

WYROK
z dnia 13 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Starynkiewicza 5**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów z pkt 1, 2 odwołania oraz w części pkt 4 lit. c) odwołania, dotyczącej obowiązku zgłoszenia wszelkich błędów i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni.
2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13** i nakazuje Zamawiającemu **Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Starynkiewicza 5** modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części II Projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie warunków szczególnych kontraktu w odniesieniu do:
 - Klauzuli 4.24 poprzez dodanie w akapicie drugim po punkcie (a) słowa „oraz” a także punktu o treści „b) pokrycia takiego Kosztu, który należy włączyć do Ceny Kontraktowej”.
 - Klauzuli 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu] poprzez przywrócenie pierwotnego brzmienia tej klauzuli, zawartego Warunkach Kontraktu.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13 w części 2/3** i zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Starynkiewicza 5 w części 1/3** i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13** tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Starynkiewicza 5** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13** kwotę **5 466 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt siedem groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Starynkiewicza 5 (dalej: „Zamawiający” lub „MPWiK”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zadanie IV.I Budowa kolektora Lindego Bis” o nr 01650/WS/PW/JRP- DNP/B/2020 - dalej: „Postępowanie”.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2020 r. pod numerem 2020/S 200-486268.

W dniu 23 października 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie przy ul. Słowiańskiej 13 (dalej: „Odwołujący” lub „EkoWodrol”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w następującym zakresie:

1. nieprawidłowego ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia;
2. ustalenia terminu składania i otwarcia ofert, który uniemożliwia wykonawcom sprawdzenie i zapoznanie się z dokumentami i informacjami koniecznymi do rzetelnego i prawidłowego przygotowania oferty i skalkulowania jej ceny oraz niezbędnymi do realizacji zamówienia;
3. dokonania opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”), w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”) i w projekcie umowy, w sposób naruszający zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
4. ukształtowania postanowień projektu umowy w sposób niedający wykonawcom pewności, co do treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z Zamawiającym, w

szczegółności podstawy umownej i zakresu robót podlegających wykonaniu w trakcie realizacji zamówienia;

5. ukształtowania postanowień projektu umowy z przekroczeniem granic swobody umów oraz dopuszczalnych zasad rozłożenia ryzyka kontraktowego pomiędzy Stronami, a także w sposób naruszający istotę umowy o roboty budowlane poprzez sprzeczną z prawem modyfikację obowiązków stron.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania czynności zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób wskazany w treści żądań niniejszego odwołania poprzez dokonanie zmiany zapisów ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji;
- wprowadzenie zmiany terminu do składania ofert wg norm prawem nakazanych;
- dokonania czynności modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, niebudzący wątpliwości, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń;
- zmianę postanowień umownych w sposób wskazany w treści żądań odwołania.

W treści odwołania Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 2 ustawy przez sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego minimalnego rocznego obrotu (pkt III 1.2 lit. b Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.1.4 lit. b specyfikacji) w sposób zawyżony, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, w wyniku czego doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1. art. 22 ust. 1a w związku z art. 22c ust. 2 ustawy;
2. art. 9a ust. 1 i ust. 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz wbrew zasadzie przejrzystości wskutek wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który uniemożliwia rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert, co utrudnia potencjalnym wykonawcom dostęp do niniejszego zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów;
3. art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie

dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, z uwagi na brak jednoznacznej informacji, co do podstawy przyszłego stosunku zobowiązaniowego w przypadku uznania przez wykonawcę możliwości wykorzystania dokumentów pozyskanych na rzecz Zamawiającego załączonych do dokumentów przetargowych w postaci dokumentacji projektowej (Projekt budowlany dla kolektora w na odcinku w ul. Conrada i odcinku w ul. Wólczyńskiej) i decyzji administracyjnych (prawomocne Pozwolenia na budowę dla ww. odcinków),

4. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania oraz poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, poprzez m.in.:
 - a) obciążenie wykonawcy w sub. 4.12 i 4.24 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej: „WSK”) odpowiedzialnością oraz kosztami (Kosztom) usunięcia ujawnionych w trakcie realizacji nieprzewidywalnych warunków fizycznych oraz wykopalisk, przedmiotów o wartości historycznej oraz innych przedmiotów interesujących z punktu widzenia geologicznego lub archeologicznego, a które to nie zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia;
 - b) nałożenie na wykonawcę w sub. 4.27 WSK obowiązku poniesienia kosztów usunięcia szkód powstałych wskutek ujawnienia się niezidentyfikowanych instalacji oraz kosztami wykonania niemożliwego do określenia na etapie opracowywania oferty zakresu prac, które mogą zostać nakazane przez Inżyniera w związku z ujawnienie się tych kolizji, a które to kolizje nie zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia;
 - c) nałożenie na wykonawcę w sub. 5.1 akapit trzeci WSK obowiązku zgłoszenia wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni pod rygorem przejęcia odpowiedzialności za prawidłowość w/w dokumentacji oraz obowiązkiem poprawienia wymagań Zamawiającego tj. opisu przedmiotu zamówienia na koszt wykonawcy, a także obowiązkiem poniesienia kosztów poprawienia robót stosowanie do dokonanych zmian wymagań Zamawiającego;

- d) wyłączenia w sub. 13.8 WSK możliwości waloryzacji umownej wynagrodzenia wykonawcy;
- e) nałożenia na wykonawcę w pkt 3.6 Tom II) obowiązku ujęcia w ramach Ceny Ofertowej kolizji niezidentyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia;
- f) przeniesienia na wykonawcę odpowiedzialności za niemożliwe do zidentyfikowania na etapie opracowywania oferty warunki podpowierzchniowe oraz warunki hydrologiczne oraz nakazanie ujęcia w Cenie Ofertowej możliwych odstępstw od w/w warunków określonych w opisie przedmiotu zamówienia;
- g) nałożenia na wykonawcę obowiązku zapoznania się z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Lindego, ocenę wpływu tychże inwestycji na realizację przedmiotu zamówienia;
- j) nałożenia na wykonawcę obowiązku weryfikacji i powadzenia ustaleń w zakresie prawa dysponowania przez zamawiającego poszczególnymi działkami na cele budowlane związane z realizacją przedmiotu zamówienia

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca EkoWodrol podnosił, że:

1)

Zamawiający określił w pkt III 1.2 lit. b Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 5.1.1.4 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek udziału w postępowaniu, dotyczący minimalnego rocznego obrotu, o następującej treści: „posiadają w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roczny obrót w każdym roku obrotowym równy co najmniej równowartości 200.000.000,00 PLN (słownie: dwieście milionów złotych).”

Zdaniem Odwołującego wymagana przez Zamawiającego wartość minimalnego rocznego obrotu (tzn. 200.000.000,00 zł) ma natomiast charakter zawyżony i sprzeczna jest z wymogami ustawy i wystarczający byłby warunek dotyczący rocznego obrotu na poziomie 100.000.000,00 zł, który jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego przyjęta przez Zamawiającego wielkość rocznego obrotu nie znajduje żadnego merytorycznego uzasadnienia i jest całkowicie oderwana od przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, że ponieważ zamówienie ma być realizowane przez okres kilkuletni, jednoroczne zaangażowanie wykonawcy (materiałowe, sprzętowe, osobowe, finansowe i ekonomiczne) będzie mniejsze niż środki użyte przez niego w trakcie całego trwania umowy. Warunek dotyczący obrotu rocznego musi uwzględniać tę okoliczność i nie może być zawyżony. Warunek obrotu odnosi się do wartości obrotu w trakcie jednego roku i musi uwzględniać realną skalę inwestycji i nakładów finansowych w trakcie jednego roku, a

nie całej, kilkuletniej, realizacji inwestycji. Nie jest, bowiem dopuszczalne wymaganie od wykonawcy rocznego obrotu, który pozostaje bez żadnego związku z realną wielkością roczną nakładów i zaangażowania przy realizacji inwestycji, będącej przedmiotem zamówienia. Ponadto, zgodnie z umową Zamawiający przyjął częściowe płatności. Tym samym, wykonawca nie musi angażować wszystkich środków finansowych na cały 3-letni okres realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego warunek postawiony przez Zamawiającego wymaga, bowiem takiej skali wielkości wykonawcy, która nie jest potrzebna do prawidłowego wykonania zamówienia (jest, zatem rażąco zawyżona). Określony przez Zamawiającego wymóg dotyczący rocznego obrotu znacznie przekracza wartość całego zamówienia, a także - i to wielokrotnie - wartość prac wykonywanych w trakcie jednego roku realizacji zamówienia.

2)

Odwołujący wyjaśniał, że ogłoszenie dotyczące niniejszego zamówienia zostało opublikowane dnia 14.10.2020 r. Natomiast termin składania ofert wyznaczono na dzień 17.11.2020 r. Z uwagi na stopień skomplikowania przedmiotu niniejszego zamówienia oraz fakt, że inwestycja będzie realizowana w systemie wynagrodzenia ryczałtowego oraz co jest bardzo istotne w formule „Projektuj i Buduj”, a nadto zamawiający załączył do PFU dokumentację projektową (Projekt budowlany) dla odcinków kolektora w ul. Conrada i Wólczyńskiej, wymagając jego weryfikacji celem ustalenia możliwości i ewentualnie stopnia jego wykorzystania dla realizacji Robót ustalony termin składania i otwarcia ofert jest rażąco niewystarczający (krótki). A co za tym idzie uniemożliwia należyte przygotowanie oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wykonawca powinien posiadać odpowiedni czas, który jest adekwatny do stopnia skomplikowania oraz obszerności opracowanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

3)

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sub. 4.12 Wsk [Nieprzewidywalne warunki fizyczne] i 4.24 [Wykopaliska] wyłączył możliwość zgłaszania przez Wykonawcę roszczeń kosztowych w razie zaistnienia w trakcie realizacji określonych zdarzeń. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia i sposób ukształtowania treści przyszłej umowy uniemożliwia wykonawcom sporządzenie ważnych i porównywalnych ofert, w tym należyłą wycenę przedmiotu zamówienia. Powyższe ma szczególne znaczenie, lecz nie wyłącznie dla odcinka kolektora pod stacją Metra A23 Młociny. Opisane ww. klauzulach zdarzenia są zjawiskami nieprzewidywalnymi. Żaden wykonawca przy dołożeniu należytej staranności nie jest w stanie ustalić, czy okoliczności takie zaistnieją podczas realizacji oraz ich skali.

Z uwagi na lokalizację niniejszej inwestycji (od komory KP3 połączeniowej z kolektorem istniejącym (w ul. Brązowniczej) do komory połączeniowej KP1 z kolektorem Burakowskim (z komorami) w ul. Marymonckiej o długości ok. 4,0 km i średnicy DN 2,00 m (będący przedmiotem zamówienia), istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia zarówno nieprzewidywalnych warunków fizycznych, jak i znalezienia obiektów istniejącej niezidentyfikowanej infrastruktury podziemnej, które spowodują konieczność wstrzymania prac oraz mogą wymagać zmiany technologii robót. Jednak nawet doświadczony i profesjonalny wykonawca nie jest w stanie określić zakresu prac, liczby przestojów, zmiany technologii robót oraz związanych z tym kosztów.

Odwołujący wskazywał, że wystąpienie takich zjawisk w sposób bezpośredni przekłada się natomiast na koszt realizacji inwestycji. Dodatkowe koszty są generowane m.in. wskutek wstrzymania robót z powodu prowadzenia wykopalisk czy znalezienia innych obiektów podziemnych albo koniecznością zmiany technologii realizacji prac (np. konieczność wykonania części prac ręcznie z uwagi na wystąpienie obiektów historycznych). Przy czym nie jest możliwe w dacie opracowywania oferty ustalenie wysokości tych kosztów oraz uwzględnienie ich w wynagrodzeniu wykonawcy. Jednak z uwagi na lokalizację inwestycji (specyfikę ośrodka gruntowego) dokumentacja geologiczna opracowana przez Zamawiającego z rozstawem sondowań średnio, co 50m może być niewystarczająca m.in. ze względu na fakt, że antropologiczne pochodzenie gruntu powoduje, że jest to niejednorodny ośrodek o różnych parametrach na długości przebiegu kolektora, wynoszącej 4,0 km. Sam Zamawiający zwrócił uwagę na bardzo trudne warunki gruntowe (prawie na całej trasie występuje wysoki poziom wody gruntowej) oraz wskazał, że w przypadku, gdy załączona do PFU zatwierdzona dokumentacja geologiczno-inżynierska będzie zdaniem Wykonawcy niewystarczająca, Wykonawca przed rozpoczęciem Robót powinien na własny koszt uszczegółwić badania gruntowe. W rzeczywistości, zatem wykonawca dopiero na etapie badań uzupełniających, a więc po zawarciu umowy uzyska pełną wiedzę niezbędną do poprawnego zaprojektowania kolektora. Wykonawca przed złożeniem oferty jest w stanie oszacować jedynie koszty dodatkowych badań, ale nie jest możliwe oszacowanie ewentualnych kosztów powstałych w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy zatwierdzoną dokumentacją geologiczno-inżynierską przedstawioną przez Zamawiającego, a stanem faktycznym ustalonym na podstawie dodatkowych badań. Usunięcie, zatem prawa do roszczenia kosztowego w sub. 4.24 WSK powoduje, że Wykonawca w swojej ofercie powinien uwzględnić koszty związane z przerwaniem prac budowlanych i rozpoczęciem badań archeologicznych, (które są wymagane zgodnie z ww. opinią). Jednak ustalenie liczby zakłóceń realizacji robót z powodu konieczności przeprowadzenia badań archeologicznych oraz okresu ich trwania, nie jest możliwe na etapie przygotowania oferty.

Natomiast typowymi kosztami, które Wykonawca musi ponieść w takich przypadkach są m.in. koszty związane z przestojem specjalistycznego sprzętu do mikrotunelingu wraz z obsługą oraz koszty ogólne ponoszone w okresie przestoju, np. koszty związane z zajęciem pasa drogowego na potrzeby wykonania komór, które zgodnie z klauzulą 4.1 WSK (Ogólne zobowiązania Wykonawcy) ponosi Wykonawca. W związku z tym przerzucanie na Wykonawcę ryzyka gospodarczego powoduje, że nie jest możliwe rzetelne skalkulowanie ceny oferty. Ponadto konsekwencją takiego ukształtowania treści przyszłej umowy będzie złożenie przez poszczególnych wykonawców nieporównywalnych ofert. Każdy z wykonawców na innym, bowiem poziomie skalkuluje ryzyko wystąpienia ww. zjawisk. Może, zatem również zaistnieć sytuacja, w której z uwagi na ryczałtowy sposób rozliczenia niniejszej inwestycji, Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kosztów, które w rzeczywistości nie wystąpiły. Wykonawca wskazywał, że zastosowane postanowienie umowne w zakresie braku możliwości składania z tego tytułu roszczeń finansowych stanowi również naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji prowadzi do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Każdy, bowiem wykonawca w tym zakresie dokona subiektywnego założenia w postaci przyjęcia ryzyka, które uwzględni w cenie oferty. Oznacza to, że wykonawcy zamiast dokonywać kalkulacji ceny ofert według takich samych warunków, (czyli na podstawie opisu przedmiotu zamówienia) zobowiązani są do przyjmowania subiektywnych wartości na pokrycie kosztów, których nie są w stanie obecnie przewidzieć.

4)

Kolejno Odwołujący podnosił, że Zamawiający w pkt 3.6, oraz dodanej sub. 4.27 WSK (Istniejące instalacje) nałożył na wykonawcę obowiązek zidentyfikowania wszystkich kolizji oraz odpowiedzialność za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów, kanalizacji i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej lub innych instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót, a także niezwłocznej naprawy wszelkich powstałych uszkodzeń na własny koszt oraz gdy będzie to konieczne do przeprowadzenia innych prac nakazanych przez Inżyniera. Zamawiający w ramach PFU przekazał wykonawcom w celu zidentyfikowania kolidującego uzbrojenia geodezyjną mapę sytuacyjno-wysokością z proponowanym przebiegiem kolektora Wiślanego oraz dokumenty, jakie dotychczas pozyskał od gestorów infrastruktury. Zamawiający zaznaczył jednak, że przytoczone powyżej zestawienie zostało opracowane przez Zamawiającego z należytą starannością, jednak może nie zawierać wszystkich występujących w terenie kolizji. Wykonawca zobowiązany jest do weryfikacji zarówno na podstawie dostępnych materiałów mapowych, jak i na podstawie wizji w terenie występujących kolizji i do ich usunięcia.

Jednocześnie w pkt 4.11 PFU Wykonawca został zobowiązany do zidentyfikowania wszystkich mogących wystąpić kolizji, zarówno tych wymagających przebudowy (rozwiązań docelowych), jak i rozwiązań tymczasowych i zabezpieczeń na czas realizacji prac wynikających z technologii prowadzenia robót oraz skoordynowania i uzgodnienia rozwiązań projektowych z inwestycjami planowanymi w rejonie projektowanego kolektora Wiślanego, w tym m.in. z planowaną budową Mostu Krasińskiego. Zamawiający zaznaczył, że wszelkie koszty wynikające z powyższych działań Wykonawca jest zobowiązany zawrzeć w Cenie Ofertowej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający obarcza, zatem wykonawcę kosztami wystąpienia niezidentyfikowanej infrastruktury na trasie Kolektora, w tym kosztami usunięcia uszkodzeń powstałych w związku wystąpieniem niezidentyfikowanych instalacji. Są to okoliczności, których wystąpienia i zakresu nie sposób przewidzieć w dacie opracowywania oferty. Nie jest możliwa ich identyfikacja na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego ani w trakcie wizji lokalnej zalecanej przez Zamawiającego (większość infrastruktury jest zlokalizowana pod ziemią i możliwa do identyfikowania dopiero podczas prac ziemnych). Natomiast z uwagi na lokalizację inwestycji koszty usunięcia kolizji nieznanymi w dacie sporządzania oferty mogą być znaczne.

Odwołujący podkreślał, że MPWiK dysponuje dokumentami źródłowymi oraz szczegółowymi danymi o stanie i przebiegu kolizyjnej infrastruktury występującej na linii planowanej inwestycji, ponieważ jako zarządca infrastruktury wodno-kanalizacyjnej, prowadzi stosowne inwentaryzacje, aktualizując mapy podległych mu terenów związanych z planowanymi inwestycjami. Koszt usunięcia kolizji, o których mowa w kwestionowanych postanowieniach projektu umowy oraz PFU, są możliwe do ustalenia dopiero w trakcie budowy kolektora. Na etapie ofertowania obowiązany nie jest możliwe oszacowanie nieznanymi i niemożliwych do identyfikacji ryzyk.

Jednocześnie Zamawiający przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność z tytułu wystąpienia ww. zjawisk, narusza ciążący na nim obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania przetargowego oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ma umożliwić mu identyfikację zakresu przyszłego zamówienia oraz kalkulację oferty (art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp).

5)

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający modyfikując sub. 5.1 WSK:

- 1) nałożył na Wykonawcę obowiązek powiadomienia w ciągu 14 dni od Daty Rozpoczęcia o wszelkich błędach, nieprawidłowościach lub wadach w Wymaganiach Zamawiającego oraz przedstawienia propozycji ich usunięcia lub poprawienia;

- 2) przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za Wymagania Zamawiającego; po upływie ww. terminu (w przypadku niezgłoszenia zastrzeżeń) lub 5 dni od otrzymania stanowiska Inżyniera w tej kwestii, Wymagania Zamawiającego mają być traktowane tak jakby zostały sporządzone przez samego Wykonawcę i Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno ich, jak i robót na własny koszt, pod nadzorem Inżyniera.

Zdaniem Odwołującego wskazane zapisy WSK w sposób nieadekwatny do przyjętej formuły realizacji inwestycji („Projektuj i Buduj”) oraz niemający oparcia obowiązujących przepisach prawa przenoszą na Wykonawcę ryzyka, których nie powinien ponosić z uwagi na wynikające z przepisów Pzp zasady odpowiedzialności za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania przetargowego oraz których nie jest w stanie wycenić w dacie opracowywania i składania oferty. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych przez Wykonawcę w zamian za kwotę wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca ustala, zatem planowany zakres prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowuje ofertę cenową na podstawie PFU.

Odwołujący podkreślał, że przyjęcie ryczałtowego systemu wynagrodzenia oraz formuły realizacyjnej „Projektuj i Buduj”, tak jak w przypadku niniejszego zamówienia, nie wyłącza obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 Pzp). Zamawiający przenosząc na wykonawcę odpowiedzialność za wady PFU oraz ewentualnie znajdujące się w pozostałych Wymaganiach Zamawiającego (np. przebieg trasy, załączone rysunki, uzyskane wstępne uzgodnienia itp.) wskazuje wyraźnie, że nie jest pewny prawidłowości przygotowanego postępowania przetargowego, mimo, że poświęcił na to ponad 2 lata. Jednocześnie takie postępowanie stanowi naruszenie ww. przepisów Pzp nakładających na Zamawiającego odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie przetargu. Ponadto należy zauważyć, że PFU dostarczony przez Zamawiającego został opracowany przez profesjonalistę (CDM Smith Sp. z o.o., 02-017 Warszawa, Al. Jerozolimskie 123a oraz GSG Industria Sp. z O.O.70-750 Szczecin ul Granitowa 47). Dodatkowo zakresem PFU jest załączona do niego dokumentacja projektowa (Projekty budowlane) dla odcinków kolektora w ul. Conrada i w ul. Wólczyńskiej, których weryfikacji wymaga Zamawiający celem określenia przez wykonawcę ich ewentualnego wykorzystania dla prowadzenia Robót. Brak, zatem uzasadnienia do obarczania Wykonawcy odpowiedzialnością za wady tego dokumentu będące skutkiem działań lub zaniechań podmiotu trzeciego. Zamawiający w umowie łączącej go z tym podmiotem powinien w odpowiedni sposób zabezpieczyć na wypadek wystąpienia wadliwości tego dokumentu. PFU

na zlecenie Zamawiającego zostało opracowywane przez specjalistyczną firmę, który powinien ponosić odpowiedzialność za wykonane przez siebie opracowanie. Jednocześnie z uwagi na formułę niniejszego przetargu brak również racjonalnych i prawnych podstaw do narzucania Wykonawcy obowiązku zgłoszenia wszelkich wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni od Daty Rozpoczęcia. W związku z tym nadmiernym wymaganiem jest żądanie wykonania szczegółowej analizy Wymagań Zamawiającego w ciągu 14 dni od Daty Rozpoczęcia (sub. 8.1 WSK). Dokument ten będzie przedmiotem analiz w trakcie całego okresu projektowania z uwagi na stopień skomplikowania inwestycji. Nie jest, zatem możliwe wykonanie ww. przeglądu oraz wykrycie wszystkich błędów i nieprawidłowości w czasie zakreślonym przez Zamawiającego. Zdaniem Wykonawcy w przypadku tego typu inwestycji okres projektowania wynosi ok. 10-12 miesięcy. Ponadto nieprawidłowości PFU i innych Wymagań Zamawiającego mogą ujawnić się również dopiero w okresie realizacji inwestycji, np. odmienne warunki geologiczne czy kolizje niewykazane w PFU. Z obowiązujących przepisów również nie sposób wywieść, że Wykonawca jest zobowiązany do wykrycia wszelkich nieprawidłowości na etapie ofertowania oraz w bardzo krótkim terminie od dnia zawarcia umowy. W związku z tym termin na zgłaszanie wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego przez wykonawcę jest zbyt krótki (powinien zostać wydłużony, co najmniej do daty zakończenia opracowywania dokumentacji projektowej oraz uzyskania ostatecznych uzgodnień i pozwoleń) oraz brak podstaw do obarczania Wykonawcy kosztami poprawek Wymagań Zamawiającego i kosztami poprawienia robót powstałymi z powodu wadliwości Wymagań Zamawiającego.

6)

Odwołujący podnosił, że Zamawiający skreślił w sub. 13.8 WSK ustalającą zasady dokonywania waloryzacji umownej wynagrodzenia Wykonawcy. Zamawiający zamierza, zatem wyłączyć uprawnienia wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów powstałych w związku z wystąpieniem czynników powodujących wzrost lub spadek kosztów robocizny, dóbr i usług oraz innych nakładów. W ten sposób Zamawiający przerzuca na Wykonawcę część kosztów realizacji inwestycji. Wykonawca nie będzie miał, bowiem możliwości uzyskania rekompensaty w razie zaistnienia okoliczności, których nie mógł on przewidzieć. Klauzula adaptacyjna przewidziana w sub. 13.8 WSK zwiększa elastyczności kontraktów budowlanych i dostosuje ich treść do zmieniających się warunków gospodarczych. Skreślenie możliwości zastosowania ww. klauzuli w obecnych warunkach gospodarczych stanowi nadużycie zasady swobody umów.

7)

Następnie Odwołujący stwierdził, że MPWiK w pkt 2.7 PFU nakłada na wykonawcę obowiązek zaznajomienia się z m.in. z aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Lindego. Zamawiający nie przekazał tych informacji, mimo, że jako zarządca infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej na terenie miasta jest w ich posiadaniu. Zamawiający dysponuje, zatem narzędziami do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Jednakże Zamawiający przerzuca odpowiedzialność za ten element opisu przedmiotu zamówienia na wykonawców, którzy nie mają dostępu do danych umożliwiających oszacowanie swojej ceny ofertowej w tym zakresie, np. dane dotyczące przepływów charakterystycznych determinują średnicę rur, które powinny zostać zastosowane do budowy kolektora oraz ilość, kształt i wielkość komór. Ponadto należy zauważyć, że w zakresie działalności Zamawiającego leży m.in. budowa urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych w oparciu o Wieloletni Plan Rozwoju i Modernizacji Urządzeń Wodociągowych i Urządzeń Kanalizacyjnych, a także Zamawiający wydaje warunki techniczne na budowę urządzeń wodociągowych lub kanalizacyjnych oraz jako gestor sieci dokonuje uzgodnień inwestycji realizowanych na terenie miasta. W związku z tym Zamawiający dysponuje danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora Lindego. Nakładanie, zatem na wykonawcę obowiązku ustalenia liczby inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie budowy kolektora stanowi naruszenie art. 15 ust. 1 i art. 18 ust. 1 Pzp. Natomiast Wykonawca nie ma możliwości pozyskania takich informacji, ponieważ inwestorzy planujący wykonanie inwestycji na sąsiednich działkach mają obowiązek informowania o tych zamierzeniach Zamawiającego, a nie Wykonawcę. Ponadto Wykonawca w kwestionowanych postanowieniach został zobowiązany do uzyskania wszystkich koniecznych informacji odnoszących się do ryzyka koniecznych rezerw oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub na Roboty, a także dokonania inspekcji i badania Terenu Budowy, jego otoczenia oraz innych dostępnych informacji i przed złożeniem Oferty upewnienia się, co do wszystkich istotnych spraw włączając w to, (lecz nie ograniczając się wyłącznie do tego) następujące zagadnienia m.in.:

- kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi;
- warunki hydrologiczne i klimatyczne;
- uwarunkowania wynikające z realizacji inwestycji w terenie miejskim oraz te wynikające z konieczności koordynacji robót z innymi pracami realizowanymi w tym terenie.

Ponadto w myśl tego punktu PFU Wykonawca deklaruje, że:

- uzyskał wiarygodne informacje o wszystkich warunkach i zobowiązaniach, które w jakikolwiek sposób mogą wpłynąć na wartość czy charakter Oferty lub wykonanie Robót;
- przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej i inspekcji przyszłego Terenu Budowy i jego otoczenia w celu oszacowania, na własną odpowiedzialność, a także na własny koszt i ryzyko, wszelkich danych, jakie mogą okazać się niezbędne do projektowania i wykonania Robót;
- ma świadomość, że Wymagania Zamawiającego mogą nie obejmować wszystkich szczegółów Robót i Wykonawca weźmie to pod uwagę przy planowaniu budowy, realizacji Robót i kompletacji dostawy Urządzeń;
- nie będzie wykorzystywać błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający poprzez wskazany powyżej opis przedmiotu zamówienia nakłada na Wykonawcę obowiązek kalkulacji nieznanych do oszacowania ryzyk związanych z elementami, których identyfikacja będzie możliwa dopiero na etapie realizacji zamówienia. W przypadku niniejszego przetargu Zamawiający nakazuje skalkulowanie w ofercie kosztów m.in. warunków podpowierzchniowych; warunków hydrologicznych oraz uwarunkowań wynikających z realizacji inwestycji w terenie miejskim. Jest to praktyka nieprawidłowa. W przypadku zastosowania formuły realizacyjnej „Projektuj i buduj” w trakcie realizacji inwestycji może ulec zmianie zakres wykonywanych robót. Jednak nawet w ramach tej formuły nie jest możliwa akceptacja przerzucania na wykonawcę ryzyk związanych z wystąpieniem okoliczności, których zakresu i konsekwencji nie można przewidzieć na etapie ofertowania, wynikających z okoliczności identyfikowalnych dopiero na etapie realizacji zamówienia, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Jednocześnie Zamawiający przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność z tytułu wystąpienia ww. zjawisk, narusza ciążący na nim obowiązek prawidłowego przygotowania postępowania przetargowego oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ma umożliwić mu identyfikację zakresu przyszłego zamówienia oraz kalkulację oferty (art. 15 ust. 1, art. 18 ust. 1 i art. 29 ust. 1 Pzp).

W toku posiedzenia Izby w dniu 10 listopada 2020 r. Zamawiający oświadczył dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, które zamieści na stronie internetowej i jednocześnie przekazał Izbie oraz Odwołującemu treść dokonanych zmian. W wyniku powyższe Odwołujący wycofał zarzuty odwołania wskazane w pkt 1, 2 odwołania oraz w części pkt 4 lit. c) odwołania, dotyczącej obowiązku zgłoszenia wszelkich błędów i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni. Zaś w pozostałym

zakresie podtrzymał zarzuty odwołania zaznaczając, że w pkt 4 lit. a) jedynie omyłkowo podano klauzulę 4.12 podczas, gdy powinna się tam znaleźć tylko klauzula 4.24.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego oraz oświadczenia Stron Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że w specyfikacji w części II Projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie warunków szczególnych kontraktu Zamawiający sprecyzował m. in.:

Klauzula 4.24 Wykopaliska

„klauzulę 4.24 zmienia się następująco: W akapicie drugim po punkcie (a) skreśla się słowo „oraz” jak również skreśla się pkt (b) przedmiotowej klauzuli.

Klauzula 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu]

„Klauzulę 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu] skreśla się jako nie mającą zastosowania w niniejszych Warunkach”.

Klauzula 4.27 [Istniejące instalacje]

„Wprowadza się klauzulę 4.27 [Istniejące instalacje] o następującej treści:

4.27 Istniejące instalacje

Wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji, takich jak: kanalizacyjne, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje.

Wykonawca jest zobowiązany do szczegółowego oznaczenia instalacji i urządzeń, zabezpieczenia ich przed uszkodzeniem, a także do natychmiastowego powiadomienia Inżyniera i właściciela instalacji i urządzeń, jeśli zostaną przypadkowo uszkodzone w trakcie realizacji Robót. Wykonawca jest odpowiedzialny za szkody w instalacjach i urządzeniach naziemnych i podziemnych, spowodowane w trakcie wykonywania Robót.

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zgłosił pisemnie zamiar rozpoczęcia Robót do wszystkich właścicieli i użytkowników uzbrojenia z wyprzedzeniem siedmiodniowym, ustalając warunki wykonywania robót w strefie tych urządzeń. Kopie wszelkich zgłoszeń Wykonawca przekaze Inżynierowi. Opłaty za nadzory obce ponosi Wykonawca. Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania podziemnej instalacji, której uszkodzenie może

stanowić zagrożenie dla Robót lub bezpieczeństwa ruchu, osób lub mienia. Wszystkie te czynności będą wykonywane na warunkach ustalonych z administratorem i właścicielem instalacji. Wykonawca będzie odpowiedzialny za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów, kanalizacji i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej lub innych instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót. Wykonawca niezwłocznie naprawi wszelkie powstałe uszkodzenia na własny koszt, a także, jeśli to konieczne, przeprowadzi inne prace nakazane przez Inżyniera. Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać wszelkie konieczne zgody i zezwolenia władz lokalnych, przedsiębiorstw i właścicieli do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, każdorazowo na podstawie pisemnych uzgodnień poczynionych z Inżynierem.

Klauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

W akapicie drugim niniejszej klauzuli 5.1, na końcu pierwszego zdania po słowach: „konieczne do projektowania” dodaje się słowa: „oraz niezbędne uprawnienia projektowe wymagane przez Polskie Prawo Budowlane”.

Po akapicie trzecim niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się:

„W ciągu 14 dni od powiadomienia o Dacie Rozpoczęcia, Wykonawca powiadomi Inżyniera o wszelkich błędach, nieprawidłowościach, lub wadach w Wymaganiach Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli. Powiadomienie powyższe zawierać będzie również propozycję ich usunięcia lub poprawienia.

Inżynier wyrazi swe stanowisko w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad w Wymaganiach Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli w terminie 14 dni od dnia otrzymania Powiadomienia Wykonawcy.

W przypadku nie zgłoszenia przez Wykonawcę powiadomienia albo w terminie 5 dni od otrzymania stanowiska Inżyniera w przedmiocie zgłoszonych błędów oraz propozycji ich usunięcia lub poprawienia, przyjmuje się, że Wykonawca przyjął odpowiedzialność za Wymagania Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli. Od tego momentu Wymagania Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli traktowane są tak jakby zostały one sporządzone przez samego Wykonawcę i Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno ich, jak i Robót na własny koszt, pod nadzorem Inżyniera.”

Akapit czwarty niniejszej klauzuli 5.1 zmienia się poprzez:

Po słowach „Po otrzymaniu tego” dodaje się słowo „ostatniego”.

Po akapicie czwartym niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się akapit piąty:

„Wykonawca w ciągu 14 dni od powiadomienia o Dacie Rozpoczęcia zobowiązany jest do dokładnego zbadania Projektów Budowlanych przekazanych przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu i powiadomienia Inżyniera o wszelkich błędach, nieprawidłowościach lub wadach w Projekcie Budowlanym przekazanym przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu. Powiadomienie powyższe zawierać będzie również propozycję ich usunięcia lub poprawienia. Inżynier wyrazi swe stanowisko w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad w Projekcie Budowlanym przekazanym przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu w terminie 14 dni od dnia otrzymania Powiadomienia Wykonawcy. W zależności od stanowiska Inżyniera w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad, błędów i nieprawidłowości, ewentualny sposób ich usunięcia celem prawidłowej realizacji Kontraktu będzie procedowany w oparciu o postanowienia Kontraktu oraz obowiązujące przepisy prawa. W przypadku nie zgłoszenia przez Wykonawcę powiadomienia przyjmuje się, że Wykonawca przyjął odpowiedzialność za Projekt Budowlany przekazany przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu. Od tego momentu Projekt Budowlany przekazany przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu jest traktowany tak jakby został sporządzony przez samego Wykonawcę i Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno tego Projektu Budowlanego, jak i robót na własny koszt, pod nadzorem Inżyniera. Postanowienia powyższej klauzuli stosuje się odpowiednio w przypadku przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy Dokumentacji Projektowej niewymienionej w części informacyjnej Programu Funkcjonalno – Użytkowego Tom IV [Załącznik E] przekazanej na potrzeby realizacji Kontraktu.”

Zamawiający następnie w dniu 6 listopada 2020 r. dokonał modyfikacji tej części Klauzuli w następujący sposób:

„Jednocześnie Zamawiający modyfikuje SIWZ w zakresie poniższych klauzul:

Zamawiający modyfikuje SIWZ zastępując dotychczasową treść Klauzuli 5.1 następującą treścią:

5.1 Ogólne zobowiązania projektowe

W akapicie drugim niniejszej klauzuli 5.1, na końcu pierwszego zdania po słowach:

„konieczne do projektowania” dodaje się słowa: „oraz niezbędne uprawnienia projektowe wymagane przez Polskie Prawo Budowlane”.

Po akapicie trzecim niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się:

„W terminie do ukończenia opracowywania dokumentacji projektowej wykonawczej dla części inwestycji objętej odrębnym pozwoleniem na budowę, Wykonawca powiadomi Inżyniera o wszelkich błędach, nieprawidłowościach, lub wadach w Wymaganiach Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli. Powiadomienie powyższe zawierać będzie również propozycję ich usunięcia lub poprawienia.

Inżynier wyrazi swe stanowisko w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad w Wymaganiach Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli w terminie 14 dni od dnia otrzymania Powiadomienia Wykonawcy.

W przypadku nie zgłoszenia przez Wykonawcę powiadomienia albo w terminie 5 dni od otrzymania stanowiska Inżyniera w przedmiocie zgłoszonych błędów oraz propozycji ich usunięcia lub poprawienia przyjmuje się, że Wykonawca przyjął Wymagania Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli. Od tego momentu Wymagania Zamawiającego, z zastrzeżeniem akapitu piątego niniejszej klauzuli Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno ich, jak i Robót w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, pod nadzorem Inżyniera”.

Akapit czwarty niniejszej klauzuli 5.1 zmienia się poprzez:

Po słowach „Po otrzymaniu tego” dodaje się słowo „ostatniego”.

Po akapicie czwartym niniejszej klauzuli 5.1 dodaje się akapit piąty:

„Wykonawca w terminie do ukończenia opracowywania dokumentacji projektowej wykonawczej dla części inwestycji objętej odrębnym pozwoleniem na budowę, zobowiązany jest do dokładnego zbadania Projektów Budowlanych przekazanych przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu i powiadomienia Inżyniera o wszelkich błędach, nieprawidłowościach lub wadach w Projekcie Budowlanym przekazanym przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu.

Powiadomienie powyższe zawierać będzie również propozycję ich usunięcia lub poprawienia.

Inżynier wyrazi swe stanowisko w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad w Projekcie Budowlanym przekazanym przez Zamawiającego na potrzeby realizacji Kontraktu w terminie 14 dni od dnia otrzymania Powiadomienia Wykonawcy.

W zależności od stanowiska Inżyniera w przedmiocie zgłoszonych przez Wykonawcę wad, błędów i nieprawidłowości, ewentualny sposób ich usunięcia celem prawidłowej realizacji Kontraktu będzie procedowany w oparciu o postanowienia Kontraktu oraz obowiązujące przepisy prawa.

W przypadku nie zgłoszenia przez Wykonawcę powiadomienia przyjmuje się, że Wykonawca przyjął Projekt Budowlany przekazany przez Zamawiającego na potrzeby realizacji

Kontraktu. Od tego momentu Wykonawca jest obowiązany do poprawy zarówno tego Projektu Budowlanego, jak i Robót w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, pod nadzorem Inżyniera.

Postanowienia powyższej klauzuli stosuje się odpowiednio w przypadku przekazania przez Zamawiającego Wykonawcy Dokumentacji Projektowej niewymienionej w części informacyjnej Programu Funkcjonalno – Użytkowego Tom IV [Załącznik E] przekazanej na potrzeby realizacji Kontraktu”.

Klauzula 22.5

W Klauzuli 22.5 Zamawiający przewiduje w szczególności możliwość dokonania zmian postanowień zawartego Kontraktu na następujących warunkach:

2. Zastosowanie rozwiązań zamiennych, w tym zmiana technologii wykonywania Robót, zmiana sposobu wykonywania Robót, zmiana parametrów technicznych, zmiana materiałów i urządzeń, zmiana wielkości.

Strony przewidują możliwość zastosowania rozwiązania zamiennego – w tym zmiany przyjętej w Programie Funkcjonalno-Użytkowym technologii wykonywania Robót lub sposobu wykonywania Robót lub zmiany parametrów technicznych lub zmiany materiałów, wyrobów budowlanych lub urządzeń lub wielkości wykonania, jeżeli ww. zmiany są zasadne z punktu widzenia prawidłowej realizacji Kontraktu lub uzasadnionego interesu Zamawiającego gdy:

a) przyjęta w Programie Funkcjonalno-Użytkowym technologia wykonania Robót lub sposób wykonywania Robót, wielkości, parametry techniczne czy zastosowanie danych materiałów, wyrobów budowlanych lub urządzeń nie jest możliwe zgodnie ze sztuką budowlaną, obowiązującymi normami, przepisami prawa, czy innymi wymogami Zamawiającego ze względu na:

- ujawnienie w trakcie realizacji Kontraktu niezinventaryzowanego lub nieuwzględnionego w PFU lub dokumentacji projektowej istniejącego uzbrojenia podziemnego;
- ujawnienie w trakcie realizacji innych nieprzewidzianych przeszkód takich jak:
 - znaleziska archeologiczne;
 - znaleziska z czasów wojen, uzbrojenie, niewypały, niewybuchy, pojedyncze lub masowe groby itp.;
 - podziemne obiekty powodujące kolizję;
 - niezgodność stanu istniejącego w terenie z PFU lub dokumentacją projektową w zakresie warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych, umiejscowienia infrastruktury podziemnej i innych obiektów podziemnych, warunków terenowych, wpływających obiektywnie na możliwość realizacji przedmiotu Kontraktu;

- kolizje z inwestycjami planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty, a zmiana będzie wprowadzona w zakresie niezbędnym dla uniknięcia lub usunięcia tych kolizji, zaistnienie siły wyższej.
 - innych względów organizacyjnych, technicznych, technologicznych lub formalnych.
 - b) po zawarciu Kontraktu nastąpiły zmiany w PFU lub dokumentacji projektowej wprowadzone przez organy administracji publicznej, instytucje miejskie lub inne uprawnione podmioty, a także zmiany w Dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia (lub w Opisie Przedmiotu Zamówienia) wynikające z ustaleń z ww. podmiotami.
 - c) zaprzestano produkcji lub wycofano z obrotu handlowego materiały, wyroby budowlane lub urządzenia określone w PFU lub dokumentacji projektowej;
 - d) w przypadku konieczności odtworzenia nawierzchni po robotach sieciowych, w razie zmiany warunków w wyniku m.in. konieczności aktualizacji posiadanych decyzji, dokumentów, inwentaryzacji; wydania nowych warunków przy udostępnianiu terenu robót przez właściciela/władającego,
 - e) w przypadku konieczności przebudowy/budowy sieci wodociągowej w razie napotkania kolizji z istniejącą niezainwentaryzowaną infrastrukturą techniczną,
 - f) w przypadku konieczności wykonania robót odwodnieniowych inną metodą lub w razie zwiększenia ilości odwodnienia, jeśli wskazana w dokumentacji metoda odwodnienia lub ilość odwodnienia są niezgodne z warunkami rzeczywistymi lub rażąco wysokie w odniesieniu do warunków rzeczywistych
 - g) jest to uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpieczeństwa realizacji Robót;
 - h) jest to zmiana korzystna finansowo dla Zamawiającego;
 - i) jest to zmiana wpływająca korzystnie na termin realizacji Robót;
 - j) gdy prowadzone Roboty wywierają niekorzystny wpływ na środowisko naturalne lub otoczenie;
 - k) związane jest to z zastosowaniem nowych technologii lub nowszej generacji materiałów, wyrobów budowlanych lub urządzeń pozwalających na efektywniejszą eksploatację lub zaoszczędzenie kosztów eksploatacji przedmiotu Kontraktu;
 - l) zastosowanie przewidzianych w PFU lub dokumentacji projektowej technologii wykonywania Robót lub sposobu wykonywania Robót lub parametrów technicznych lub materiałów lub wyrobów budowlanych czy urządzeń groziłoby niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu Kontraktu;
- wówczas możliwe jest wprowadzanie zmiany przyjętej w PFU lub dokumentacji projektowej technologii wykonywania Robót, sposobu wykonywania Robót, wielkości, parametrów Robót, zmiany materiałów, wyrobów budowlanych lub urządzeń jeśli nie powodują one zmiany Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej lub powodują obniżenie

Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej lub powodują zwiększenie Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, które wynosi łącznie nie więcej niż 15 % wartości przedmiotu Kontraktu, pod warunkiem pisemnego potwierdzenia zaistnienia takich okoliczności przez Zamawiającego lub Inżyniera.

Izba ustaliła również, że PFU Zamawiający sprecyzował m. in., że:

Pkt 2.7 PFU

2.7. Zapoznanie się Wykonawcy z warunkami wykonania przedsięwzięcia

Wykonawca zobowiązany jest do zaznajomienia się z:

- wymaganiami Zamawiającego,
- ogólną sytuacją, np. faktyczną, prawną, środowiskową, itp.,
- warunkami na terenie budowy,
- warunkami geologicznymi,
- aktualnymi danymi dotyczącymi przepływów charakterystycznych,
- Aktualnymi danymi dotyczącymi inwestycji prowadzonych i planowanych w rejonie realizacji inwestycji.

Wykonawca, w granicach wykonalności, uzyska wszystkie konieczne informacje odnoszące się do ryzyka koniecznych rezerw oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub na Roboty.

Wykonawca dokona inspekcji i badania Terenu Budowy, jego otoczenia oraz innych dostępnych informacji i przed złożeniem Oferty upewni się, co do wszystkich istotnych spraw włączając w to (lecz nie ograniczając się wyłącznie do tego) następujące zagadnienia:

- Kształt i charakter Terenu Budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi;
- Warunki hydrologiczne i klimatyczne;
- Zakres, charakter pracy i dostaw koniecznych do wykonania i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad;
- Uwarunkowania wynikające z realizacji inwestycji w terenie miejskim oraz te wynikające z konieczności koordynacji robót z innymi pracami realizowanymi w tym terenie;
- Prawa, procedury i praktyki zatrudnienia w RP;
- Potrzeby Wykonawcy w zakresie dostępu, zakwaterowania, zaplecza, personelu, energii;
- Transportu.

Wykonawca zobowiązany jest do zaznajomienia się ze wszystkimi szczegółami wymagań Zamawiającego oraz poszukiwania objaśnień, jeżeli cokolwiek jest niezrozumiałe lub jest według niego szkodliwe dla projektu.

Wykonawca deklaruje, że:

- zapoznał się z należytą starannością z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, obejmujących Program Funkcjonalno-Użytkowy oraz Warunki Ogólne i Szczególne Kontraktu i uzyskał wiarygodne informacje o wszystkich warunkach i zobowiązaniach, które w jakikolwiek sposób mogą wpłynąć na wartość czy charakter Oferty lub wykonanie Robót,
- zaakceptował bez zastrzeżeń czy ograniczeń w całości treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- przed złożeniem oferty zwizytował i dokonał inspekcji Placu Budowy Robót i jego otoczenia w celu oszacowania, na własną odpowiedzialność, a także na własny koszt i ryzyko, wszelkich danych, jakie mogą okazać się niezbędne do projektowania i wykonania Robót,
- ma świadomość, że Wymagania Zamawiającego mogą nie obejmować wszystkich szczegółów Robót i Wykonawca weźmie to pod uwagę przy planowaniu budowy, realizując Roboty czy kompletując dostawy Urządzeń,
- nie będzie wykorzystywał błędów lub opuszczeń w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a o ich wykryciu natychmiast powiadomi Inżyniera, który dokona odpowiednich poprawek, uzupełnień lub interpretacji.

Pkt 3.6 PFU

3.6. Kolizje i skrzyżowania z infrastrukturą istniejącą i planowaną na trasie kolektora Lindego Bis

Kolizje z istniejącym uzbrojeniem terenu wymagają rozwiązania poprzez przebudowę lub likwidację uzbrojenia nieczynnego zgodnie z danymi technicznymi i warunkami technicznymi, które Wykonawca uzyska od gestorów poszczególnych sieci. Wykonawca zobowiązany jest do zidentyfikowania wszystkich kolizji występujących na trasie kolektora oraz do uzyskania wszelkich materiałów i uzgodnień niezbędnych do ich rozwiązania na etapie prac projektowych.

Zbliżenia i kolizje z infrastrukturą istniejącą występują na całej trasie kolektora i dotyczą elementów takich jak: sieci kanalizacyjne, sieci i magistrale wodociągowe, sieci gazowe, sieci ciepłownicze, sieci trakcyjne, sieci elektryczne i teletechniczne, metro, torowiska tramwajowe.

W części informacyjnej PFU (załącznik D5) przedstawiono wstępnie minimalny zakres mogących wystąpić kolizji, które wymagały będą rozwiązań docelowych. Wykonawca zobowiązany jest do zidentyfikowania wszystkich mogących wystąpić kolizji, zarówno tych wymagających przebudowy (rozwiązań docelowych) jak i rozwiązań tymczasowych i zabezpieczeń na czas realizacji prac wynikających z technologii prowadzenia robót. Wykonawca dokona szczegółowych uzgodnień, sporządzi niezbędne opracowania oraz wykona wszelkie roboty wynikające z tych uzgodnień w szczególności dla:

- Zbliżenia i przejścia kolektora pod i w pobliżu torów tramwajowych biegnących wzdłuż ulicy Wólczyńskiej, Nocznickiego oraz w rejonie skrzyżowania z ulicą Kasprowicza. Na wszystkich odcinkach robót wykonywanych w sąsiedztwie torów należy prowadzić bieżący monitoring główki szyny. Monitoring wstępny wykonać najpóźniej przed rozpoczęciem wiercenia odcinka kolektora przechodzącego pod/wzdłuż obserwowanej infrastruktury. Końcowy pomiar wykonać po przewierceniu i kompletnym wybudowaniu komór startowej i końcowej omawianego odcinka robót. Pomiar pośrednie dokonywać co najmniej 1 dziennie (zwiększyć częstotliwość pomiarów w zależności od obserwowanych oddziaływań). Projekt monitoringu, w tym prognozy ostrzegawcze uzgodnić z Tramwajami Warszawskimi, Inżynierem i Zamawiającym przed rozpoczęciem w/w prac. W przypadku naruszenia obowiązujących parametrów torowiska zobowiązaniem wykonawcy jest wykonanie niezbędnej korekty infrastruktury Tramwajów Warszawskich.
- Przejście kolektorem pod stacją metra A23 Młociny na skrzyżowaniu ulic Nocznickiego i Kasprowicza.
- W ramach realizacji Robót Wykonawca jest zobowiązany także skoordynować i uzgodnić rozwiązania projektowe z inwestycjami planowanymi w rejonie projektowanego kolektora Lindego Bis, w tym m.in. z planowaną trasą S7 tj. przedłużeniem Trasy Mostu Marii Skłodowskiej-Curie. Załącznik D zawiera koncepcję w/w Trasy. Zaprojektowany i wykonany kolektor ma zapewnić możliwość realizacji w/w zamierzenia inwestycyjnego zgodnie z koncepcją, w tym, jeżeli z analizy powyższego warunku wyjdzie taka konieczność, Wykonawca dokonana odpowiedniej korekty trasy kolektora zatwierdzonej na naradzie koordynacyjnej zobrazowanej w Załączniku D.

Wszelkie koszty wynikające z powyższych działań Wykonawca zawrze w Cenie Ofertowej.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179

ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przed przedstawieniem merytorycznego stanowiska względem zgłoszonych zarzutów Izba wskazuje, że w związku ze złożeniem przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutów z pkt 1, 2 oraz w części zarzutu z pkt 4 lit c) postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostały umorzone.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie w części podlega uwzględnieniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaś według ust. 2 powołanego powyżej przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zaś według art. 139 ust. 1 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przepis art. 353¹ k.c. stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Według art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Nie budzi żadnych wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, iż to Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współzycia społecznego, co odpowiada zasadzie swobody umów, która została wyrażona w art. 353¹ k.c.

W tej materii za stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z dnia 16 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn.. akt KIO 47/18 należy powtórzyć, że: *„O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić.*

Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-

gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. Przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy.

Analogiczne stanowisko zostało również wyrażone w wyroku Izby z dnia 15 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1960/20, w którym stwierdzono, że „Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Podkreślenia również wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie można jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawców funkcjonujących na danym rynku oraz ciążących na nich obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba stwierdziła, że zgłoszone zarzuty potwierdziły się jedynie w części odnoszącej się do postanowień Projektu umowy w zakresie klauzul: 4.24 oraz 13.8. W pozostałym zakresie (dot. klauzuli 4.27, klauzuli 5.1, pkt 3.6 PFU oraz pkt 2.7 PFU) Izba uznała zgłoszone zarzuty za nieuzasadnione, co skutkowało ich oddaleniem.

Klauzula 4.24

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w treści klauzuli dokonał następujących zmian, tj. w akapicie drugim po punkcie (a) skreśla się słowo „oraz” jak również skreśla się pkt (b) przedmiotowej klauzuli.

Powyższe spowodowało, że jeżeli wystąpią opóźnienia czy też wykonawca poniesie koszty z powodu konieczności zastosowania się do poleceń Inżyniera po wykryciu znaleziska to wykonawca powiadomi o tym inżyniera i na mocy klauzuli 20.1 [Roszczenia wykonawcy] będzie uprawniony tylko do (a) jeśli ukończenie jest lub będzie opóźnione, to do przedłużenia czasu o takie opóźnienie na mocy klauzuli 8.4 [Przedłużenie czasu na ukończenie]. Wykreślenie słowa „oraz” wraz z pkt (b) w brzmieniu „pokrycia takiego Kosztu, który należy włączyć do Ceny Kontraktowej” skutkuje tym, że wykonawcy na mocy niniejszego postanowienia kontraktu będzie przysługiwało jedynie roszczenie do przedłużenia czasu o takie opóźnienie z pominięciem pokrycia w tym zakresie określonego rodzaju kosztu, który powinien być włączony do Ceny Kontraktowej.

W omawianym zakresie Izba za słuszną i trafną uznała argumentację Odwołującego, który zarówno w odwołaniu jak i w toku rozprawy podnosił, że wykonawca sporządzając ofertę nie jest w stanie przewidzieć i oszacować kosztów związanych ze znaleziskami archeologicznymi. Są to okoliczności tak nieprzewidywalne, że nie sposób w tym zakresie poczynić jakichkolwiek miarodajnych założeń. Tym samym za chybioną Izba uznała argumentację Zamawiającego, który opierając się na własnym doświadczeniu stwierdził, że wystarczającym by było założenie w składanej ofercie tego rodzaju kosztu na poziomie od 200 tys. zł do 500 tys. zł. Izba wskazuje, że tego rodzaju twierdzenia stanowią jedynie jego własne stanowisko, które nie zostało poparte żadnym dowodem.

W kontekście powyższe Izba uznała, że stanowi nadużycie prawa przierzucanie na wykonawców kosztów związanych z tego rodzaju okolicznościami, przy braku możliwości ich wcześniejszego przewidzenia i szacowania ich skali. W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na aspekt dużej dowolności przy kształtowaniu cen w ofertach przez wykonawców, co w prosty sposób prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający poniesie zupełnie niepotrzebne koszty prac wykopaliskowych, które nie wystąpią w toku realizacji zamówienia, podczas, gdy Zamawiający, jako podmiot sektora finansów publicznych jest obowiązany do racjonalizacji wydatków pochodzących ze środków publicznych.

Wobec tego Izba uznała zgłoszone zarzuty za uzasadnione i nakazała Zamawiającemu zmianę Klauzuli 2.24 poprzez dodanie w akapicie drugim po punkcie (a) słowa „oraz” a także punktu o treści „b) pokrycia takiego Kosztu, który należy włączyć do Ceny Kontraktowej”. Wprowadzenie tego rodzaju postanowienia do Projektu umowy spowoduje, że wykonawca w sytuacji, gdy poniesie koszty z powodu konieczności zastosowania się do poleceń Inżyniera po wykryciu znaleziska to będzie mógł uzyskać pokrycie takich kosztów, które będą włączone do Ceny Kontraktowej.

Klauzula 4.27 Istniejące instalacje

Analiza zgłoszonych zarzutów w omawianym zakresie doprowadziła Izbę do przekonania, że należy uznać je za chybione.

Przypomnieć należy, że w uzasadnieniu zgłoszonego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający treścią powyżej klauzuli nałożył na wykonawcę obowiązek odpowiedzialności za wszelkie uszkodzenia dróg, rowów odwadniających, wodociągów, kanalizacji i gazociągów, słupów i linii energetycznych, kabli, punktów osnowy geodezyjnej lub innych instalacji jakiegokolwiek rodzaju spowodowane przez niego lub jego Podwykonawców podczas wykonywania Robót, a także niezwłocznej naprawy wszelkich powstałych uszkodzeń na własny koszt oraz gdy będzie to konieczne do przeprowadzenia innych prac nakazanych przez Inżyniera. Zdaniem Odwołującego Zamawiający obarcza, zatem wykonawcę kosztami usunięcia uszkodzeń powstałych w związku wystąpieniem niezidentyfikowanych instalacji. Są to okoliczności, których wystąpienia i zakresu nie sposób przewidzieć w dacie opracowywania oferty. Nie jest możliwa ich identyfikacja na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego ani w trakcie wizji lokalnej zalecanej przez Zamawiającego (większość infrastruktury jest zlokalizowana pod ziemią i możliwa do identyfikowania dopiero podczas prac ziemnych).

Odwołujący przedstawiając ww. argumentację zdaje się nie dostrzegać wstępnej części klauzuli 4.27, w której Zamawiający sprecyzował, że „wykonawca zaznajomi się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji, takich jak: kanalizacyjne, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących uszkodzić istniejące instalacje. Wykonawca jest zobowiązany do szczegółowego oznaczenia instalacji i urządzeń, zabezpieczenia ich przed uszkodzeniem, a także do natychmiastowego powiadomienia Inżyniera i właściciela instalacji i urządzeń, jeśli zostaną przypadkowo uszkodzone w trakcie realizacji Robót. Wykonawca jest odpowiedzialny za szkody w instalacjach i urządzeniach naziemnych i podziemnych, spowodowane w trakcie wykonywania Robót. (...) Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania robót ziemnych, kontrolne wykopy będą wykonane w celu zidentyfikowania podziemnej instalacji, której uszkodzenie może stanowić zagrożenie dla Robót lub bezpieczeństwa ruchu, osób lub mienia. Wszystkie te czynności będą wykonywane na warunkach ustalonych z administratorem i właścicielem instalacji”.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby ww. treścią Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek zaznajomienia się umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji, takich jak: kanalizacyjne, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne, przed rozpoczęciem jakichkolwiek wykopów lub innych prac mogących

uszkodzić istniejące instalacje. Obowiązek ten jest jak najbardziej oczywistym, racjonalny i zmierza do tego, aby wykonawca nie uszkodził istniejących instalacji. W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w procedurze „Projektuj i buduj”, co nakłada na wykonawcę, który będzie sporządzał dokumentację projektową obowiązek szczegółowego zapoznania się z planami zawierającymi umiejscowienie wszystkich istniejących instalacji, takich jak: kanalizacyjne, odwodnienie, linie i słupy telefoniczne i elektryczne, światłowody, wodociągi, gazociągi i podobne. Kolejnym etapem zamówienia będzie jego realizacja, dlatego też nie sposób uznać, że za szkody w instalacjach i urządzeniach naziemnych i podziemnych, spowodowane przez wykonawcę w trakcie wykonywania robót ma odpowiadać Zamawiający.

Klauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe.

Na wstępie rozpoznania zarzutów należy przypomnieć, iż Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2020 r. dokonał modyfikacji treści wspomnianej klauzuli, dlatego Odwołujący wycofał w tym zakresie zarzuty w części dotyczącej obowiązku zgłoszenia wszelkich błędów i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego w terminie 14 dni. Wobec tego rozpoznaniu Izby podlegała tylko ta część zarzutów, która dotyczyła obowiązku zgłoszenia przez wykonawcę wszelkich błędów, wad i nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego wraz z propozycją ich usunięcia lub poprawienia do momentu ukończenia opracowania przez wykonawcę dokumentacji projektowej wykonawczej dla części inwestycji objętej odrębnym pozwoleniem na budowę.

Izba pod dokonaniu badania i analizy zgłoszonych zarzutów uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie z uwagi na ich bezzasadność. W omawianym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, który w odniesieniu do czynności weryfikacji przedstawionych przez siebie wymagań, jako punkt graniczny w czasie określił termin zakończenia fazy projektowej. Z punktu widzenia racjonalności dokonania tej czynności skazany termin należy uznać za w pełni uzasadniony, bowiem aż do zakończenia prac projektowych wykonawca ma czas na szczegółowe przeanalizowanie wymagań Zamawiającego i zgłoszenie do nich uwag. W tym przypadku w szczególności należy zwrócić na uwagę na sytuację, w której pomiędzy dokumentacją przekazaną wykonawcom przez Zamawiającego a sporządzaną przez wykonawcę dokumentacją projektową nastąpiłby rozbieżności.

Izba stoi na stanowisku, że w dobrze pojętym interesie zarówno Zamawiającego jak i wykonawcy realizującego zamówienie w procedurze „Projektuj i buduj” jest wszechstronne dokonanie weryfikacji materiałów przekazanych przez Zamawiającego i wychwycenie w nich

błędów i nieprawidłowości jeszcze przed ukończeniem opracowania dokumentacji projektowej wykonawczej. Nie budzi też żadnych wątpliwości Izby postanowienie na podstawie, którego Zamawiający oczekuje od wykonawcy propozycji ich usunięcia lub poprawienia. W ocenie Izba powyższe postanowienia omawianej klauzuli są racjonalne i spójne. Brak jest w nich treści, który przemawiałby za tym, aby uznać, że ich wprowadzenie stanowi jest nadmiarowe.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestii dodatkowego wynagrodzenia za tego rodzaju działania Zamawiający wskazał, iż w sytuacji, gdy wykonawca do tego momentu ukończenia opracowania dokumentacji projektowej wykonawczej zgłosił wystąpienie błędów czy też nieprawidłowości w Wymaganiach Zamawiającego to będzie mógł otrzymać w tym przypadku dodatkowe wynagrodzenie w oparciu o akapit 4 tej klauzuli przy uwzględnieniu klauzul: 20.20 i 13.3 oraz 22.5. Z tych względów Izba uznała, że powyższe zarzuty, jako niezasadne podlegają oddaleniu.

Klauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu.

Izba uznała, że zgłoszone przez wykonawcę EkoWodrol zarzuty zasługują na uwzględnienie. U podstaw takiego przekonania Izby legła następująca argumentacja.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w treści projektu umowy w Klauzuli 13.8 - Korekty wynikające ze zmian kosztu - dokonał zmian polegających na wykreśleniu treści tej klauzuli uzasadniając, że nie ma ona w tym przypadku zastosowania.

W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zasada swobody umów została o tyle przekroczona, o ile Zamawiający dokonując w Projekcie umowy modyfikacji Klauzuli 13.8 poprzez jej skreślenie, co spowodowało, że pozbawił wykonawcę uzyskania waloryzacji umownej wynagrodzenia. Tego rodzaju zmiana skutkowała tym, że Zamawiający wyłączył uprawnienia wykonawcy do domagania się jakiegokolwiek rekompensaty poniesionych kosztów powstałych w związku z wystąpieniem czynników powodujących wzrost lub spadek kosztów robocizny, dóbr i usług oraz innych nakładów.

Co istotne, w toku rozprawy przez Izbę obie strony wielokrotnie zwracały uwagę, że realizacja przedmiotowego zamówienia będzie odbywała się w trybie „Projektuj i buduj” i będzie trwała, co najmniej 2-3 lata. Zatem podkreślenia wymaga, iż wyłączenie możliwości domagania się przez wykonawcę waloryzacji, w sytuacji, gdy mamy do czynienia z wieloletnim kontraktem będzie prowadzić do sytuacji, w której wszelkie ryzyka związane ze wzrostem kosztów realizacji zamówienia, w szczególności wzrostu kosztów pracy, inflacji, wzrostu cen dóbr szczególnie istotnych dla realizacji danego zamówienia, czy wzrostu

obciążeń publicznoprawnych, ponosił będzie wyłącznie wykonawca. Konsekwencją tego rodzaju postępowania Zamawiającego może być pogorszenie sytuacji finansowej wykonawcy, w której wraz z upływem czasu realizacja zamówienia przestanie być opłacalna i będzie generowała po stronie wykonawcy straty, prowadzące w skrajnych przypadkach nawet do zaprzestania wykonywania umowy przed upływem okresu, na który została zawarta.

Izba wskazuje, że instytucja waloryzacji kontraktów umożliwi skuteczną reakcję na zmiany kosztów na rynku budowlanym przez zwiększenie elastyczności kontraktów budowlanych i dostosuje ich treść do zmieniających się warunków gospodarczych. Zasada waloryzowania stawek w umowach długoterminowych służy nie tylko ochronie wykonawcy, zabezpieczając go przed negatywnymi konsekwencjami rosnących kosztów wykonywania zamówienia, ale również ochronie zamawiającego, chroniąc go przed ryzykiem nagłego zaprzestania realizacji zamówienia przez wykonawcę uwagi na jego nierentowność. Tym samym Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanej materii Zamawiający niezasadnie wykreślił z postanowień umownych treść Klauzuli 13.8, a tym samym pozbawił wykonawcę możliwości uzyskania waloryzacji umownej wynagrodzenia.

Izba podziela zapatrywania Zamawiającego o dyspozytywności owej regulacji na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie mniej jednak w rozpoznawanej sprawie nie sposób pominąć kwestii wzajemności umowy z uwzględnieniem aspektu zasady swobody umów, która jednoznacznie przesądza o tym, że treść lub cel stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Powyższe wpisuje się również w treść regulacji art. 5 k.c., który wprost stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Bezsprzecznie takie działanie lub zaniechanie nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Przy rozpoznaniu niniejszego zarzutu nie sposób pominąć również obecnej sytuacji społecznej i gospodarczej panującej w kraju, związanej z pandemią wywołaną wystąpieniem wirusa SARS-CoV-2. Izba stanęła na stanowisku, że obecnie, a więc w momencie sporządzania i składania oferty, wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, jaka będzie w przyszłości sytuacja gospodarcza w kraju, co bez wątplenia będzie przekładać się na sytuację poszczególnych przedsiębiorców, w tym również Odwołującego, jak również, jakie będzie ukształtowanie poszczególnych cen robocizny, dóbr i usług.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zgłoszone zarzuty za uzasadnione i nakazała Zamawiającemu przywrócić wersję pierwotnej Klauzuli 13.8 zawartej w Projekcie Umowy.

Pkt 2.7 PFU Zapoznanie się wykonawcy z warunkami przedsięwzięcia

Po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zgłoszonych zarzutów Izba doszła do przekonania, że zgłoszone zarzuty należy uznać za nieuzasadnione.

Zwrócenia uwagi wymaga, że już z tytułu ww. punktu PFU płynie dla wykonawcy informacja, że dotyczy on obowiązku zapoznania się przez wykonawcy z warunkami przedsięwzięcia. W dalszej treści tego punktu Zamawiający sprecyzował, że wykonawca, w granicach wykonalności, uzyska wszystkie konieczne informacje odnoszące się do ryzyka koniecznych rezerw oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub na Roboty. Wobec tego Izba doszła do przekonania, że rację ma Zamawiający, który stwierdził, że pojęcie „granic wykonalności” należy utożsamiać z należyłą starannością i w tych granicach należy upatrywać zobowiązania wykonawcy. W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w trybie procedury „Projekt i buduj” a zatem to wykonawca będzie zobowiązany opracować projekt wykonawczy i na jego podstawie realizować zamówienie. Za nieuzasadnione należy uznać zarzuty Odwołującego zasadzające się na tym, że wykonawcy w sytuacji, gdy dołożył należytej staranności przy badaniu okoliczności przewidzianych w tym punkcie nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie w tym zakresie, gdyż powtarzając za Zamawiającym wskazać należy na klauzulę 22.5 Kontraktu, która w swej treści przewiduje sytuacje związane szeregiem tego rodzaju przypadku, w tym między innymi te odnoszące się planowanych inwestycji.

Tym samym Izba uznała zgłoszone zarzuty za nieznajdujące oparcia w ustalonym stanie faktycznym a tym samym za bezzasadne.

Pkt 3.6 PFU Kolizje i skrzyżowania z infrastrukturą istniejącą i planowaną na trasie kolektora Lindego Bis.

Izba uznała zgłoszone zarzuty dotyczące treści pkt 3.6 PFU za nieuzasadnione.

Oś sporu w zakresie ich rozpoznania koncentrowała się konieczności rozstrzygnięcia kwestii związanej z poniesieniem przez wykonawcę kosztów kolizji występujących na trasie kolektora. Wykonawca stwierdził, że treść powołanego punktu zobowiązuje go do ustalenia na etapie sporządzania oferty kosztu usunięcia kolizji, podczas, gdy jest to możliwe dopiero w trakcie budowy.

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w postaci załącznika do PFU przekazał wstępnie minimalny zakres mogących wystąpić kolizji, które będą wymagały rozwiązań docelowych. Następnie w zakresie kolizji i skrzyżowań z infrastrukturą istniejącą i

planowaną na trasie kolektora w treści punktu 3.6 PFU Zamawiający opisał szereg działań, do których podjęcia jest zobowiązany wykonawca m. in.: „wykonawca dokona szczegółowych uzgodnień, sporządzi niezbędne opracowania oraz wykona wszelkie roboty wynikające z tych uzgodnień”. Zaś w ostatnim zdaniu powyższego punktu Zamawiający sprecyzował, że: „Wszelkie koszty wynikające z powyższych działań Wykonawca zawrze w Cenie Ofertowej”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba, podobnie jak Zamawiający w toku rozprawy, uznała, że wykonawca powinien uwzględnić w złożonej ofercie wszystkie koszty podejmowanych przez siebie działań w zakresie omawianego punktu tj. kolizji i skrzyżowań z infrastrukturą istniejącą i planowaną na trasie kolektora. Nie oznacza to, że wykonawca w sytuacji, gdy podczas budowy wystąpią niezidentyfikowane wcześniej kolizje, których wystąpienia nie można było ustalić wcześniej, nie otrzyma dodatkowego wynagrodzenia za ich usunięcie. Przedstawiony przez Izbę tok rozumowania został w toku rozprawy potwierdzony przez Zamawiającego, który stwierdził wprost, że „w przypadku zlokalizowania takich kolizji wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie w oparciu o Subklauzulę 22.5 ust. 2”.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie

odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. . Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

Izba – w zakresie rozpoznawanym merytorycznie - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 1/3 do 2/3. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 23.600 zł) oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 3.600 zł)

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (20.000 + 3.600), a tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 18.133,33 zł. Zamawiający natomiast poniósł koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł a odpowiadał za nie do wysokości 9 066,67 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.466,67 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego i Zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadali oni w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie KIO 2729/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: