmniej 50.000.000,00 złotych netto,

2. dokonania modyfikacji treści §5 ust 5 pkt. 4 Wzoru Umowy, który otrzyma brzmienie jn.:

„4. zapoznał się z dokumentacją techniczną, w tym z dokumentacją projektową, dokonał ich analizy pod kątem kompletności i uznaje ją za wystarczającą do realizacji przedmiotu umowy”.

3. dokonania modyfikacji treści §8 ust, 8 Wzoru Umowy, który otrzyma brzmienie jn.:

„Zamawiający może odmówić dokonania odbioru końcowego, wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że nie zostały wykonane wszystkie roboty, bądź stwierdzenia w trakcie odbioru istnienia istotnych wad. Zamawiający określi termin, do którego powinny zostać wykonane wszystkie zaległe prace lub usunięte wszystkie wady”.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający opublikował w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 14 maja 2013 r. ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania Inwestycyjnego pn.: „Zagospodarowanie rejonu Nabrzeża Bułgarskiego w Porcie Gdynia”

W zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału V siwz (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót kafarowych w zakresie pogrążenia ścianki szczelnej o długości brusów nie mniejszej niż  $L=20$  m i o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych netto,

b) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót kafarowych w zakresie pogrążenia pali żelbetowych o długości nie mniejszej niż  $L=15$ m i o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych netto,

c) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m i o wartości co najmniej 20.000.000,00 złotych netto,

d) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali w sposób należyty i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie Infrastruktury drogowej w technologii nawierzchni betonowej wylewanej na mokro o powierzchni co najmniej 10.000 m<sup>2</sup> i o wartości co najmniej 5.000.000,00 złotych netto.

Odwołujący podniósł, iż wystarczającym dla zamawiającego - celem zapewnienia do realizacji niniejszego zamówienia wykonawcy dającego rękojmię należytego jego wykonania będzie w niniejszym postępowaniu spełnienie wymogu doświadczenia w realizacji:

- pkt. b- robót kafarowych w zakresie pogrążania pali żelbetowych lub stalowych o długości nie mniejszej niż 15 m oraz wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł netto;

Odwołujący wskazał, że postawiony przez zamawiającego w powyższym zakresie warunek udziału w postępowaniu, w odniesieniu do wymaganego rodzaju pala jest nieuzasadniony w kontekście tego, iż pogrążane mogą być zarówno pale prefabrykowane żelbetowe, jak i pale stalowe, zaś pogrążanie odbywa się tą samą metodą w takiej samej technologii, co istotne w

kontekście wyłonienia wiarygodnego i rzetelnego wykonawcy zdolnego wykonać prawidłowo niniejsze zamówienie.

Odwołujący wskazał, iż zarówno pale żelbetowe lub stalowe pogrąża się w grunt metodą dynamiczną, udarową. Nadto zarówno pale żelbetowe jak i rurowe wykonuje się przez zastosowanie takiego samego osprzętu/technologii. W celu pogrążenia wykorzystuje się kafary posiadające osprzęt w postaci młotów spalinowych, hydraulicznych lub wibratorów. W związku z powyższym uznał za uzasadnione żądanie w zakresie zmiany kwalifikacji technicznych, jak w żądaniach powyżej. Ponadto zarówno pale żelbetowe i rurowe pełnią taką samą rolę i funkcję w rozwiązaniach budowlanych i odwołujący nie widzi przeszkód natury technicznej - obiektywnej w rozszerzeniu warunku jak w żądaniach tj. wykazaniu przez wykonawcę doświadczenia w realizacji robót kafarowych polegających na pogrążaniu pali żelbetowych lub stalowych o długości nie mniejszej niż  $L=15\text{m}$  i o wartości co najmniej 8.000.000,00 złotych netto.

Ponadto zamawiający w warunkach przetargowych dopuszcza zostawanie rozwiązań równoważnych zarówno w zakresie technologii, jak i stosowanych materiałów czy urządzeń, w związku z powyższym przedmiotowy warunek dotyczy nie rodzaju pogrążanego pala, lecz doświadczenia w wykonywaniu prac kafarowych, które w takim samym stopniu posiada zarówno wykonawca robót kafarowych w zakresie pali prefabrykowanych żelbetowych, jaki i pali stalowych.

- w zakresie pkt. c- budowy lub przebudowy nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m oraz wartości co najmniej 20.000,000,00 zł. netto;

Odwołujący wskazał, że postawiony przez zamawiającego w powyższym zakresie warunek udziału w postępowaniu, w odniesieniu do wymaganej głębokości technicznej nabrzeża oraz wartości wykonanych robót nie daje rękojmi wyłonienia wiarygodnego i rzetelnego wykonawcy zdolnego wykonać prawidłowo niniejsze zamówienie, w szczególności wobec faktu, iż szacunkowa wartość przedmiotowych robót dla przedmiotu zamówienia podana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu wynosi 130.677.226,50 zł.

Odwołujący wskazał dodatkowo, iż powiązanie warunku głębokości technicznej nabrzeża z wartością robót wykonywanych w ramach jego budowy lub przebudowy w kwocie 20 000 000 PLN stanowi warunek, który nie zapewnia zamawiającemu wyłonienia wykonawcy, który z całą pewnością wykonywał roboty w zakresie nabrzeża związane ze zwiększeniem jego głębokości technicznej, a tym bardziej budowy od podstaw takiego nabrzeża,

Taki wniosek odwołującego wynika z przeprowadzonej analizy rynku w odniesieniu do cen ofertowych proponowanych przez wykonawców na innych zadaniach wykonywanych w ostatnich latach w zakresie wykonania zbliżonych wielkością i stopniem skomplikowania robót do zadania niniejszego. Dokonany przegląd wskazuje, iż wykonanie od podstaw budowy nabrzeża o głębokości technicznej minimalnej 10 m opiewa na kwotę od 50 000



0000 do 100 000 000 PLN i stanowi robotę o bardzo wysokim stopniu skomplikowania i złożoności w zakresie robót nie tylko branży hydrotechnicznej ale również szeregu branż towarzyszących, takie jak: drogowa, elektryczna, sanitarna, teletechniczna, etc.

Prace podstawowe w zakresie budowy nabrzeża o głębokość) technicznej minimalnej 10 m, to zakres robót hydrotechnicznych oraz robót czerpalnych. Nowo budowane nabrzeże należy dostosować do warunków zastanych, co wiąże z jego posadowieniem i zabezpieczeniem w sposób stabilny i trwały. Budowa nabrzeża musi swą konstrukcją zapewnić bezpieczne cumowanie statków oraz pracę na nim. Wspomniane warunki uzyskuje się poprzez stabilizację nabrzeża w drodze wykonania ścianek szczelnych nie rzadko pogrążanych ze specjalistycznego sprzętu pływającego, przy zastosowaniu wibromłotów hydraulicznych oraz asyście ekipy nurków. Szczególnego podkreślenia wymaga fakt, iż tego typu roboty hydrotechniczne w przeważającej mierze wykonywane są poniżej zwierciadła wody, co wpływa na konieczność zastosowania pracy nurków, o czym powyżej, odwodnień terenu robót oraz zespołów pływających. Podstawowym elementem konstrukcyjnym nabrzeża jest ścianka szczelna. Ściankę można zabezpieczyć dodatkowo poprzez jej kotwienie, kotwami gruntowymi lub ściągamami do projektowanych pall w nabrzeżu. Na tak przygotowanej konstrukcji zostaje wykonany oczep żelbetowy poprzez wykorzystanie systemu szalunków, w których umieszcza się zbrojenie i wypełnia betonem. Jest to praca żmudna i czasochłonna ze względu na dużą ilość sekcji, jakie składają się na wykonanie nabrzeża. Tak jak to ma miejsce przy pogrążaniu ścianki tak i przy pracach żelbetowych również wykorzystywany jest sprzęt pływający. W międzyczasie w konstrukcji nabrzeża wykonywanych jest szereg prac towarzyszących z branż: drogowej (wymiana gruntu, zasypy, zagęszczenie), branża elektryczna (wykonanie przepustów, okablowania), branża sanitarna (wykopy, układanie rurociągów, drenaży, studni) etc.

W trakcie w/w prac należy mieć na uwadze ich koordynację. Po pracach żelbetowych na nabrzeżu należy przystąpić do wyposażania takiego obiektu w elementy, które są niezbędne do jego funkcjonowania. Są to polery i pacholy cumownicze, drabinki wyjściowe, sprzęt ratunkowy, oraz odbojnice w postaci tarcz odbojowych lub belek. W tym czasie również prace branżowe wchodzi w etap wykończenia, poprzez układanie nawierzchni, montaż oświetlenia-laternie, odbiory i sprawdzenia sieci kanalizacyjnych, wykonanie odwodnień. W celu użytkowania nabrzeża nie rzadko należy wykonać prace czerpalne.

Z powyższego opisu wynika jasno, że prace prowadzone przy budowie nowego nabrzeża wymagają dużej koordynacji między poszczególnymi branż w zakresie kierowania ludźmi oraz sprzętem, a co za tym idzie niezbędne jest posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, która gwarantuje prawidłowe i należyte wykonanie robót.

Jednocześnie wykonanie robót w zakresie przebudowy nabrzeża z uwzględnieniem zwiększenia jego głębokości technicznej do 10 m, zgodnie z cytowanym w ramach zarzutów

rozporządzeniem wykonawczym do ustawy prawo budowlane, również stanowi robotę bardzo kosztowną, bowiem wycenianą na kwotę od 40 000 000 do 60 000 000 PLN, co w pełnym zakresie nie wpisuje się w sformułowany przez zamawiającego warunek,

Paradoksalnie z całą pewnością można stwierdzić, iż przedmiotowy warunek jest możliwy do spełnienia przez wykonawcę, który na zastanym nabrzeżu o głębokości technicznej 10 m wykonywał roboty w zakresie przebudowy sieci, nawierzchni, oczepów wyposażenia (polery, odbojnice) etc, a więc de facto roboty towarzyszące za kwotę 20 000 000 PLN, nie posiadając jednocześnie żadnego doświadczenia w zakresie realizacji robót hydrotechnicznych sensu stricto, a także koordynacji tychże robót z pracami w zakresie Innych branż na przebudowywanym nabrzeżu,

Nadto zdaniem odwołującego warunek opisany w pkt c obejmuje konieczność uzyskania przez zamawiającego pewności co do doświadczenia wykonawcy w zakresie raczej koordynacji robót branży hydrotechnicznej sensu stricto z innymi branżami oraz wiedzy w zakresie logistyki budowy-z uwagi na krótki termin realizacji niniejszego zamówienia - w budowie lub przebudowie skomplikowanego technicznie obiektu budowlanego, bardziej niż osiągnięcie głębokości technicznej 10 m, bowiem warunek doświadczenia w wykonywaniu robót polegających na uzyskaniu głębokości technicznej 10 m wykonawca biorący udział w niniejszym przetargu udokumentuje już poprzez spełnienie pierwszego z ustalonych warunków, a mianowicie doświadczenia w co najmniej jednym zamówieniu polegającym na wykonaniu robót kafarowych w zakresie pograżenia ścianki szczelnej o długości brusek nie mniejszej niż  $L=20$  m i o wartości co najmniej 8,000.000,00 złotych netto.

Wykonanie bowiem nabrzeża o głębokości technicznej 10 m wiąże się z wykonaniem ścianki szczelnej oraz jej zakotwieniem, robót palowych i konstrukcji nadbudowy wraz z kompleksowym wyposażeniem, a także pogłębienie dna. Podstawowym zaś elementem determinującym parametry nabrzeża oraz jego funkcję (obsługa statków dla danego znużenia i założonej wielkości) jest długość pograżanej ścianki szczelnej, a co za tym idzie ścianka szczelna jest elementem kluczowym dla uzyskania zwiększonej głębokości technicznej przy ewentualnej przebudowie nabrzeża.

Nadto odwołujący wskazał, iż głębokość techniczna jest parametrem, który determinuje określenie niezbędnej długości linii cumowniczej nabrzeża i wielkości maksymalnego statku danego typu, który może być obsługiwany przy nabrzeżu. Głębokość techniczna w świetle przepisów to suma największego dopuszczalnego zanurzenia kadłuba statku i sumarycznego zapasu głębokości wody pod stępką kadłuba. Głębokość techniczna jest określona w projekcie i po wybudowaniu nabrzeża stanowi jego podstawowy parametr. Nabrzeże może być jednak przewidziane do przebudowy w zakres, której może wchodzić pogłębienie dna i zwiększenia jego głębokości technicznej. Wówczas przy przebudowie nie określa się głębokości technicznej a tylko głębokość dopuszczalną, którą stanowi suma

głębokości technicznej i rezerwy na dopuszczalne przegłębienie dna. Dlatego przebudowa nabrzeża powinna zostać scharakteryzowana głębokością dopuszczalną a nie techniczną. Zgodnie z przyjętą praktyką żeglugową minimalny zapas głębokości wody pod stępka kadłuba statku wynosi 0,5m. Stąd zanurzenie statku przy nabrzeżu dla wartości głębokości technicznej równej 10 m wynosi 9,5 m. Wobec powyższego dla takiego zanurzenia występują statki o najmniejszej długości ca 160 m. W związku z powyższym dla głębokości technicznej równej 10 m długość nabrzeża powinna wynosić minimum 160 metrów nie licząc odcinków na wyłożenie cum. Koszt wykonania nabrzeża o takiej długości i głębokości wynosi jak wskazano powyżej około 50 -60 mln PLN netto.

Wobec powyższej argumentacji o charakterze technicznym odwołujący wskazał, iż dla zapewnienia zamawiającemu wyłonienia w przetargu wykonawcy dającego faktyczną rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia stanowiącego budowę/ przebudowę nabrzeża o wartości szacunkowej około 130 000 000,00 PLN, z całą pewnością winna nastąpić korekta warunku poprzez nadanie mu brzmienia jak w żądaniach

W ramach argumentacji prawnej odwołujący wskazał, iż zgodnie z Komentarzem do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego zamawiający nie może żądać od wykonawcy większej wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego niż to jest niezbędne do wykonania zamówienia. Zaś określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający nie powinien abstrahować od zakresu przedmiotu zamówienia.

W zakresie ustanowionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu obejmujących warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy odwołujący podkreślił, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r, w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO/1721/11 określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający jest ściśle związany przedmiotem zamówienia. Podniósł także, że nowelizacja PZP z 5 listopada 2009 r. wskazała literalnie na konieczność dokonywania opisu sposobu oceny warunków w granicach, jakie wyznacza przedmiot zamówienia. Opis sposobu oceny dokonywania spełniania warunków powinien być, bowiem: po pierwsze związany z przedmiotem zamówienia, po drugie zaś - do niego proporcjonalny. Zamawiający winien więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia (rozproszenie). terminem wykonania (rozłożenie w czasie), gdyż te elementy składała się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Celem formułowania i precyzowania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia jest umożliwienie składania ofert jedynie wykonawcom zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób profesjonalny i gwarantujący wydatkowanie środków publicznych zgodnie z zasadami określonymi w ustawie o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny - gwarantujący zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, Z punktu widzenia spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i

doświadczenia za rodzajowo odpowiadające należy uznać roboty budowlane, które obejmują nie tylko identyczne ale również zbliżone pod względem trudności i charakteru czynności faktyczne lub czynności o większym stopniu skomplikowania niż czynności składające się na przedmiot zamówienia. Jeżeli wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku roboty budowlane, niezależnie czy były one realizowane w ramach budowy, odbudowy, nadbudowy lub przebudowy obiektu budowlanego, obejmują przedmiotowo zbliżony lub tożsamy zakres czynności należy uznać je za odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Charakter czynności składających się na roboty budowlane, a nie charakter i nazwa zadania inwestycyjnego winny wskazywać, czy posiadane przez wykonawcę doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższa zasada determinuje bowiem sposób oceny spełnienia warunku na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2012 r. KIO 2683/11).

Ponadto Zamawiający, określając wymagana wartość wykonanych usług w celu weryfikacji wiedzy i doświadczenia wykonawców, powinien przede wszystkim kierować się wartością usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia z lat wcześniejszych, tj- z okresu, w którym usługi te były wykonywane (w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania) Próg wartościowy wykonanych usług nie może być określany w sposób oderwany od rzeczywistych warunków panujących na danym rynku usług w okresie poprzedzającym wszczęcie danego postępowania. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r. KIO 201/12).

Ustawa nakazuje dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków, tak by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, "Proporcjonalny" oznacza, zgodnie z definicją zawartą w Uniwersalnym słowniku języka polskiego - mający określony stosunek części do całości, zachowujący proporcje z czymś porównywanym. Przyjęcie definicji językowej jednakże nie wnosi oczekiwanej wskazówki co do dokonywania konkretyzacji warunków, gdyż przy założeniu, że warunek jest związany z przedmiotem zamówienia, zawsze pozostaje on w jakiejś proporcji w stosunku do niego. Dlatego też niezbędne wydaje się interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń ETS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję", warunek proporcjonalny więc to tyle co warunek nie nadmierny. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń powołał (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2012 r, KIO 1379/12, wyrok ETS z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii (LEX nr 84270), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2012 r. KIO 655/12 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2006 r. sygn. akt KIO/UZP/62/07, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt:

KIO/UZP 1932/09, wyrok sygn. akt KIO/1602/10 z dnia 16 sierpnia 2010 r., wyrok sygn. akt: KIO/1202/10 z dnia 2 lipca 2010 r., wyrok z dnia 30 stycznia 2009 r. KIO/UZP/ 80/09 wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt V Ca 221/03 , wyrok sygn. akt KIO 1947/10 z dnia 24 września 2010 r., wyrok z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 678/12

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wzoru umowy, odwołujący wskazał, że w zakresie żądania dokonania przez wykonawcę analizy robót w zakresie dokumentacji projektowej, to stosownie do art. 651 K.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle przywołanego przepisu: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad”. Rzetelne sprawdzenie dokumentacji wiązałoby się bowiem z koniecznością sprawdzenia wszystkich wyliczeń projektowych i sprawdzeniem czy dokumentacja jest skoordynowana między poszczególnymi branżami. Na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca nie jest w stanie zauważyć wad wynikających z nieskoordynowania dokumentacji projektowej, gdyż nie ma technicznych możliwości merytorycznego sprawdzenia wszystkich elementów dokumentacji pod kątem zgodności ze sztuką budowlaną i przepisami prawa budowlanego. Do sprawdzenia dokumentacji projektowej pod kątem wyszukania jej błędów potrzebny jest bowiem niemal taki sam nakład czasu, jak do projektowania,

Podkreślenia według odwołującego wymaga, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej, zaś zapis o konieczności szczegółowego sprawdzenia przez wykonawcę przedmiotowej dokumentacji, w zakresie wymaganym przez zamawiającego, jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego strony umowy o roboty budowlane i jako taki jest nieważny na podstawie art. 353<sup>1</sup> K,c w związku z art. 58 K.c. Stosownie do art. 29 i art. 31 PZP przedmiot zamówienia publicznego na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia na roboty budowlane; powinien być opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, których definicję, zakres i formę określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał, że ani w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, ani na wstępnym etapie realizacji zadania nie jest możliwe wychwycenie wad wynikających z dokumentacji projektowej. Większość wad ujawnia się bowiem dopiero na etapie realizacji

inwestycji, gdy okazuje się przed wbudowaniem określonego elementu, że będzie kolidował z innym, albo nawet po wykonaniu robót zgodnie z wadliwą dokumentacją.

Wykonawca wskazał, iż stosownie do art. 473 § 1 K.c, dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik na podstawie art. 473 K.c, nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela.

Nadto zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U, z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) to projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno -budowlanego. Wykonawca, Jak wskazano wyżej nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania - musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z tym projektem oraz zasadami wiedzy budowlanej,

Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 K.c. należy rozumieć w ten sposób, że zobowiązany Jest on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożności realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Stanowisko takie wynika z wyroku SN z 27.03.2000 r., (sygn. III CKN 629/98).

Wobec w/w, zdaniem odwołującego, uznać należy, iż obowiązki wykonawcy, w przypadku ujawnienia wad projektu sprowadzają się do poinformowania inwestora o tych okolicznościach i ich możliwych konsekwencjach i to wyłącznie wówczas, gdy wady projektowe są tego rodzaju, że nie wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Dołożenie należytej staranności przez wykonawcę w tym względzie, zwalnia go od współodpowiedzialności za wady robót budowlanych wynikające z wadliwości projektu. Wskazać również należy, iż wykonawca zobowiązany jest realizować roboty na podstawie projektu otrzymanego od zamawiającego. Zamawiający uprzednio zawarł umowę o wykonanie dokumentacji projektowej, w której odpowiedzialnym za wady projektu i za następstwa realizacji robót według wadliwego i wewnętrznie nie skoordynowanego projektu, (jeżeli wady miały charakter ukryty), jest wyłącznie projektant wobec zamawiającego i któremu z tego tytułu służą wszelkie roszczenia.

Wskazał, że wykonawcy z biurem projektowym nie wiąże go żaden stosunek zobowiązaniowy, pozwalający na domaganie się usunięcia wad projektu. Natomiast na zamawiającym spoczywa obowiązek wyegzekwowania od projektanta, zgodnie z zawartą z nim umową, usunięcia wad i luk projektu, celem umożliwienia kontynuowania robót

budowlanych, jeżeli są tego rodzaju, iż wstrzymują wykonanie robót. Jeżeli zamawiający chciał się zwolnić od takich obowiązków, miał możliwość określoną w art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, przeprowadzenia postępowania na opracowanie dokumentacji projektowej i wybudowanie obiektów w systemie "zaprojektuj i zbuduj," jedynie na podstawie programu funkcjonalno użytkowego, jak stanowi art. 31 ust. 2 ustawy PZP. Za wadliwie wykonane roboty według otrzymanego projektu, wykonawca odpowiada, gdy wady te przy zachowaniu należytej staranności mierzonej zawodowym charakterem działalności, mógł wykryć i zgłosić zamawiającemu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących odbioru robót i wad istotnych to odwołujący wskazał, że zgodnie z przyjętą przez doktrynę i Sądy wykładnia stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze, nie w każdym przypadku rodzi będzie skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie, niepowstania związanego z nim zobowiązania wzajemnego. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne, albo z niewykonaniem zobowiązania albo z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę gdy wada jest istotna, a więc uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy, albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszające ich wartość. Natomiast pozostałe wady, świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania.

Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 30 marca 2006 r, I ACA 1900/05 stwierdził, iż wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia.

Z powyższego, według odwołującego, wynika, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robót i zgłoszenia ich do odbioru po stronie zamawiającego pozostanie obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone wady lub usterki nieistotne. W takim przypadku zamawiający powinien dokonać odbioru zgłoszonych robót, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. II CKN 28/97).

Zgodnie z przywołanym powyżej wyrokiem Sądu Najwyższego, protokół odbioru jest jedynie pokwitowaniem spełnienia świadczenia w określonym terminie (świadczenie zostało spełnione z dniem zgłoszenia robót do odbioru) i podstawą do dokonania rozliczeń pomiędzy stronami.

Nieuzasadnionym jest więc wprowadzanie pojęcia „protokołu odbioru bez uwag” jako dokumentu będącego podstawą do dokonania płatności na rzecz wykonawcy, a wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do przepisu art. 637 i 638 KC

W kontekście zatem zaskarżonych postanowień wzoru umowy odwołujący wskazał, iż zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. VCSK 99/07). Wykluczenie istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania obiektu budowlanego naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając wykonawcę w niepewności odnośnie wynagrodzenia, w tym zwrotu poniesionych nakładów.

Zaskarżone postanowienia wzoru umowy, uzależniające dokonanie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad czy usterek uznać należy za naruszające przepis art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 57 ustawy Prawo Budowlane. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, iż czynność odbioru robót nie jest elementem robót budowlanych, lecz obowiązkiem inwestora wynikającym z art. 647 KC.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03 odwołujący stwierdził, iż jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m. in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Istotnym, według odwołującego, stanowiskiem orzecznictwa sądowego w przedmiotowej sprawie jest Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt I ACa 1027/99, w którym stwierdzono, iż odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady.

Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić.



Wobec w/w stanowiska zarzut odwołującego w zakresie modyfikacji postanowień wzoru umowy w zakresie odbioru „bez wad” jest w pełni uzasadniony.

W dniu 24 maja 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść odwołania wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamawiający powiadomił drogą elektroniczną o wniesieniu odwołania także tych wykonawców, którzy zwrócili się o wyjaśnienie treści siwz.

W dniu 27 maja 2013r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu po stronie odwołującego zgłosił Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Św. Floriana 9 lok. 13 – zwany dalej odwołującym (przystępującym) Energopol. Zgłoszenie zostało podpisami elektronicznymi weryfikowanymi ważnymi certyfikatami w dacie wnoszenia odwołania złożonymi przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 27 maja 2013r., (brak dowodu przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu). Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest zainteresowany przebiegiem postępowania zgodnie z prawem zamówień publicznych oraz udziałem w przedmiotowym postępowaniu oraz złożeniem oferty najkorzystniejszej.

W dniu 6 czerwca 2013r. drogą elektroniczną odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie to zostało podpisane bezpiecznym podpisem cyfrowym tak jak odwołanie.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....