

WYROK
z dnia 19 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma (Włochy) i TSO S.A., Chemin du Corpus de Grande – CS80035-77508 Chelles (Francja)**, adres do doręczeń: ul. E. Plater 28, 00-688 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma (Włochy) i TSO S.A., Chemin du Corpus de Grande – CS80035-77508 Chelles (Francja), i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma (Włochy) i TSO S.A., Chemin du Corpus de Grande – CS80035-77508 Chelles (Francja) tytułem wpisu od odwołania;**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma (Włochy) i TSO S.A., Chemin du Corpus de Grande – CS80035-77508 Chelles (Francja) na**

rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ *wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno - odcinek Żychlin - Barłogi w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz, realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF)*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2015 r. pod numerem 2015/S 212-384199.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 5, art. 353¹ oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy z przekroczeniem granic swobody kontraktowania, w tym przeniesienia na wykonawców niewspółmiernego ryzyka związanego z realizacją projektu w sposób podważający istotę umowy o wykonanie robót budowlanych;
- 3) art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy w sposób powodujący, iż niektóre świadczenia Wykonawcy będą niemożliwe do spełnienia.

Powołując się na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników, w szczególności projektu budowlanego i wykonawczego, w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami ustawy PZP, tj. poprzez:
 - a) usunięcie opisów technicznych implikujących rozwiązania techniczne konkretnych producentów w dokumencie pn.: „Projekt Wykonawczy B1. LCS Kutno „PW.B1.9-SRK-Opis_techiczny” poprzez:
 - 2.6.2 9) str. 23 - usunięcie fragmentu: „Zasilanie urządzeń do stwierdzania

niezajętości odstępu blokowego musi być realizowane w oparciu o układy zasilania blokady liniowej”;

- 5.5 str. 99 we fragmencie „(...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Witonia – Kutno*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 99 we fragmencie „(...) *urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Kutno – Ostrowy*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 99 we fragmencie „(...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Kutno-Fiorek*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 100 we fragmencie „(...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Ponętów – Zamków*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 100 we fragmencie „(...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Ponętów – Barłogi*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 100 we fragmencie „ (...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na Unii Zamków – Borysławice*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;
- 5.5 str. 101 we fragmencie „(...) *jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Barłogi – Borysławice*” usunięcie słów: „*ze zintegrowanymi licznikami osi*”;

oraz poprzez zmianę wszystkich rysunków z projektów budowlanych i wykonawczych, będących częścią dokumentacji projektowej w taki sposób, aby nie wskazywały na konieczność zastosowania blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi oraz zapewniającej zastosowanie urządzeń stwierdzenia niezajętości, zasilanych w oparciu o układy zasilania blokady liniowej (tzw. blokady autonomicznej), stanowiącej rozwiązania techniczne konkretnego producenta.

- b) w zakresie Subkaluzuli 4.1 Warunków Umowy „Ogólne zobowiązania Wykonawcy” - nakazanie Zamawiającemu wykreślenie zapisów pkt 11, 12, 13 w brzmieniu przywołanym poniżej:

„W przypadku niedotrzymania z winy Wykonawcy terminów określonych „Harmonogramem rzeczowo- finansowym” które skutkują koniecznością wprowadzenia nieplanowych zamknięć torowych, Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wszelkich kosztów wynikających z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom

gospodarczym kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19.”

oraz

„Ponadto Wykonawca pokryje koszty opóźnień pociągów powstałych w związku z: nieterminowym zgłoszeniem planowanych zamknięć torowych, które uniemożliwiają uzgodnienie z przewoźnikami opracowanego na czas Robót rozkładu jazdy, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19, jak również: niezgodnionym zajęciem torów czynnych podczas Robót, naprawą lub wymianą uszkodzonej podczas Robót infrastruktury, wprowadzeniem innych prędkości niż wskazane w Regulaminie tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania Robót, ograniczeniami i utrudnieniami w prowadzeniu ruchu pociągów wynikającymi z awarii, usterek oraz innych sytuacji i wydarzeń, w tym naruszenia skrajni toru czynnego przez maszyny i urządzenia Wykonawcy.”

oraz

„Koszty z tytułu opóźnień pociągów naliczane będą na podstawie danych ujętych w Systemie Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej (SEPE), natomiast koszty wprowadzenia komunikacji zastępczej, użycia lokomotyw do przeciągania pociągów oraz jazd drogami okrężnymi, według faktur przedłożonych przez przewoźników. Z uwagi na wiążące Zamawiającego zobowiązania wynikające z umów zawartych na udostępnianie infrastruktury kolejowej, które powodują, że wyłącznie dopuszczalnym rozwiązaniem jest zawieranie umów na realizację komunikacji zastępczej, przez Przewoźnika kolejowego, Strony zgodnie ustalają, że:

- a) po otrzymaniu przez Zamawiającego, zgodnie z zawartą umową faktury od przewoźnika, Zamawiający refakturuje na Wykonawcę koszty wynikające z faktury z tytułu wykonania zastępczej komunikacji,*
- b) Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty ww. faktury wystawionej przez Zamawiającego na rachunek bankowy wskazany w fakturze, w terminie 14 dni od daty jej otrzymania.”*

i zastąpienie ich następującą treścią:

„W przypadku niedotrzymania z winy Wykonawcy terminów określonych „Harmonogramem rzeczowo - finansowym”, które skutkują koniecznością wprowadzenia nieplanowych zamknięć torowych, Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w uzasadnionym zakresie wynikającym z przedstawionych Wykonawcy dowodów w postaci umów, dowodów zapłaty, itp., niezbędnych kosztów wynikających z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom gospodarczym kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19, przy czym kwoty ww. kar umownych, odszkodowań i kosztów nie będą wyższe niż to wynika z informacji przedstawionej Wykonawcy przed terminem złożenia ofert w postępowaniu, którego wynikiem jest niniejsza umowa.”

oraz

„Ponadto Wykonawca pokryje, w uzasadnionym zakresie wynikającym z przedstawionych Wykonawcy dowodów w postaci umów, dowodów zapłaty, itp., koszty opóźnień pociągów powstałych w związku z: nieterminowym zgłoszeniem planowanych zamknięć torowych, które uniemożliwiają uzgodnienie z przewoźnikami opracowanego na czas Robót rozkładu jazdy, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19, jak również: nieuzgodnionym zajęciem torów czynnych podczas Robót, naprawą lub wymianą uszkodzonej podczas Robót infrastruktury, wprowadzeniem innych prędkości niż wskazane w Regulaminie tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania Robót, ograniczeniami i utrudnieniami w prowadzeniu ruchu pociągów wynikającymi z awarii, usterek oraz innych sytuacji i wydarzeń, w tym naruszenia skrajni toru czynnego przez maszyny i urządzenia Wykonawcy, przy czym kwoty ww. kar umownych, odszkodowań i kosztów nie będą wyższe niż to wynika z informacji przedstawionej Wykonawcy przed terminem złożenia ofert w postępowaniu, którego wynikiem jest niniejsza umowa.”

oraz

„Koszty z tytułu opóźnień pociągów naliczane będą na podstawie obiektywnie weryfikowalnych danych, natomiast koszty wprowadzenia komunikacji zastępczej, użycia lokomotyw do przeciągania pociągów oraz jazd drogami okrężnymi, według treści umów, zapisów tachografów i innych obiektywnie weryfikowalnych zestawień stanowiących niepodważalny dowód realizacji przewozu zastępczego oraz faktur przedłożonych przez przewoźników w oparciu o stawki nie wyższe niż średnie stawki na tego rodzaju usługi. Wszelkie żądania z tytułu wyżej wymienionych kosztów, kar umownych i odszkodowań będą skuteczne jedynie w przypadku przedstawienia Wykonawcy powołanych wyżej dokumentów w celu weryfikacji zasadności żądania i wysokości kosztów.”

- c) w Subklauzuli 8.3 Warunków Umowy (ostatni akapit na str. 61 tomu II SIWZ) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu w brzmieniu:

„Inżynier nie zaakceptuje Harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako zgodnego z Kontraktem, w którym data zakończenia Robót, łącznie z dokonaniem wszelkich formalności przewidzianych w Kontrakcie, w tym w szczególności uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, wykraczają poza Czas na Ukończenie lub który został sporządzony z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera lub Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 20.1 Warunków Ogólnych.”

- d) w Subklauzuli 8.7 Warunków Umowy nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zapisu punktu h) w brzmieniu:

„h) za nieprzedłożenie lub przekroczenie terminu przedłożenia lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego albo brak jego aktualizacji w terminie ustalonym w Subklauzuli 8.3 Warunków Szczególnych - w wysokości 5 000,00 PLN za każdy

dzień zwłoki;”

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Odwołujący wskazał:

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w SIWZ, a dokładnie w treści Projektu Wykonawczego (dokument: PW.A2.09.01), zamieścił wymagania dotyczące urządzeń zabudowywanych na blokadzie liniowej, wskazując, iż jako urządzenia blokady liniowej zaakceptuje jedynie urządzenia zintegrowane z licznikami osi oraz zapewniające zasilanie dla urządzeń stwierdzania niezajętości w oparciu o układy zasilania blokady liniowej (czyli tzw. blokadę liniową autonomiczną).

Dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia zawęża, zdaniem Odwołującego, w sposób nieuzasadniony merytorycznie i funkcjonalnie krąg wykonawców, mogących ubiegać się o realizację przedmiotowego zamówienia, a tym samym narusza przepis art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, iż blokada autonomiczna: ze zintegrowanymi licznikami osi oraz zapewniająca zasilanie dla urządzeń stwierdzania niezajętości w oparciu o układy zasilania blokady liniowej, jest rozwiązaniem powodującym konieczność zabudowy osobnego systemu dla obsługi blokady samoczynnej.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, przedmiotowe rozwiązanie jest nieekonomiczne, bowiem skutkuje znacznym wzrostem kosztów budowy urządzeń srk w ramach projektu, a także wzrostem kosztów eksploatacji, bez korzyści w postaci lepszej funkcjonalności, dostępności, itp.

Ponadto, jak podał Odwołujący, dodatkowe układy, zapewniające autonomiczność systemu, stanowią nowe ogniwa w łańcuchu bezpieczeństwa systemu, mogące rzutować na obniżenie jego poziomu.

Zdaniem Odwołującego, podane przez Zamawiającego wymagania techniczne dla blokady liniowej wskazują na rozwiązanie autonomiczne, które stosuje jeden z producentów obecnych na polskim rynku, spośród dwóch dostawców, posiadających świadectwo do dopuszczenia Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego („UTK”).

Powyższe, w ocenie Odwołującego, w sposób oczywisty prowadzi do braku możliwości zaoferowania przez Odwołującego i innych uczestników postępowania rozwiązań odpowiadających wymogom Zamawiającego, ale posiadających inne (równoważne pod względem funkcjonalnym) rozwiązania techniczne, którymi dysponują niektórzy z producentów obecnych na polskim rynku, posiadających świadectwo dopuszczenia UTK.

Odwołujący podniósł, że określone przez Zamawiającego, w treści SIWZ, wymogi w

zakresie przedmiotu zamówienia, nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych wykonawców, korzystających z usług innych producentów. Każde odstępianie od zasad udzielania zamówień publicznych poprzez formułowanie wymogów nadmiernych lub dyskryminujących należy uznać, w opinii Odwołującego, za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów oraz ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, wszystkie aktualnie dopuszczone na kolei urządzenia: zarówno zintegrowane blokady liniowe, jak i inne, są bezpieczne, posiadają odpowiednie dokumenty dopuszczenia i nie ma powodów, by na etapie ofertowania ograniczać się wyłącznie do urządzeń opierających się na zasadzie zliczania osi czy autonomicznej blokady liniowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podobna, do będącej powodem wniesienia odwołania, sytuacja została przedstawiona w wyroku KIO z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2272/12, LEX nr 1230399. Wykonawca wnosił o wykreślenie niektórych postanowień SIWZ (spór dotyczył zaprojektowania i zbudowania interfejsów umożliwiających komunikację systemu ERTMS/ECTS poziom 2, z urządzeniami SRK, których to Zamawiający był właścicielem, a producentem tych urządzeń był podmiot konkurencyjny na rynku w stosunku do Wykonawcy), których sformułowanie w jego ocenie preferowało tylko jednego Wykonawcę i *de facto* zmierzało do wykluczenia z postępowania innych oferentów, mających wiedzę i doświadczenie, w zakresie objętym przedmiotem postępowania. Zamawiający (którym była w przedmiotowej sprawie także PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) uwzględnił zarzut stawiany przez Wykonawcę, wykreślając postanowienia SIWZ naruszające uczciwą konkurencję, a Izba potwierdziła zasadność działania Zamawiającego.

Zgodnie natomiast z orzeczeniem KIO z dnia 9 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2350/12, LEX nr 1230399: *„każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych etc.) postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, czy rozbudowanie kryteriów oceny oferty prowadzi do ograniczenia konkurencji”*. Zamawiający zawęził wymagania SIWZ, co doprowadziło, zdaniem Odwołującego, do faworyzowania jednego z wykonawców działających obecnie na rynku, a tym samym do ograniczenia uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o wykreślenie wskazanych wyżej sformułowań i zastąpienie ich zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 5, art. 353¹ oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł:

Zakres ryzyk przenoszonych warunkami umowy SIWZ na Wykonawcę, w ocenie Odwołującego, jest nadmierny i tak szeroki, że podważa naturę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej, której istotą jest realizacja określonego obiektu czy zespołu

obiektów przez wykonawcę.

Odwołujący podał, że w oparciu o przytoczone powyżej postanowienia Subkaluzuli 4.1 „Ogólne zobowiązania Wykonawcy”, stanowiącej warunki umowy Wykonawca (i) obciążony jest ryzykiem, które pozostaje poza jego możliwościami działania i kontroli, a także konsekwencjami takimi jak (ii) niczym nieograniczone (i w żaden sposób niedające się z góry określić) koszty związane z transportem zastępczym przewoźników, opłaty, kary, itp. oraz (iii) ryzykiem utraty finansowania całego projektu ze środków unijnych. Wszystkie te elementy, zdaniem Odwołującego, szczególnie zaś ryzyko zwrotu utraconego dofinansowania unijnego, powodują, że wykonawca staje się w istocie rzeczą inwestorem zastępczym, ponosząc w zasadzie całe ryzyko inwestycji, włącznie z organizacją (czy utratą) jej finansowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyrażona w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów na gruncie przepisów ustawy Pzp podlega ograniczeniom. To Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest stroną, którą ustawodawca wyposażył w instrumenty prawne, pozwalające na kształtowanie zapisów umowy. Zamawiający, działając w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i dysponując środkami publicznymi na sfinansowanie zamówienia, uzyskuje w praktyce silniejszą pozycję w ramach prowadzonego postępowania. Powyższe okoliczności nie mogą prowadzić jednak, w ocenie Odwołującego, do nadużywania silnej pozycji Zamawiającego w celu przeniesienia ryzyka związanego z realizacją projektu na wykonawcę.

Odwołujący zwrócił uwagę, że stanowisko takie zostało wyrażone m.in. w wyroku KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14: *„Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. (...) Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353(1) oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie”*. Odwołujący podał, że w kontekście umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej, cechą taką jest m.in. zasada ekwiwalentności świadczeń.

Zdaniem Odwołującego, warto również przytoczyć pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 27 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 487/14: *„Zamawiający jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Kształtując treść umowy, musi mieć na uwadze*

ograniczenia wynikające z art. 353(1) k.c., a także z innej zasady prawa cywilnego (art. 5 k.c.), zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący podniósł, że za sprzeczne z art. 5 i art. 353¹ k.c. należy uznać objęte zarzutem zapisy Warunków Umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach wyceny oferty, wykonawca musi uwzględnić wszelkie elementy, mające bezpośredni wpływ na cenę oraz inne szczegółowe warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Za czynnik mający szczególne znaczenie w tym kontekście, należy bez wątplenia uznać, w ocenie Odwołującego, wysokość oraz okoliczności naliczania kar umownych oraz wszelkie inne elementy, związane z ryzykiem finansowym ponoszonym przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalnym jest formułowanie zapisów w sposób, który przenosi finansowe ryzyko powodzenia inwestycji na wykonawców. Za takie działanie, zdaniem Odwołującego, należy uznać ustanowienie kwestionowanych zapisów Warunków Umowy, które w szczególności stanowią o potencjalnym, lecz niewspółmiernym obciążeniu Wykonawcy:

- wszelkimi kosztami, wynikającymi z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom gospodarczym, kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, wobec braku możliwości oszacowania tych kosztów (np. wobec braku znajomości treści kontraktów zawartych ze wskazanymi przewoźnikami);
- kosztami związanymi z opóźnieniami pociągów, z przyczyn wskazanych powyżej,
- kosztami związanymi z utratą dofinansowania z UE.

Zdaniem Odwołującego, opisywane określenie obowiązków stron umowy, w projektowanych przez Zamawiającego warunkach umowy, narusza również zasadę ekwiwalentności świadczeń, charakterystyczną dla umów wzajemnych (art. 487 § 2 k.c.), jaką jest umowa o roboty budowlane.

Odwołujący podał, iż powodzenie realizacji kontraktów, o tak złożonej specyfice, wiąże się z ryzykiem, zarówno po stronie wykonawcy, jak i Zamawiającego. Biorąc pod uwagę zakres czynności, które należy wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, zapisy SIWZ winny być, w ocenie Odwołującego, skonstruowane w sposób wykluczający przeniesienie tego ryzyka na wykonawcę. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zapisy SIWZ nie powinny doprowadzać do sytuacji, w której ocena ryzyka i jego kalkulacja jest utrudniona lub, jak w niniejszym przypadku, niemożliwa do wykonania.

Odwołujący wyjaśnił, że wnioskowana treść pkt 11, 12 i 13 Subklauzuli 4.1 Warunków Umowy „Ogólne zobowiązania Wykonawcy” ma na celu modyfikację warunków umowy w 3

aspektach: po pierwsze, pozwala zrationalizować ryzyko wykonawcy poprzez wskazanie, że może on być zobowiązany zwrócić koszty uzasadnione czy konieczne, po wtóre, daje wykonawcy prawo weryfikacji żądanych od niego kosztów, ograniczając tym samym ryzyko zupełnie arbitralnego i „łatwego” przerzucania na niego kosztów przez Zamawiającego, w końcu po trzecie, zmierza w kierunku umożliwienia wykonawcy zapoznania się z wysokością potencjalnych kar umownych, kosztów czy odszkodowań, co ma o tyle istotne znaczenie, że wykonawca ma możliwość wyceny tego ryzyka, także np. poprzez zaaranżowanie odpowiedniej polisy ubezpieczenia swojej odpowiedzialności cywilnej w ramach planowanego przedsięwzięcia. Brak wnioskowanych elementów kreuje dla wykonawcy, w ocenie Odwołującego, ryzyko niedające się oszacować ani wycenić, a w konsekwencji uniemożliwiające złożenie prawidłowej oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp Odwołujący wyjaśnił, że jak wskazano w pkt 3. żądań niniejszego odwołania, Subklauzula 8.3 Warunków Umowy zawiera postanowienia, które przewidują, że Inżynier Kontraktu nie zaakceptuje harmonogramu „wykraczającego” poza datę na ukończenie realizacji zamówienia, zaś postanowienia Subklauzuli 4 dotyczą związanych z ww. harmonogramem kar umownych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przypadku, gdy z dowolnych przyczyn (w tym także z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, np. z powodu opóźnienia zamawiającego) ma miejsce opóźnienie (i to tak istotne, że ukończenie robót nie jest obiektywnie możliwe w czasie przewidzianym umową), to przedłożenie harmonogramu, który mógłby zaakceptować Inżynier Kontraktu jest zupełnie niemożliwe.

Co więcej, kwestionowana klauzula powoduje również, zdaniem Odwołującego, że w przypadku nierozpatrzenia roszczeń przez Inżyniera Kontraktu (np. z powodu jego opieszałości), wykonawca ma przedstawić harmonogram nieobejmujący nierozpatrzonych roszczeń, np. roszczenia o wydłużenie czasu na wykonanie prac. Tym sposobem, w ocenie Odwołującego, wykonawca staje przed wyborem (przymusowego) zrzeczenia się należnych mu i uzasadnionych roszczeń bądź przedstawienia harmonogramu nierealnego.

Kwestionowane postanowienia SIWZ, w opinii Odwołującego, naruszają zatem zarówno przepisy dotyczące świadczenia niemożliwego (i konsekwencji w postaci nieważności takiego zobowiązania, co dalej rzutuje na umowę i projekt o ogromnej wartości), jak i zasad współzycia społecznego i natury umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej.

Odwołujący podał, że zarzucane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż uniemożliwiają sporządzenie i złożenie przez wykonawcę prawidłowej oferty, zgodnej z wymaganiami Zamawiającego

oraz przepisami prawa, a ponadto uwzględniającej ryzyko wykonawcy w realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W Projekcie wykonawczym – Część 9 – Sterowanie ruchem kolejowym w pkt 2.6.2 ppkt 9 zawarto następujące wymaganie: *„Zasilanie urządzeń do stwierdzania niezajętości odstępów blokowych będzie realizowane w oparciu o układy zasilania blokady liniowej”.*

Jednocześnie w pkt 5.5 wspomnianego Projektu znajdują się następujące postanowienia:

„Szlak Witonia - Kutno na linii nr 16 Łódź Widzew - Kutno.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Witonia - Kutno a siedzibą LCS Kutno.

Szlak Kutno - Ostrowy na linii nr 18 Kutno - Piła Główna.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Kutno - Ostrowy a siedzibą LCS Kutno.

Szlak Kutno-Florek na linii nr 33 Kutno - Brodnica: Kutno-Florek.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na szlaku Kutno-Florek a siedzibą LCS Kutno.

Linia nr 740 Ponętów – Zamków.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Ponętów - Zamków a siedzibą LCS Kutno.

Linia nr 737 Ponętów – Barłogi.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Ponętów - Barłogi a siedzibą LCS Kutno.

Linia nr 544 Zamków – Borysławice.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednodostępowej

blokadę liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Zamków - Borysławice a siedzibą LCS Kutno.

Linia nr 809 Barłogi – Borysławice.

Obsługa urządzeń srk w całym obszarze LCS Kutno, prowadzona będzie nawet podczas przerwy transmisji w kablu światłowodowym pomiędzy urządzeniami nowej jednostkowej blokadę liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi na linii Barłogi - Borysławice a siedzibą LCS Kutno”.

W Klauzuli 4 Wykonawca Subklauzuli 4.1 Ogólne zobowiązania wykonawcy zawarte są m.in. następujące postanowienia:

„11. W przypadku niedotrzymania z winy Wykonawcy terminów określonych „Harmonogramem rzeczowo-finansowym”, które skutkują koniecznością wprowadzenia nieplanowych zamknięć torowych, Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wszelkich kosztów wynikających z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom gospodarczym kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19.

12. Ponadto Wykonawca pokryje koszty opóźnień pociągów powstałych w związku z: nieterminowym zgłoszeniem planowanych zamknięć torowych, które uniemożliwiają uzgodnienie z przewoźnikami opracowanego na czas Robót rozkładu jazdy, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir 19, jak również: niezgodnionym zajęciem torów czynnych podczas Robót, naprawą lub wymianą uszkodzonej podczas Robót infrastruktury, wprowadzeniem innych prędkości niż wskazane w Regulaminie tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania Robót, ograniczeniami i utrudnieniami w prowadzeniu ruchu pociągów wynikającymi z awarii, usterek oraz innych sytuacji i wydarzeń, w tym naruszenia skrajni toru czynnego przez maszyny i urządzenia Wykonawcy.

13. Koszty z tytułu opóźnień pociągów naliczane będą na podstawie danych ujętych w Systemie Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej (SEPE), natomiast koszty wprowadzenia komunikacji zastępczej, użycia lokomotyw do przeciągania pociągów oraz jazd drogami okrężnymi, według faktur przedłożonych przez przewoźników. Z uwagi na wiążące Zamawiającego zobowiązania wynikające z umów zawartych na udostępnianie infrastruktury kolejowej, które powodują, że wyłącznie dopuszczalnym rozwiązaniem jest zawieranie umów na realizację komunikacji zastępczej, przez Przewoźnika kolejowego, Strony zgodnie ustalają, że:

- a) po otrzymaniu przez Zamawiającego, zgodnie z zawartą umową faktury od przewoźnika, Zamawiający refakturuje na Wykonawcę koszty wynikające z faktury z tytułu wykonania zastępczej komunikacji,

- b) Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty ww. faktury wystawionej przez Zamawiającego na rachunek bankowy wskazany w fakturze, w terminie 14 dni od daty jej otrzymania”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego z dnia 11 grudnia 2015 r. ustalającej warunki udostępniania infrastruktury kolejowej przewoźnikowi krajowemu IC przez zarządcę infrastruktury PKP PLK na rozkład jazdy pociągów obowiązujący od dnia 13 grudnia 2015 r. do dnia 10 grudnia 2016 r. na okoliczność formy odszkodowań i zasad naliczania kar oraz rozliczeń z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów ustalając, że zgodnie z § 15 ust. 6 powołanej decyzji obowiązującą formę odszkodowań z tytułu nienależytego wykonania przedmiotowej decyzji stanowią kary. Zasady naliczania kar oraz rozliczeń w zakresie realizacji rozkładu jazdy pociągów zawarte są w Załączniku nr 7.

Zgodnie z rzeczonym Załącznikiem nr 7:

1. „Do rozliczeń z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów kwalifikują się wszystkie handlowe pociągi Przewoźnika, które ukończyły jazdę na sieci zarządzanej przez Zarządcę lub zostały przekazane na obszar innych zarządców z opóźnieniem większym niż 5 minut.
2. Przewoźnik może dochodzić od Zarządcy kar, jeżeli dla pociągów wymienionych w ust. 1 zostaną spełnione jednocześnie poniższe warunki.
 - 1) pociąg Przewoźnika został uruchomiony ze stacji początkowej:
 - a) zgodnie z rozkładem jazdy pociągów lub,
 - b) z opóźnieniem, które zostało zakwalifikowane, jako wynikające z przyczyn leżących po stronie Zarządcy (w tym jego podwykonawców), Zagranicy i innego przewoźnika (dotyczy opóźnień pierwotnych i wtórnych powstałych na stacji uruchomienia tego pociągu);
 - 2) pociąg Przewoźnika został opóźniony na drodze przebiegu z przyczyn leżących po stronie Zarządcy i/lub innego przewoźnika.
3. Zarządca może dochodzić od Przewoźnika kar, jeżeli zostaną spełnione poniższe warunki:
 - 1) pociąg innego przewoźnika spełnił warunki, o których mowa w ust. 1 i 2, i został opóźniony przez pociąg Przewoźnika. W szczególnych sytuacjach, Zarządca na wniosek Przewoźnika, przedstawi wyciąg z SEPE, obrazujący sytuację techniczno-ruchową, dotyczącą danego przypadku;
 - 2) pociąg Przewoźnika spełnił warunki, o których mowa w ust 1 i ust 2. pkt 1 lit a, a na drodze przejazdu został opóźniony tylko z przyczyn leżących po stronie Przewoźnika. W szczególnych sytuacjach, Zarządca na wniosek Przewoźnika, przedstawi wyciąg z

SEPE, obrazujący sytuację techniczno-ruchową, dotyczącą danego przypadku.

4. *Postanawia się, że:*

- 1) *przyczyny opóźnienia będą kwalifikowane zgodnie z zasadami, o których mowa w Instrukcji o kontroli biegu pociągów pasażerskich i towarowych Ir-14;*
- 2) *w odstępstwie od uwagi w zakresie stosowania przyczyny opóźnienia zamieszczonej w Załączniku nr 1a Instrukcji Ir-14 dotyczącej kodu 51.7 opóźnieniem pociągu gwarantującego skomunikowanie (jeżeli nie wynika ono z pierwotnej przyczyny) lecz jest następstwem opóźnienia pociągu zdążającego na skomunikowanie, obciążani będą winni opóźnienia pociągu zdążającego na skomunikowanie. Jeżeli w trakcie korzystania z infrastruktury kolejowej wystąpią ograniczenia w jej korzystaniu, powodujące konieczność uruchomienia przez Przewoźnika komunikacji zastępczej to opóźnienie pociągu, dla którego w części trasy wprowadzono komunikację zastępczą, oraz opóźnienia pociągów skomunikowanych kontowane będą na Przyczyny pochodne (wtórne) kod 94.1;*
- 3) *stacjami początkowymi i końcowymi w zakresie rozliczeń z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów są stacje leżące na obszarze Zarządcy;*
- 4) *karom nie podlegają przejazdy pociągów niehandlowych i pojazdów kolejowych z napędem,*
- 5) *nie podlegają rozliczeniom opóźnienia pociągów:*
 - a) *powstałe w wyniku uruchomienia pociągów ratunkowych jadących do miejsca wystąpienia zdarzenia lub trudności eksploatacyjnych/sytuacji potencjalnie niebezpiecznych na liniach kolejowych. Opóźnienia pociągów spowodowane przejazdem pociągu ratunkowego opisywane będą kodem przyczyn opóźnień przypisanym danemu zdarzeniu lub trudności eksploatacyjnej/sytuacji potencjalnie niebezpiecznej,*
 - b) *spowodowane sytuacją nadzwyczajną i zdarzeniami, które bez względu na winnego ich powstania kontowane będą na przyczyny zewnętrzne lub pochodne (wtórne) nieobciążające Przewoźnika i Zarządcy (grupy kodów przyczyn opóźnień 8. i 90. według Załącznika nr 1 do Instrukcji Ir-14). W takich przypadkach rozliczenia strat (w tym również kosztów za opóźnienia pociągów) realizowane są zgodnie z § 24 Instrukcji Ir-8,*
 - c) *spowodowane nieprzewidzianymi zdarzeniami lub trudnościami eksploatacyjnymi/sytuacjami potencjalnie niebezpiecznymi, w wyniku których zmiana uległa stacja początkowa lub końcowa (zmiana relacji w trybie awaryjnym). Opóźnienia pociągów wynikające z tych zmian opisywane będą kodem przyczyn opóźnień (grupa przyczyn opóźnień 8. i 90. według Załącznika 1 do Instrukcji Ir-14) przypisanym danemu zdarzeniu lub trudności*

- eksploatacyjnej/sytuacji potencjalnie niebezpiecznej,*
- d) zakwalifikowane na kod 23.1 (Urządzenia zasilania trakcji elektrycznej. Spadki, zaniki, brak napięcia w sieci trakcyjnej) z przyczyn leżących po stronie PKP Energetyka S.A. lub innego podmiotu świadczącego usługi dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej na cele trakcyjne,*
- 6) do wyznaczenia liczby minut opóźnień przyjmuje się różnicę pomiędzy czasem rzeczywistego przyjazdu do stacji końcowej a czasem rozkładowego przyjazdu;*
- 7) podstawę rozliczeń dla każdego okresu rozliczeniowego w zakresie punktualności pociągów stanowi uzgodniona z Przewoźnikiem autoryzowana dokumentacja prowadzona przez Zarządcę - „Rozliczenie jakości świadczonych usług” (zakładka „Jakość” - raporty należności i zobowiązań PKP PLK wyliczany automatycznie w SEPE);*
- 8) rozliczenia, dla każdego okresu rozliczeniowego, obejmujące także wyjaśnienia w SEPE przypadków wątpliwych oznaczonych przez Przewoźnika symbolem „R” należy dokonać do 20. dnia następnego miesiąca po okresie rozliczeniowym, w przeciwnym razie koszt opóźnień niewyjaśnionych obciąża Zarządcę;*
- 9) na podstawie dokumentacji prowadzonej przez Zarządcę, o której mowa w pkt 7. Zarządca określa dla wszystkich uczestników procesu przewozowego mających udział w powstaniu opóźnienia pociągu, ich procentowy udział w globalnej liczbie minut opóźnienia pociągu mających wpływ na jego opóźnienie na stacji końcowej bądź przekazania innemu zarządcy;*
- 10) według określonego zgodnie z pkt 9 procentowego udziału w opóźnieniu pociągu, Zarządca ustala liczbę minut opóźnienia przypisaną każdemu odpowiedzialnemu za opóźnienia pociągu w odniesieniu do liczby minut opóźnienia pociągu na stacji końcowej (stacji przekazania innemu zarządcy - Zagranica). Liczba minut opóźnienia (minuty obciążające) obliczana będzie automatycznie w SEPE „Rozliczenie jakości świadczonych usług” zakładka „Jakość” i po przeliczeniu przez system na wielkość kar „Billing” będzie podstawą do wystawiania not obciążeniowych.*
- 5. Uprawnienia Zarządcy, o których mowa w ust. 3, nie pozbawiają Przewoźnika prawa kwestionowania ustaleń poczynionych przez Zarządcę w zakresie sposobu naliczania kar, jak i określenia zakresu odpowiedzialności podmiotów, po których stronie wystąpiły przyczyny opóźnienia pociągu.*
- 6. Przejazdy pociągów realizowane według ZRJ, skutkujące zmianami RRJ lub IRJ, rozliczane są z opóźnień w stosunku do ZRJ, zgodnie z zasadami przedstawionymi w ust. 1 - 4, pod warunkiem, że zastępczy rozkład jazdy pociągów został przedstawiony Przewoźnikowi z zachowaniem terminów podanych w § 15 Regulaminu. W przypadku, gdy Zarządca nie dotrzyma terminów, o których mowa wyżej, opóźnienia i wcześniejsze*

odjazdy, rozliczane będą w stosunku do obowiązującego RRJ lub IRJ.

7. Przewoźnik, dokonuje weryfikacji i autoryzacji jakości przejazdu pociągów na podstawie zakładki „autoryzacja” SEPE, zaznaczając opcję, „T – zgoda” lub w przypadku zgłoszenia zastrzeżeń opcję „R – reklamacje” najpóźniej w ciągu 72 godzin po zakończeniu biegu pociągu. W przypadku braku weryfikacji i autoryzacji przejazdu pociągu w ww. terminie uznaje się, że Przewoźnik wyraził zgodę na zakwalifikowane przyczyny opóźnień.
8. W przypadku zgłoszenia zastrzeżenia przez Przewoźnika, co do prawidłowości opisu przyczyny opóźnienia pociągu (odznaczenia w SEPE opcji „R – reklamacje”) wyznaczeni pracownicy Zarządcy zobowiązani są w ciągu 72 godzin od chwili złożenia reklamacji zapisanej w SEPE podjąć decyzję w sprawie zastrzeżeń Przewoźnika. Reklamacje w zakresie nieprawidłowości przy opisywaniu przyczyn opóźnień pociągów po ww. okresie, składane nie później niż do 5. dnia następnego miesiąca, przyjmuje i rozpatruje w ciągu 8 dni Biuro Eksploatacji Centrali PKP PLK, informując Przewoźnika o sposobie rozpatrzenia jego zastrzeżeń. W przypadku niekorzystnego rozpatrzenia zastrzeżeń Przewoźnikowi przysługuje prawo do złożenia odwołania w terminie do 15. dnia następnego miesiąca. Ponadto, Przewoźnik może żądać od Zarządcy stosownej dokumentacji, związanej z opóźnieniem pociągu.
9. Przewoźnik może dochodzić od Zarządcy kar za opóźnienie z przyczyn leżących po stronie Zarządcy i innych przewoźników w wysokości 6,00 zł za 1 minutę opóźnienia pociągu.
10. Zarządca może dochodzić od Przewoźnika kar w wysokości 6,00 zł za 1 minutę opóźnienia pociągu w przypadkach określonych w ust. 3 pkt 1 oraz w wysokości 0,50 zł za 1 minutę opóźnienia pociągu w przypadkach określonych w ust. 3 pkt 2.
11. Zgodnie z powyższymi zasadami, Przewoźnik wystawia Zarządcy w okresach rozliczeniowych notę obciążeniową na kwotę równą wielkości zobowiązań PKP PLK podanych w „Bilingu”. Nota obciążeniowa będzie wystawiona na PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 i skierowana do Biura Rachunkowości Wydział OCR i zarządzania elektronicznym obiegiem faktur z dopiskiem „dotyczy IES”.
12. Zgodnie z powyższymi zasadami, Zarządca wystawia Przewoźnikowi w okresach rozliczeniowych notę obciążeniową na kwotę równą wielkości należności PKP PLK podanych w „Bilingu”. Nota obciążeniowa będzie wystawiona na „PKP Intercity” S.A., 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59a i skierowana do Biura Realizacji Przewozów, z siedzibą na ul. Żelaznej 59a. Termin zapłaty ustala się na 21 dni od daty wystawienia noty obciążeniowej”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z Instrukcji dla dyspozytora zarządcy infrastruktury kolejowej IR-13 (R-23) na okoliczność dokumentowania procesu realizacji

rozkładu jazdy, gdzie w § 11 *Ogólne zasady dokumentowania procesu realizacji rozkładu jazdy* postanowiono:

1. *„Podstawowym narzędziem służącym do dokumentowania procesu realizacji rozkładu jazdy w PLK jest SEPE.*
2. *Proces realizacji rozkładu jazdy poprzedza planowanie dyspozytorskie.*
3. *Wyrażenie zgody na uruchomienie pociągu lub pojazdu kolejowego wymaga jego wcześniejszego zaplanowania lub wprowadzenia do SEPE.*
4. *Każdy przejazd pociągu lub pojazdu kolejowego odbywający się po liniach PLK musi zostać zarejestrowany w SEPE.*
5. *Dane w zakresie realizacji rozkładu jazdy w SEPE wprowadzane są przez dyżurnych ruchu poprzez SWDR i dodatkowo sygnały przytorowe lub GPS.*
6. *Opóźnienia pociągów w SEPE opisywane są przez dyspozytora liniowego po ustaleniu przyczyn ich powstania.*
7. *W przypadku, gdy informacja o przejeździe pociągu nie jest przesyłana do SEPE automatycznie lub nie jest wprowadzana przez dyżurnego ruchu w SWDR, wtedy informację o czasach przejazdu, nieplanowych postojach i ich prognozowanym czasie oraz analizie pociągu wprowadza na bieżąco dyspozytor liniowy.*
8. *Dyspozytor liniowy nadzoruje i kontroluje poprawność wprowadzanych danych do SEPE, a w przypadku wystąpienia nieprawidłowości na bieżąco wyjaśnia je i koryguje.*
9. *Informacje do SEPE powinny być wprowadzone w taki sposób, aby w pełni odzwierciedlały zdarzenia, trudności eksploatacyjne i inne sytuacje mające wpływ na prawidłowy przebieg procesu przewozowego”.*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z uchwały nr 896/2014 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie przyjęcia *„Zasad podziału wysokości kar finansowych oraz rozliczeń Zakładów Linii Kolejowych, Centrum Realizacji Inwestycji, Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym i Centrum Rozkładów Jazdy z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy”* na okoliczność zasad podziału wysokości kar finansowych oraz rozliczeń Zakładów Linii Kolejowych, Centrum Realizacji Inwestycji, Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym i Centrum Rozkładów Jazdy z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy ustalając, że:

„Niniejsze zasady zostały opracowane w oparciu o postanowienia „Instrukcji o kontroli biegu pociągów pasażerskich i towarowych Ir-14”, zwaną dalej „Instrukcją Ir-14” oraz umów o udostępnienie infrastruktury kolejowej z przewoźnikami kolejowymi.

Rozliczeniom z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy podlegają pociągi tych przewoźników kolejowych, z którymi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. „zwane dalej zarządcą

infrastruktury kolejowej" podpisała umowę o udostępnienie infrastruktury kolejowej, która obejmuje rozliczenia z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy (§ 1).

Zakłady Linii Kolejowych, Centrum Realizacji Inwestycji, Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym i Centrum Rozkładów Jazdy będą rozliczane przez Centralę Spółki za opóźnienie pociągów przewoźników wymienionych w § 1, które spełniać będą jednocześnie następujące warunki:

- 1) jeżeli pociąg przewoźnika został uruchomiony ze stacji początkowej:
 - a) zgodnie z rozkładem jazdy (pociąg towarowy uruchomiony z opóźnieniem do 2 minut lub przed czasem za zgodą dyspozytora liniowego zarządcy infrastruktury kolejowej uważa się za uruchomiony planowo) lub,
 - b) z opóźnieniem, które powstało z winy zarządcy infrastruktury kolejowej lub spowodowane zostało przez pociąg innego przewoźnika (spełniający warunki określone w niniejszym paragrafie) opóźnionego z winy zarządcy infrastruktury kolejowej (dotyczy opóźnień pierwotnych i wtórnych powstałych na stacji uruchomienia tego pociągu);
- 2) jeżeli pociąg przewoźnika został opóźniony na drodze przebiegu z winy zarządcy infrastruktury kolejowej lub opóźnienie spowodowane zostało przez pociąg innego przewoźnika (spełniający warunki określone w niniejszym paragrafie) opóźnionego z winy zarządcy infrastruktury kolejowej (dotyczy opóźnień pierwotnych i wtórnych powstałych na stacjach pośrednich tego pociągu);
- 3) jeżeli pociąg przewoźnika przybył do stacji końcowej z opóźnieniem ponad 5 min w przypadku pociągów pasażerskich lub ponad 30 minut w przypadku pociągów towarowych (§ 2).

Zakład Linii Kolejowych obciążony zostanie karą finansową za opóźnienia pociągów na własnym obszarze (oraz spowodowane tymi opóźnieniami, opóźnienia wtórne powstałe na obszarach innych zakładów) wynikające z winy zarządcy infrastruktury kolejowej, których przyczyny zostały zakwalifikowane zgodnie z zasadami, o których mowa w „Instrukcji Ir-14” § 4 w pkt 1 w grupach kodów 11., 12., 13., 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 28., 29., 30., 31., 32., 39., oraz za opóźnienia pociągów zawinione przez PKP Energetykę S.A. zarejestrowane w grupie kodów 23., i opóźnienia pociągów zawinione przez PKP Utrzymanie Sp. z o.o. zarejestrowane w grupie kodów 22. (§ 3).

Dla wszystkich opóźnień pociągu zarejestrowanych na drodze przebiegu pod kodami wymienionymi w § 3, na obszarze poszczególnych zakładów linii kolejowych, System Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej (SEPE) wyliczy udział procentowy tych opóźnień w stosunku do globalnej liczby minut opóźnień odnotowanych na całej drodze przebiegu pociągu. Na podstawie ustalonego udziału procentowego SEPE wyliczy liczbę minut, jaką obciążony zostanie zakład linii kolejowych, w stosunku do liczby minut opóźnienia pociągu,

który przybył do stacji końcowej. Po przeliczeniu przez system liczby minut na wielkość kary finansowej w zakładce „Jakość” - Rozliczenie jakości usług - IZ, SEPE wskaże kwotę, jaką zostanie obciążony zakład linii kolejowych (§ 4).

Centrum Realizacji Inwestycji obciążone zostanie karą finansową za opóźnienia pociągów wynikające z prowadzonych na własnym obszarze robót inwestycyjnych (oraz spowodowane tymi opóźnieniami, opóźnienia wtórne powstałe na obszarze Centrum Realizacji Inwestycji), tzn. te opóźnienia z winy zarządcy infrastruktury kolejowej, których przyczyny zostały zakwalifikowane zgodnie z zasadami, o których mowa w „Instrukcji Ir-14” w § 4 w pkt 1 w grupach kodów 30., 31., 32. i 39 (§ 5).

Dla wszystkich opóźnień pociągu zarejestrowanych na drodze przebiegu w grupach kodów 30., 31., 32. i 39. na obszarze Centrum Realizacji Inwestycji SEPE wyliczy udział procentowy tych opóźnień w stosunku do globalnej liczby minut opóźnień odnotowanych na całej drodze przebiegu pociągu. Na podstawie ustalonego udziału procentowego SEPE wyliczy liczbę minut, jaką obciążone zostanie Centrum Realizacji Inwestycji w stosunku do liczby minut opóźnienia pociągu, który przybył do stacji końcowej. Po przeliczeniu przez system liczby minut na wielkość kary finansowej w zakładce „Jakość” - Rozliczenie jakości usług - IR, SEPE wskaże kwotę, jaką zostanie obciążone Centrum Realizacji Inwestycji (§ 6).

Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym obciążone zostanie karą finansową za opóźnienia pociągów na sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (oraz spowodowane tymi opóźnieniami, opóźnienia wtórne) wynikające z winy zarządcy infrastruktury kolejowej, których przyczyny zostały zakwalifikowane zgodnie z zasadami, o których mowa w „Instrukcji Ir-14” w § 4 w pkt 1 w grupie kodów 18., 19 (§ 7).

Dla wszystkich opóźnień pociągu zarejestrowanych na drodze przebiegu w grupie kodów 18., 19. na obszarze poszczególnych ekspozytur Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym, SEPE wyliczy udział procentowy tych opóźnień w stosunku do globalnej liczby minut opóźnień odnotowanych na całej drodze przebiegu pociągu. Na podstawie ustalonego udziału procentowego SEPE wyliczy liczbę minut, jaką obciążone zostanie Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym w stosunku do liczby minut opóźnienia pociągu, który przybył do stacji końcowej. Po przeliczeniu przez system liczby minut na wielkość kary finansowej w zakładce „Jakość” - Rozliczenie jakości usług - ID, SEPE wskaże kwotę, jaką zostanie obciążone Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym. Kwota kar finansowych obciążająca Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym podana będzie z podziałem na poszczególne ekspozytury Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym (§ 8).

Centrum Rozkładów Jazdy obciążone zostanie karą finansową za opóźnienia pociągów na sieci kolejowej zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (oraz spowodowane tymi opóźnieniami, opóźnienia wtórne) wynikające z winy zarządcy

infrastruktury kolejowej, których przyczyny zostały zakwalifikowane zgodnie z zasadami, o których mowa w „Instrukcji Ir-14” w § 4 w pkt 1 w grupie kodu 10 (§ 9).

Dla wszystkich opóźnień pociągu zarejestrowanych na drodze przebiegu w grupie kodu 10. na obszarze poszczególnych ekspozytur Centrum Rozkładów Jazdy, SEPE wyliczy udział procentowy tych opóźnień w stosunku do globalnej liczby minut opóźnień odnotowanych na całej drodze przebiegu pociągu. Na podstawie ustalonego udziału procentowego SEPE wyliczy liczbę minut, jaką obciążone zostanie Centrum Rozkładów Jazdy w stosunku do liczby minut opóźnienia pociągu, który przybył do stacji końcowej. Po przeliczeniu przez system liczby minut na wielkość kary finansowej w zakładce „Jakość”, SEPE wskaże kwotę, jaką zostanie obciążone Centrum Rozkładów Jazdy. Kwota kar finansowych obciążająca Centrum Rozkładów Jazdy podana będzie z podziałem na poszczególne ekspozytury Centrum Rozkładów Jazdy (§ 10).

Stawka naliczania kar finansowych określona będzie w umowach o udostępnienie infrastruktury kolejowej, o których mowa w § 1 (§ 11).

Po dokonaniu przez Centralę Spółki rozliczeń z przewoźnikami z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy, Biuro Eksploatacji przygotowuje przy wykorzystaniu danych z SEPE zakładka „Jakość” - Rozliczenie jakości usług - IZ, Rozliczenie jakości usług - IR, Rozliczenie jakości usług - ID, Rozliczenie jakości usług - U. Podstawą wystawienia przez Biuro Rachunkowości not obciążeniowych dla Zakładów Linii Kolejowych, Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym, Centrum Realizacji Inwestycji i Centrum Rozkładów Jazdy będzie nota księgową wystawioną przez przewoźników ze wskazaniem przez Biuro Eksploatacji wartości kar umownych przypadających na poszczególne jednostki organizacyjne Spółki (§ 12).

Wystawione zgodnie z § 12 noty obciążeniowe dla zakładów linii kolejowych będą dla nich podstawą do rozliczeń z właściwymi terytorialnie jednostkami organizacyjnymi spółek PKP Energetyka S.A. i PKP Utrzymanie Sp. z o.o. z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy (§ 13).

W przypadkach wątpliwych w których nie można określić pierwotnej przyczyny opóźnień pociągów wynikających ze strony PKP Polskie Linie Kolejowe SA, karami finansowymi za opóźnienia tych pociągów (wynikającymi z reklamacjami przewoźników) zostanie obciążona Centrala Spółki (§ 14).

Rozliczenie dokonywane będzie w okresach miesięcznych (§ 15)”.

W Klauzuli 8 *Rozpoczęcie, opóźnienie i zawieszenia*, Subklauzula 8.3 *Harmonogram* znajduje się następujące postanowienie: „Inżynier nie zaakceptuje Harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako zgodnego z Kontraktem, w którym data zakończenia Robót, łącznie z dokonaniem wszelkich formalności przewidzianych w Kontrakcie, w tym w szczególności uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, wykraczają poza Czas na

Ukończenie lub który został sporządzony z uwzględnieniem roszczeń nierozpatrzonych bądź odrzuconych przez Inżyniera lub Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 20.1 Warunków Ogólnych”.

W § 5 Warunków Umowy zawarto następujące postanowienia:

„Istotna zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy możliwa jest w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności w zakresie i na warunkach określonych poniżej:

1. W przypadku wystąpienia wad w Dokumentacji Projektowej, skutkujących koniecznością dokonania zmian, poprawek lub uzupełnień, jeżeli uniemożliwia to lub istotnie utrudnia realizację określonego zakresu Robót lub zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziłoby niewykonaniem lub wykonaniem nienależytym przedmiotu Umowy, w tym mających wpływ na dotrzymanie Czasu na Ukończenie lub datę wykonania Etapu lub Etapów- w takim przypadku zmianie ulegnie:

zakres Etapu lub Etapów, Czas na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów, o okres wynikający z czasu niezbędnego na dokonanie poprawek lub uzupełnień Dokumentacji Projektowej, w tym uzyskanie niezbędnych decyzji, o ile okaże się to konieczne oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi Robót, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, lub Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, o koszt koniecznych do wykonania Robót w związku z wprowadzonymi zmianami, obliczany na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych.

2. Zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

a) możliwością zastosowania innej technologii, innego standardu, innych materiałów lub urządzeń niż wskazane w Dokumentacji Projektowej, pozwalających na zaoszczędzenie czasu, kosztów realizacji przedmiotu Umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości Robót - w takim przypadku Czas na Ukończenie, czas wykonania Etapu lub Etapów mogą ulec skróceniu o zaoszczędzony czas lub wydłużeniu o okres niezbędny do dokonania odpowiednich zmian, poprawek lub uzupełnień w Dokumentacji Projektowej oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi Robót, a Zaakceptowana Kwota Kontraktowa może ulec odpowiednio zmniejszeniu maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych;

b) odbiegającymi w sposób istotny od przyjętych w Dokumentacji Projektowej warunkami geologicznymi, które mogą skutkować niewykonaniem przedmiotu Umowy w części lub/i w całości, przy dotychczasowych założeniach,

c) istotnym brakiem zinwentaryzowania lub zinwentaryzowanie w sposób istotnie wadliwy obiektów budowlanych lub sieci uzbrojenia terenu w powyższych przypadkach zmianie

ulegnie:

Czas na Ukończenie, daty wykonania Etapu lub Etapów mogą ulec przesunięciu o okres wynikający z czasu niezbędnego do dokonania odpowiednich zmian, poprawek lub uzupełnień w Dokumentacji Projektowej oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi Robót, lub Zaakceptowana Kwota Kontraktowa poprzez zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych, jak również możliwa jest zmiana sposobu wykonania, parametrów technicznych, zakresu Etapu lub Etapów, w tym wyłączenie części lub całości zakresu Etapu lub Etapów, materiałów i technologii Robót, lokalizacja obiektów budowlanych, urządzeń lub sieci, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty.

3. W przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

a) opóźnienia wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów,

b) odmowy lub zmiany wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów,

c) wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń, certyfikatów, itp. dotyczących zamknięcia dróg publicznych lub dróg szynowych albo przebudowy instalacji gestorów sieci, w których nakazano dopuszczalny czas prowadzenia robót budowlanych uniemożliwiający dotrzymanie terminów realizacji poszczególnych Etapów lub Etapu, czego Wykonawca nie przewidywał lub nie mógł przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności oczekiwanej od doświadczonego Wykonawcy;

o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, zmianie może ulec Czas na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, a także czas wykonania Etapu lub Etapów oraz zakres Etapu lub Etapów.

4. W przypadku ograniczenia przez właściwy organ środków przyznanych Zamawiającemu na realizację przedmiotu Umowy, ograniczeniu ulec może, bez żadnych ujemnych dla Zamawiającego konsekwencji finansowych, odpowiednio zakres rzeczowy przedmiotu Umowy, Zaakceptowana Kwota Kontraktowa oraz Czas na Ukończenie. Zamiar

ograniczenia przedmiotu Umowy Zamawiający zgłosi Wykonawcy w formie pisemnej, w terminie 30 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych. W takiej sytuacji Wykonawca wyrazi zgodę na zmianę, jeśli Zamawiający zapłaci Wykonawcy za Materiały i Urządzenia pod warunkiem, że są one niezbędne do należytego wykonania Robót i zostały dostarczone na Plac Budowy lub których dostawę Wykonawca zobowiązany jest przyjąć, a Wykonawca posiada i przedstawi Zamawiającemu wszelkie dokumenty potwierdzające zakup, własność bądź dokonanie przedpłaty na poczet zakupu Materiałów i Urządzeń w celu przeniesienia prawa ich własności i/lub zapewnienia przeniesienia prawa własności i/lub zapewnienie dostarczenia ich na Plac Budowy.

Pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

a) zmiany spowodowane wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi, uniemożliwiającymi prowadzenie Robót, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów, a trwającymi przez okres mający wpływ na dotrzymanie Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów - w takim przypadku zmianie ulegnie sposób wykonania lub materiały i technologie Robót lub Urządzeń, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub zakres Etapu lub Etapów lub Czas na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty.

Wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne to takie warunki, które łącznie:

(i) biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych Robót skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże Robót,

(ii) ilość dni występowania czynników atmosferycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami, o których mowa powyżej, jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca, z ostatniego pięciolecia, licząc od daty składania ofert wstecz.

b) kolizja z planowanymi lub równolegle prowadzonymi inwestycjami przez Zamawiającego lub działającymi w jego imieniu i na jego rzecz Wykonawcami albo z inwestycjami prowadzonymi przez inne podmioty, w takim zmianie ulegnie:

sposób wykonania, lub materiały i technologie, lub lokalizacja budowanych obiektów budowlanych lub urządzeń, w zakresie koniecznym do usunięcia kolizji i pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub

zakres Etapu lub Etapów, w tym także wyłączenie części Robót lub Czas na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów, odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, lub

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, wyceniona zgodnie z Subklauzulą 12.3 Warunków Szczególnych, na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów pozostających w bezpośrednim związku z działaniami podjętymi w celu usunięcia kolizji,

c) w przypadku nieprzekazania przez Zamawiającego w terminie prawa dostępu, o którym mowa w Subklauzuli 2.1 Warunków Szczególnych - w takim przypadku możliwa jest zmiana: zakresu Etapu lub Etapów, Czasu na Ukończenie lub data wykonania Etapu lub Etapów - odpowiednio do czasu przesunięcia terminu przekazania prawa dostępu, które uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, która może ulec zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych,

d) w przypadku odkrycia znaleziska, o którym mowa w Subklauzuli 4.24 Warunków Szczególnych, a także innego obiektu lub przedmiotu, który w sposób znaczący zakłóca lub uniemożliwia wykonywanie Robót, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy - w takim przypadku zmianie ulegnie:

Czas na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, lub data wykonania Etapu lub Etapów, lub zakres Etapu lub Etapów, lub

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, która może ulec zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych,

e) w przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, w szczególności brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych w terminie ustalonym na podstawie Instrukcji Ir-19, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana:

sposobu wykonania, materiałów i technologii Robót, zmiana lokalizacji budowanych obiektów budowlanych, urządzeń w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty oraz zakresu Etapu lub Etapów, w tym wyłączenia części Robót oraz zmiana Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty,

Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych.

Brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych opisany powyżej nie może stanowić podstawy do zmiany Umowy, w przypadku gdy niemożliwość udzielenia dotyczy zamknięć torowych, które miały być udzielone po upływie Czasu na Ukończenie Wykonawcy, który pozostaje w zwłoce w wykonaniu Umowy.

6. W przypadku, gdy ze względu na nowe warunki zewnętrzne niedające się przewidzieć w dacie zawierania niniejszej Umowy realizacja części Robót:

(i) utraciła zasadność,

(ii) powodowałyby zagrożenie realizacji celów projektu,

7.możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana odpowiednio zakresu rzeczowego przedmiotu Umowy, Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej obliczanej na podstawie Subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych i/lub Czasu na Ukończenie. W przypadku wystąpienia innych niż wymienione w § 5 istotnych okoliczności wskazanych w Warunkach Szczególnych możliwa jest zmiana Umowy w zakresie i na warunkach w nich określonych, z zachowaniem wymogu formy pisemnej zgodnie z § 7 ust. 1”.

Natomiast w Subklauzuli 8.7 Odszkodowanie umowne za opóźnienie postanowiono m.in.: „nieprzedłożenie lub przekroczenie terminu przedłożenia lub nieuwzględnienie uwag Inżyniera do Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego albo brak jego aktualizacji w terminie ustalonym w Subklauzuli 8.3 Warunków Szczególnych - w wysokości 5 000,00 PLN za każdy dzień zwłoki” (lit. h).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do wymagań stawianych przez Zamawiającego, a dotyczących urządzeń zabudowywanych na blokadzie liniowej. Zamawiający formułując żądania w tym przedmiocie postanowił, że jako urządzenia blokady liniowej zaakceptuje jedynie urządzenia zintegrowane z licznikami osi oraz zapewniające zasilanie dla urządzeń stwierdzania niezajętości w oparciu o układy zasilania blokady liniowej (czyli tzw. blokadę liniową autonomiczną), co zdaniem Odwołującego, uniemożliwia mu złożenie oferty, a przez to stanowi o naruszeniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wśród argumentów mających służyć poparciu przedmiotowego zarzutu Odwołujący wskazał w szczególności na konieczność zabudowy osobnego systemu dla obsługi blokady samoczynnej, co jak podał, jest rozwiązaniem nieekonomicznym, bowiem skutkuje znacznym wzrostem kosztów budowy urządzeń srk, a także wzrostem kosztów eksploatacji, bez żadnych korzyści, np. w postaci lepszej funkcjonalności czy też dostępności.

W ocenie Izby, tego rodzaju argument w żaden sposób nie uprawdopodobnia stawianej tezy, że Zamawiający domagając się kwestionowanego rozwiązania ogranicza dostęp do przedmiotowego zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że argument dotyczący kosztów realizacji czy też eksploatacji danego przedsięwzięcia w ogóle nie należy do tej kategorii argumentów, które mogą świadczyć o przekroczeniu wspomnianych zasad. Wskazywane przez Odwołującego kryterium ekonomiczne nie stanowi bariery w dostępie do zamówienia, bowiem koszty, o których wspomina Odwołujący, nie obciążają wykonawcy, ale Zamawiającego.

Okoliczność, że dodatkowe układy zapewniające autonomiczność systemu stanowią nowe ogniwa w łańcuchu bezpieczeństwa systemu, mogące rzutować na obniżenie jego poziomu nie stanowi argumentu ze sfery prawnej, poddającego się ocenie w świetle przepisów art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena, czy przyjęte rozwiązanie zapewnia bezpieczeństwo nie należy do Izby. Co więcej, argument ten jest nieadekwatny do postawionych zarzutów, nie jest bowiem tak, że projektowane rozwiązanie, któremu przypisany jest poziom bezpieczeństwa zakłóca konkurencję w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność, że wykonawca ma zaoferować określone rozwiązanie, które z jego punktu widzenia nie zapewnia dostatecznego poziomu bezpieczeństwa pozostaje irrelevantna dla oceny, czy w danym postępowaniu ograniczono do niego dostęp.

Odwołujący stoi na stanowisku, że oczekiwane przez Zamawiającego wymagania techniczne dla blokady liniowej wskazują na rozwiązanie, które stosuje jeden z producentów obecny na polskim rynku. Okoliczności tej Odwołujący jednakowoż nawet nie uprawdopodobnił, tymczasem ciężar dowodzenia obciąża właśnie Odwołującego (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Fakt, że proponowane przez niego rozwiązanie, za pośrednictwem swojego wykonawcy, otrzymało dopuszczenie do użytkowania, potwierdzone świadectwem wydanym przez Prezesa Urzędu Transportu kolejowego o numerze U/2013/0281 z dnia 9 października 2013 r. nie przesądza o trafności tez sformułowanych przez Odwołującego. Podobnie, jak okoliczność, że firma Bombardier, która według twierdzeń Odwołującego, jako jedyna może złożyć ofertę mimo, że oferuje rozwiązanie starsze, bo dopuszczone do użytkowania na podstawie świadectwa o numerze U/2002/0236 z dnia 17 września 2002 r.

W tym miejscu należy zwrócić Odwołującemu uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to jemu przysługuje uprawnienie do określenia własnych potrzeb. Co prawda rzeczzone uprawnienie doznaje ograniczeń w postaci zakazu utrudniania dostępu do zamówienia, jednakże okoliczność tę Odwołujący winien uprawdopodobnić, czemu w tym postępowaniu nie podołał.

Jeśli, jest tak, że jeden wykonawca oferuje wymagane przez Zamawiającego rozwiązanie, to Odwołujący, domagając się korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, nie może poprzestać jedynie na sformułowaniu twierdzenia w tym przedmiocie. Uprawdopodobnienie tej okoliczności jest nieodzowne (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Po drugie, jeśli Odwołujący oceniał, że proponowane przez niego rozwiązanie w niczym nie ustępuje rozwiązaniu oczekiwanemu przez Zamawiającego mógł dowodzić wystąpienia tej okoliczności, a w przypadku jej potwierdzenia, Izba mogłaby rozważyć tę argumentację. Jednakże jakichkolwiek dowodów w tym przedmiocie Odwołujący nie przedstawił, a tym samym nie dał Izbie substratu do oceny. Co więcej, Odwołujący formułując żądania nie wyartykułował konieczności dopuszczenia rozwiązań równoważnych, a jedynie oczekiwanie wykreślenia wskazanych postanowień Projektu wykonawczego, co w prostej linii prowadzi do oceny, że Odwołujący domaga się li tylko zaakceptowania rozwiązań dla siebie korzystnych.

Reasumując stwierdzić należy, że jeśli, jak twierdzi Odwołujący, nie ma powodów do ograniczania się wyłącznie do urzędzeń opierających się na zasadzie zliczania osi czy autonomicznej blokady liniowej to nic nie stało na przeszkodzie, aby w tym kierunku prowadzić inicjatywę dowodową. Tymczasem Odwołujący ograniczył się jedynie do podania, że jego rozwiązanie posiada dopuszczenie do użytkowania i jest równoważne pod względem funkcjonalnym rozwiązaniom oczekiwanym przez Zamawiającego. Oczywistym jest dla Izby, że z faktu dopuszczenia do użytkowania nie można wywodzić równoważności rozwiązań, zaś rzeczona równoważność jako ograniczona jedynie do twierdzeń Odwołującego i to zamykających się w jednym zadaniu, w żadnym razie nie mogła być przesądzająca dla wyniku sprawy.

Okoliczność, że w innym postępowaniu Zamawiający uwzględnił zarzut stawiany przez wykonawcę nie ma żadnego wpływu na to postępowanie. Izba ocenia czynności Zamawiającego w tym postępowaniu (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). W konsekwencji czynności podjęte w innym postępowaniu nie mogą rzutować na ocenę czynności właściwych dla przedmiotowego postępowania.

Jeśli idzie o zarzuty naruszenia przepisów art. 5 k.c., art. 353¹ k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 24 i art. 139 ustawy Pzp to stwierdzić należy, że okazały się one nietrafne.

Artykuł 5 k.c. może być stosowany wyjątkowo tylko w takich sytuacjach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawnych prowadziłoby do skutku nieaprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Nie wystarczy więc powołać się ogólnie na - z natury rzeczy - nieokreślone zasady współzycia społecznego, lecz należy wskazać jaką przyjętą w

społeczeństwie zasadę współzycia społecznego naruszył powód swym postępowaniem wobec pozwanego. (*K. Piasecki. Kodeks cywilny. Komentarz. Zakamycze, 2003*). Jeśli idzie zaś o społeczno-gospodarcze przeznaczenie danego prawa to należy wykazać, iż wykonywane prawo podmiotowe sprzeciwia się temu przeznaczeniu.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący w istocie stawiając przedmiotowy zarzut ograniczył się do przytoczenia okoliczności, które w jego ocenie, uzasadniają wspomniany zarzut. W ocenie Izby takie stanowisko nie poddaje się ocenie. To Odwołujący kreując zarzuty rozumiane jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp) winien wskazać, jakie zasady współzycia społecznego zostały naruszone przy wykonywaniu prawa przez Zamawiającego. Analogiczny obowiązek wynikał w odniesieniu do społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego prawa. Podkreślić należy, że rolą Izby nie jest poszukiwanie argumentacji mającej na celu uzasadnienie zarzutów formułowanych przez Odwołującego.

Nadto, zastosowanie art. 5 k.c. nie obejmuje sytuacji, w których interes strony podlega ochronie za pomocą innych środków prawnych (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt: I ACa 121/15). W ocenie Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Domaganie się oceny w ramach klauzuli generalnej jest uprawnione, jeśli ochrony nie można poszukiwać na gruncie innych przepisów prawa. Tymczasem stosunki obligacyjne podlegają szerokiej regulacji w k.c. i to na ich gruncie należy poszukiwać ochrony, a nie w oparciu o instytucję absolutnie wyjątkową, która winna być wykorzystywana tam, gdzie ta ochrona nie została przewidziana.

Kwestia nierównego traktowania stron w ramach umowy, jak również nieekwiwalentność świadczeń nie mają żadnego wpływu na ważność czynności prawnej – umowy. Zgodnie z art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku, ustawie, zasadom współzycia społecznego (wyrok SA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., sygn. akt: VI ACa 841/2005, niepubl.). Podobną myśl wyrażono w wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., gdzie wskazano, że z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Z tych powodów przyjęto, że nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt: IV CSK 478/07, LEX nr 371531).

Nieekwiwalentność świadczeń, co przesądzone zostało w orzecznictwie, nie stanowi przekroczenia zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), stąd też nawet jej stwierdzenie nie może prowadzić do wyrażenia stanowiska o przekroczeniu zasady swobody kontraktowania.

Dalej wskazać należy, że określając sytuację prawną stron zobowiązania, posługujemy się nie tylko pojęciem wierzytelności i długu, ale także odpowiedzialności. Chodzi tu o ochronę interesu wierzyciela na wypadek, gdyby dłużnik nie dopełnił swoich obowiązków określonych treścią zobowiązania. System prawny przewiduje możliwość zastosowania sankcji wobec podmiotu zobowiązanego, w postaci przymusowego zaspokojenia wierzyciela drogą egzekucji niespełnionego świadczenia albo świadczenia zastępczego (odszkodowania).

Odwolując wskazując okoliczności, w których upatruje naruszenia swobody kontraktowania w istocie nie odnosi powyższego do świadczenia, jako podstawowego obowiązku dłużnika, ale do odpowiedzialności odszkodowawczej w reżimie odpowiedzialności kontraktowej, a skoro tak, to nie tyle winien skupiać się na nieekwiwalentności świadczeń, ale regulacjach w tym przedmiocie, w celu wykazania przekroczenia przepisów regulujących przedmiotową materię.

Jednakże, nawet, jeśli by uznać, że świadczenie dłużnika rozumiane jest również jako świadczenie zastępcze (odszkodowawcze) to po pierwsze, jak już wskazano wyżej, brak ekwiwalentności nie świadczy o przekroczeniu zasady swobody kontraktowania. Po drugie zaś, jeśli by analizować kwestionowane postanowienia pod kątem ich ekwiwalentności to nie budzą one sprzeciwu.

Zgodnie z art. 35 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/34/UE z dnia 21 listopada 2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (Dz.U.UE.L.2012.343.32) systemy pobierania opłat za infrastrukturę zachęcają, za pomocą planu wykonania, przedsiębiorstwa kolejowe i zarządcę infrastruktury do minimalizowania zakłóceń i poprawy wyników sieci kolejowej. Plan ten może obejmować sankcje za działania, które zakłócają eksploatację sieci, rekompensaty dla przedsiębiorstw, które zostały dotknięte skutkami zakłóceń, oraz premie jako nagrody za wydajność lepszą od planowanej (ust. 1). Podstawowe zasady planu wykonania, wymienione w załączniku VI pkt 2, stosuje się na obszarze całej sieci (ust. 2).

Jednocześnie w Załączniku VI do przedmiotowej dyrektywy, określającym wymogi dotyczące kosztów i opłat w odniesieniu do infrastruktury kolejowej, o których mowa w art. 35 tejże dyrektywy w pkt 2 postanowiono, co następuje: Plan wykonania, o którym mowa w art. 35, opiera się na następujących podstawowych zasadach:

- a) aby osiągnąć uzgodniony poziom wyników i nie stworzyć zagrożenia dla rentowności usługi, zarządca infrastruktury uzgadnia z wnioskodawcami podstawowe parametry planu wykonania, w szczególności wielkość opóźnień, płatności należne na podstawie planu wykonania dla pojedynczych i dla wszystkich pociągów uruchamianych przez przedsiębiorstwo kolejowe w danym okresie;
- b) co najmniej pięć dni przed uruchomieniem pociągu zarządca infrastruktury przekazuje

przedsiębiorstwom kolejowym obowiązujący rozkład jazdy, na podstawie którego będą obliczane opóźnienia. Zarządca infrastruktury może zastosować krótszy okres powiadomienia w przypadku wystąpienia siły wyższej lub późnej zmiany obowiązującego rozkładu jazdy;

- c) wszystkie opóźnienia klasyfikuje się zgodnie z poniższymi kategoriami i podkategoriami opóźnień:

(...) 3.2. Nieprawidłowości w zakresie wykonania robót budowlanych.

W ramach polskiego obszaru kolejowego, podstawowym elementem służącym dokumentowaniu procesu realizacji rozkładu jazdy w PLK jest SEPE – System Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej (§ 11 ust. 1 Instrukcji dla dyspozytora zarządcy infrastruktury kolejowej IR-13). W ramach tego systemu wpisywane są opóźnienia pociągów (§ 11 ust. 6 Instrukcji dla dyspozytora zarządcy infrastruktury kolejowej IR-13). Obowiązującą formą odszkodowań z tytułu nienależytego udostępnienia infrastruktury kolejowej, zgodnie z decyzją Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, są kary. Szczegółowe zasady naliczania kar oraz rozliczeń z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów określa Załącznik nr 7 do wspomianej decyzji. Dodatkowo koszty, będące skutkiem opóźnień oraz koszty wynikające z niedotrzymania terminów określonych Harmonogramem rzeczowo-finansowym obciążają wykonawcę, jeśli powstały z jego winy.

Powyższe pokazuje, że odpowiedzialność dłużnika została ukształtowana na zasadzie winy, zaś wysokość odszkodowania nie jest ustalana arbitralnie przez Zamawiającego, bowiem zostały wskazane podstawy służące ustaleniu kar.

Jeśli idzie zaś o komunikację zastępczą, konieczność użycia lokomotyw do przeciągania pociągów oraz jazdy drogami okrężnymi to koszty wynikające z tytułu wprowadzenia tego rodzaju rozwiązań obciążają wykonawcę, ale również w warunkach, w których konieczność ich wprowadzenia wynika z winy wykonawcy. Nadto, podano, że będą one określone na podstawie umów łączących Zamawiającego z danym przewoźnikiem i regulujących tę kwestię. To z kolei pokazuje, że nie ma w tym względzie żadnej uznaniowości, bowiem warunki odpowiedzialności znajdują zakotwiczenie w odpowiednich umowach.

Ukształtowanie w podany sposób odpowiedzialności nie sprzeciwia się wskazanym przepisom prawa. Nie jest niczym nadzwyczajnym, że Zamawiający nie określa maksymalnej wysokości odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy. Jeśli by zaś ta odpowiedzialność miała prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego, co wydaje się mało prawdopodobne ze względu na czytelne zasady tej odpowiedzialności, to Odwołującemu przysługiwałyby instrumenty prawne mające na celu korygowanie powyższego.

Rozwiązania proponowane przez Odwołującego w tym względzie są absolutnie nie do przyjęcia. Po pierwsze bowiem, zobowiązanie wykonawcy do pokrycia kosztów w uzasadnionym zakresie rodzi pewną arbitralność w ocenie i to przysługującą wykonawcy, co powoduje, że Zamawiający nie może mieć pewności co do rozmiaru tej odpowiedzialności. Po drugie, absolutnie nie można wymagać w istocie ustalenia rozmiaru szkody przez Zamawiającego przed jej wystąpieniem. Dopuszczenie rozwiązań, których domaga się Odwołujący doprowadziłoby do iluzoryczności odpowiedzialności odszkodowawczej w ramach tego zamówienia rozumianej jako obowiązek naprawienia szkody.

Dalej wskazać należy, że umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

W dawniejszej literaturze i orzecznictwie dominował pogląd, odwołujący się do kryterium subiektywnie ujmowanej ekwiwalentności świadczeń. Świadczenie jednej strony było uznawane za odpowiednik świadczenia drugiej strony, jeżeli każda ze stron uznawała swoje świadczenie za równoważące świadczeniu drugiej strony (por. W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 183; R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 146).

Tymczasem obecnie wskazuje się, że nie chodzi o jakąkolwiek ekwiwalentność, ponieważ strony zazwyczaj wymieniają świadczenia w przekonaniu, że odniosą z tej wymiany korzyść, otrzymując świadczenie dla strony bardziej wartościowe (Z. Radwański (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, s. 371). Natomiast o wzajemnym charakterze umowy przesądza decyzja stron o sprzężeniu świadczeń w ten sposób, że świadczenie jednej strony zostaje uzależnione od świadczenia drugiej strony. Strona umowy wzajemnej zobowiązuje się świadczyć, ponieważ otrzyma świadczenie od swojego kontrahenta – *do ut des* (por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, 2012, nb 322; K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz*, 2013, art. 487, nb 3; M. Lemkowski, *Wykonanie i skutki niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych*, s. 21).

Mając powyższe na względzie nie sposób w okolicznościach rozpatrywanej sprawy dostrzec pogwałcenia wzajemności świadczeń stron, która wyraża się w sprzężeniu tych świadczeń w taki sposób, że jedno uzależnione jest od drugiego. Co więcej, biorąc pod uwagę, że kwestią sporu objęte jest nie tyle świadczenie w rozumieniu art. 353 § 2 k.c., ile odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu nienależytego wykonania umowy, ocena wzajemności świadczeń rozumianych, jak podano powyżej, w istocie jest niemożliwa.

Reasumując stwierdzić należy, że Izba nie dostrzega, aby na gruncie kwestionowanych regulacji Zamawiający domagał się zwrotu kosztów nieuzasadnionych czy też nieweryfikowalnych. Wymagają one co prawda wkalkulowania w realizację zamówienia w sytuacji, w której nie ma wiedzy, czy wystąpią i w jakim rozmiarze, ale stanowi to element

wyceny ryzyka realizacji kontraktu związany z ewentualną odpowiedzialnością odszkodowawczą, co jest stałym elementem wyceny kontraktów jakichkolwiek i co w żaden sposób nie sprzeciwia się przepisom prawa.

Przepis art. 387 k.c. określa konsekwencje prawne jednego z przypadków niemożności świadczenia. Skutki prawne, jakie wywołuje niemożność świadczenia, zależą głównie od czasu jej zaistnienia oraz przyczyn, które do niemożności doprowadziły. Świadczenie może być obiektywnie niewykonalne już w chwili, gdy zobowiązanie ma powstać (niemożność pierwotna lub uprzednia) i wówczas stosunek obligacyjny w ogóle nie powstaje, gdyż nie można uznawać za wiążące zobowiązania się do zachowania niemożliwego (*impossibilia nulla obligatio*). Jak stanowi art. 387 § 1 k.c., umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Natomiast jeżeli niemożność świadczenia ma charakter subiektywny (podmioty inne niż dłużnik mogłyby świadczyć) lub zaistniała dopiero po powstaniu zobowiązania (niemożność następcza), jej konsekwencje określają przepisy regulujące skutki niewykonania zobowiązania (art. 471, 475, 493–495 k.c.). W orzecznictwie nie budzi wątpliwości stanowisko, że niemożność świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 k.c. nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia – tzw. niemożność pierwotna (por. wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2009 r., IV CSK 81/09, LEX nr 530575).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 387 § 1 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp nie wykazał, że wystąpienie opóźnienia w realizacji kontraktu czy też nierozpatrzenie roszczeń przez Inżyniera Kontraktu spowoduje brak możliwości sporządzenia Harmonogramu rzeczowo-finansowego, w którym data zakończenia Robót wykracza poza Czas na Ukończenie.

Nadto, w ocenie Izby, w świetle § 5 Warunków Umowy możliwa jest zmiana Czasu na Ukończenie, co oznacza, że nie można zakładać pierwotnej niemożności świadczenia w okolicznościach podanych przez Odwołującego nie tylko z tego powodu, że takiej niemożności nie wykazał, ale również z tej przyczyny, że wskazane okoliczności zostały przewidziane w Warunkach Umowy (w szczególności w ust. 5) jako skutkujące zmianą Czasu na Ukończenie.

Jeśli idzie o zarzut naruszenia przepisu art. 5 k.c. i art. 487 § 2 k.c. w kontekście Subklauzuli 8.7 to stwierdzić należy, że zarzut ten nie poddaje się ocenie. Odwołujący nie wskazał bowiem, jakie zasady współżycia społecznego zostały naruszone, o czym szerzej była mowa wyżej. Zaś, charakter umowy wzajemnej nie może być rozumiany jako ekwiwalentność świadczeń stron, o czym również była mowa wyżej.

Jeśli idzie o kwestionowanie Subklauzuli 8.3 to Odwołujący nie sformułował w tym przedmiocie żadnego zarzutu, a zatem uznać należało, że zarzut *de facto* nie został sformułowany.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: