

WYROK
z dnia 27 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 25 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawcę **B. S.A., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)**,

przy udziale:

- A. wykonawcy **P. S.A., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **S. Sp. z o. o., (...)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B. S.A. z siedzibą w W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. S.A. z siedzibą W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **B. S.A. z siedzibą W.** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)**, 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 (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w W. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny (Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Idzikowice w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa Etap II (nr referencyjny: IREZAlj-216-34/17; dalej jako „Postępowanie”) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE nr 2017/S 165-340513 w dniu 30 sierpnia 2017 r. Tego dnia Zamawiający udostępnił na stronie internetowej siwz wraz z załącznikami.

B. S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczącej SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez 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 Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 2) § 15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (pfu) poprzez zaniechanie sporządzenia pfu w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty,
- 3) art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353.1 kc przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z zarzutami wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

- odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta polega na ryzyku wyłączenia możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

Powyższe w połączeniu z faktem, iż czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp ale również ograniczają konkurencyjność w ramach postępowania i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, dowodzi wypełnienia przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania, zdefiniowanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I. Uwagi ogólne

1. Każda część specyfikacji winna być precyzyjna i jasna, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji.

2. Opis przedmiotu zamówienia, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

3. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w żadnym z elementów (w tym również w elemencie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia) w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.

4. Zobowiązania Zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych zobowiązań kontraktowych, były przedmiotem rozstrzygnięć KIO na tle postępowań dotyczących realizacji inwestycji infrastrukturalnych. (np. KIO 897/15), KIO 1607/16 czy KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opz powinien być na tyle precyzyjny

aby umożliwić skalkulowanie ceny ofertowej. Naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach infrastrukturalnych, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku KIO 1607/16 „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji (...). Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę pzp - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert”. Cytowany wyrok dotyczył postępowania prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj” która dopuszczając pewien margines doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia na etapie realizacji inwestycji, nie przerzuca jednak wszelkich ryzyk z tym związanych na wykonawców i nie zwalnia Zamawiającego z konieczności respektowania wyżej zdefiniowanych obowiązków w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia.

II. Stan faktyczny - konkretyzacja zarzutów i wniosków Odwołującego

II.1. Kolizje z sieciami zewnętrznymi

1. W ramach pkt 3.6.11 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (strona 91), Zamawiający wskazał co następuje: „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury takiej jak dreny, linie i słupy telefoniczne oraz elektryczne, ujęcia wodne, gazociągi, a także obiekty budownictwa lądowego, itp., przed wykonaniem jakiegokolwiek wykopu i rozpoczęciem innych robót mogących naruszyć to urządzenie lub instalacji oraz do usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia. W przypadku wystąpienia kolizji Wykonawca wykona usunięcie kolizji w ramach „Ceny i Terminu Wykonania Umowy”. Ponadto, w ramach wskazanego punktu wskazane zostało, iż „Wykonawca poniesie odpowiedzialność za ewentualne straty wynikłe z tytułu każdej awarii związanej z przebudową kolizji, a zawinionej przez Wykonawcę”.

2. Jednocześnie, w ramach przekazanej dokumentacji, w żadnym miejscu nie została ujęta lista kolizji, które w ramach tej inwestycji miałyby wystąpić. Innymi słowy, Zamawiający, który jako krajowy zarządca infrastruktury kolejowej, dysponuje narzędziami do szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie, przerzuca odpowiedzialność za ten element na wykonawców, którzy nie dysponują danymi umożliwiającymi oszacowanie swojej ceny ofertowej w tym zakresie. W tym kontekście podkreślić należy, że Zamawiający dysponuje szczegółowymi danymi i dokumentami źródłowymi o stanie i przebiegu kolizyjnej infrastruktury występującej na linii planowanej inwestycji, ponieważ zarówno samodzielnie jako zarządca infrastruktury kolejowej, jak i za pośrednictwem swoich służb odpowiedzialnych za uzgadnianie budowy i/lub przebudowy sieci krzyżujących się z układami torowymi, prowadzi stosowne inwentaryzacje, aktualizując mapy podległych mu terenów związanych z planowanymi inwestycjami.

3. Koszt usunięcia kolizji, o których mowa w kwestionowanym punkcie PFU, bez wiążącej informacji znajdującej się w udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania, Wykonawca będzie mógł precyzyjnie zidentyfikować dopiero w trakcie budowy rzeczony inwestycji, co w konsekwencji oznacza, iż na etapie ofertowania obowiązany byłby do oszacowania nieznanych i niemożliwych do identyfikacji ryzyk. Taka sytuacja determinuje, iż koszty związane z tym elementem każdy z oferentów mógłby oszacować na odmiennym poziomie, co jest sytuacją niekorzystną dla samego Zamawiającego, narażającego się na uzyskanie nieporównywalnych ofert. Kalkulacja nieznanych do oszacowania ryzyk związanych z elementami możliwymi do identyfikacji dopiero na etapie realizacji zamówienia jest praktyką sankcjonowaną również w ramach orzecznictwa dotyczącego postępowań prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Tytułem przykładu można w tym kontekście wskazać na wyrok Izby w sprawie KIO 437/16, potwierdzony następnie przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Tak KIO, jak i Sąd uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z okoliczności identyfikowalnych dopiero na etapie realizacji zamówienia, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę ryzyko związane z tymi okolicznościami, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Warto podkreślić, że Sąd akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie a priori, iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z uwarunkowań wykrytych w ramach budowy inwestycji nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

4. W aspekcie niniejszego zarzutu, koszty związane z usuwaniem infrastruktury kolizyjnej mogą sięgać nawet kilkuset tysięcy złotych, które to koszty potęgowane są również przez wzgląd na konieczność uzgadniania sposobu ich usunięcia z gestorami sieci. W

przypadku bowiem stwierdzenia kolizji wykonawca będzie musiał pozyskać warunki przebudowy od gestora danej sieci, na które to warunki będzie miał ograniczony wpływ. Koszty te generują tak duże ryzyko również przez to, że sieci wodociągowe, energetyczne czy inne, występujące na linii planowanej inwestycji mogą być miejscami bardzo zagęszczone.

5. Istotność wskazywanego zagadnienia i zasadność zarzutu podnoszonego w tym aspekcie dostrzega zresztą sam Zamawiający, który na innych inwestycjach prowadzonych przez siebie w formule „zaprojektuj i wybuduj” stosował mechanizmy zwalniające wykonawców z konieczności ponoszenia nieznanych w tym zakresie ryzyk. Tytułem przykładu wskazał zadanie pn. Prace na linii kolejowej (...) T. - Z. na odcinku O. – C. w ramach projektu POIiŚ 2014-2020 nr 5.1-12 pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku T. - O. – C.”, gdzie Zamawiający zastosował mechanizm rozliczenia obmiarowego usunięcia kolizji z wszystkimi sieciami. Podobnie, w przypadku postępowania na opracowanie dokumentacji i wykonanie robót budowlanych - wymiana nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej (...) N.-O.(2) realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja linii kolejowej (...) N. – O.(2)”, gdzie wniesione zostało odwołanie dotyczące identycznego postanowienia PFU jak w niniejszym przypadku, Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie rozpoznawane pod sygnaturą KIO 1749/17.

6. Zamawiający nie sprostął w zakresie dotyczącym usuwania kolizji z innymi sieciami obowiązkowi prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, przerzucając w sposób nieuprawniony ryzyko w tym zakresie na wykonawców. Tym samym naruszone zostały przepisy ustawy Pzp i KC wyszczególnione w petitum odwołania.

7. W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści siwz poprzez:

- zdefiniowanie wszystkich kolizji koniecznych do usunięcia w ramach zamówienia;
- modyfikację pkt 3.6.11. PFU poprzez wskazanie, iż w ramach Ceny i Terminu Wykonania Umowy uwzględnić należy jedynie kolizje zidentyfikowane w treści PFU, tj. nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca w ramach Ceny i Terminu Wykonania Umowy uwzględni usunięcie kolizji w lokalizacjach wskazanych w treści PFU, W przypadku wystąpienia kolizji w innych lokalizacjach, terminy umowne i wynagrodzenie Wykonawcy zostaną odpowiednio zmodyfikowane
- uzupełnienie Rozbicia Ceny Ofertowej o pozycję dotyczącą rozliczenia usunięcia kolizji z wszystkimi sieciami wraz z określeniem kwoty, która będzie rozliczana.

II.2. Ryzyko związane z niewłaściwym oszacowaniem zakresu prac

1. W § 30 ust. 6 Warunków Umowy, stanowiących Tom II siwz, Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym: „Brak dokładności lub niewłaściwe oszacowanie zakresu prac i robót budowlanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym lub Rozbiciu Ceny

Ofertowej nie będzie miało żadnego wpływu na ważność Umowy oraz nie zwolni Wykonawcy z wykonania przedmiotu Umowy, jak również nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń ze strony Wykonawcy".

Powyższe postanowienie, zdaniem Odwołującego stanowi próbę przerwania wszelkich uchybień w obowiązkach ciążących na Zamawiającym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Taka praktyka, zgodnie z cytowanym na wstępie orzecznictwem KIO jest niedopuszczalna, także w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, która zakładając co prawda pewną dozę niedoprecyzowania w opisie przedmiotu zamówienia, mimo wszystko wymaga aby dane wyjściowe, które przekazywane są przez Zamawiającego cechowały się precyzyjnością, zgodnie z wytycznymi zdefiniowanymi w ustawie Pzp. Na podstawie danych przekazywanych przez Zamawiającego w ramach PFU, Wykonawcy dokonują bowiem wyceny swojej oferty, stąd też późniejsze podważenie tych podstaw przy jednoczesnym pozbawieniu możliwości wysuwania roszczeń w tym zakresie stanowi wyraz przerzucenia nadmiernych ryzyk na wykonawców. Jeśli jakiś element na podstawie którego wykonawcy przygotowywali swoją ofertę, został opisany przez zamawiającego w sposób niedokładny, co w konsekwencji spowoduje nieprzewidziane zmiany, chociażby w zakładanych kosztach realizacji umowy, to wykonawcom powinien przysługiwać mechanizm umożliwiający wyegzekwowanie odpowiedzialności za takie uchybienie od Zamawiającego.

3. Jednocześnie, powyższe postanowienie stanowi wyraz braku spójności z pozostałą treścią Wzoru Umowy. Przykładowo w § 32 ust. 5 pkt 2) Wzoru Umowy przewidziano możliwość zmiany umowy w wypadku wystąpienia nieprzewidzianych w SIWZ warunków archeologicznych, technicznych, terenowych i wodnych. Pomimo więc, że Zamawiający dostrzega znaczne ryzyko ciążące na wykonawcach chociażby w zakresie niedoprecyzowań związanych z warunkami archeologicznymi, technicznymi czy terenowymi, przez wzgląd na kwestionowaną ogólną klauzulę zwalniającą go z odpowiedzialności za niedoprecyzowania istniejące w PFU, zdaniem Odwołującego, powołując się na jej treść, Zamawiający może pozbawić wykonawców powyższego mechanizmu zabezpieczającego ich interesy, czyniąc de facto treść § 32 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, postanowieniem iluzorycznym .

4. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnioskuje o modyfikację treści siwz poprzez usunięcie postanowienia znajdującego się w § 30 ust. 6 Wzoru Umowy.

II.3. Postanowienia dotyczące gwarancji jakości

1. W ramach § 31 Wzoru Umowy, regulującego kwestie związane z rękojmią za wady i gwarancją jakości, Zamawiający wprowadził m.in. następujące postanowienia:

- § 31 ust. 14 Warunków Umowy - „W przypadku nieprzystąpienia przez Wykonawcę do usuwania zgłoszonych wad lub usterek w terminie (w szczególności wynikającym z karty gwarancyjnej lub z ustaleń Stron) lub w przypadku konieczności natychmiastowego usunięcia wad lub usterek, Zamawiający będzie uprawniony według swojego wyboru do usunięcia wad lub usterek we własnym zakresie lub do zlecenia ich usunięcia innemu podmiotowi, a koszty z tym związane pokryje z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 6 Umowy lub żądając od Wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów. W przypadku gdy koszty usunięcia wad lub usterek przewyższają kwotę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Zamawiający uprawniony jest do żądania zwrotu poniesionych kosztów, w części w jakiej nie zostały one pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”;

- § 31 ust. 17 Warunków Umowy - „Zamawiający może zażądać usunięcia wad lub usterek w sposób przez siebie określony, a Wykonawca związany jest żądaniem Zamawiającego”

2. Powyższe postanowienia, przyznając Zamawiającemu tak szerokie i jednocześnie nie skatalogowane kompetencje w zakresie decydowania o wykonawców z udzielonych zobowiązań gwarancyjnych, nieproporcjonalnym przerzuceniu ryzyka kontraktowych na nieprecyzyjności w opisie przedmiotu zamówienia w tym wypaczają w konsekwencji ideę zobowiązań gwarancyjnych, które stanowią rodzaj zobowiązania, w którym wykonawca robót podejmuje się naprawy lub wymiany elementów rzeczy będącej przedmiotem umowy. W przedmiotowym przypadku, pomimo podjęcia się zobowiązania gwarancyjnego w danym zakresie, Wykonawcy mogą zostać dodatkowo obciążeni kosztami dokonanych napraw, bez względu na swój przejaw aktywności w tym zakresie. Co istotne, nie zostało zdefiniowane co Zamawiający rozumiał będzie przez przypadki kwalifikujące się do „natychmiastowego usunięcia wad i usterek”, które miałyby być usuwane na koszt wykonawcy, poza obciążającymi go zobowiązaniami gwarancyjnymi. Innymi słowy, pomimo przyjęcia na siebie zobowiązania do usunięcia zidentyfikowanych wad (i ponoszonych w tym zakresie kosztów), wykonawcy niezależnie mieliby zostać obciążeni kosztami napraw zleczanych innym podmiotom, względnie usuwanych przez samego Zamawiającego, bez wpływu na decyzje w przedmiocie kwalifikacji tych wad, ich rozmiaru i sposobu naprawy.

3. Podobnie w przypadku postanowienia zawartego w § 31 ust. 17 Warunków Umowy, wykonawcy byliby zmuszeni do przyjęcia zobowiązania do usuwania wad, pozbawiając się jakiegokolwiek wpływu na sposób realizacji ciężącego na nich zobowiązania. Zamawiający poprzez wskazane postanowienie nie precyzuje tym samym, jakie zobowiązanie w zakresie sposobu usuwania wad, potencjalni wykonawcy mieliby na siebie przyjąć i jakie ryzyko z tym związane mieliby skalkulować. Zamawiający nie dając żadnych wytycznych w tym zakresie,

nie wyklucza zaistnienia takiej sytuacji, w której wybór sposobu dokonania usunięcia wad nie byłby sposobem najbardziej efektywnym czy prawidłowym pod względem technologicznym, pozostawiając katalog zobowiązań gwarancyjnych katalogiem zupełnie nieograniczonym. W tym kontekście, podkreślić należy, iż ustawodawca wprowadzając do kodeksu cywilnego postanowienia dotyczące gwarancji jakości, nadając im co prawda charakter dyspozytywny, wskazał na pewne wytyczne dotyczące podejmowanych zobowiązań gwarancyjnych, stanowiące wzorzec pewnego rodzaju wzorzec respektujący zasady słuszności, wśród których wskazano na jasność i zrozumiałość (art. 577(1) §1 KC), jak również konieczność konkretyzacji uprawnień związanych z udzieloną gwarancją (art. 577(1) § 2 KC). Powyższe postulaty związane z konkretyzacją i precyzją, poprzez powyższe blankietowe postanowienia narzucone przez Zamawiającego, nie zostały zdaniem Odwołującego, wdrożone przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego Postępowania, co generuje ryzyko nadużywania przez niego jego praw podmiotowych.

4. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o:

- usunięcie z treści § 31 ust 14 Warunków Umowy fragmentu o treści „lub w przypadku konieczności natychmiastowego usunięcia wad lub usterek”, a w konsekwencji nadanie mu następującego brzmienia: „W przypadku nieprzystąpienia przez Wykonawcę do usuwania zgłoszonych wad lub usterek w terminie (w szczególności wynikającym z karty gwarancyjnej lub z ustaleń Stron) Zamawiający będzie uprawniony według swojego wyboru do usunięcia wad lub usterek we własnym zakresie lub do zlecenia ich usunięcia innemu podmiotowi, a koszty z tym związane pokryje z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 3 Umowy lub żądając od Wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów. W przypadku gdy koszty usunięcia wad lub usterek przewyższać będą kwotę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Zamawiający uprawniony jest do żądania zwrotu poniesionych kosztów, w części w jakiej nie zostały one pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy”;
- usunięcie postanowienia zawartego w § 31 ust. 17 Warunków Umowy.

II.5. Sztywne daty pośrednie i daty zakończenia robót

1. W ramach § 26 ust. 1 Wzoru Umowy, Zamawiający określił etapy (kamienie milowe) oraz termin zakończenia realizacji inwestycji, określając je w przeważającej części datami dziennymi. Taka konstrukcja określania etapów realizacji zamówienia nie uwzględnia specyfiki realizacji inwestycji o takim charakterze i utrudnia egzekwowanie możliwości zmiany umowy w zakresie terminów realizacji przewidzianych w § 32 ust. 4 Wzoru Umowy, dotyczących procedury uzyskiwania wszelkiego rodzaju pozwoleń i uzgodnień. Przy zastosowanej konstrukcji dat kalendarzowych trudno bowiem wykazać o jaki konkretnie okres czasu termin realizacji określony datą kalendarzową miałby zostać przesunięty w związku z datą procedurą.

3. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, że termin wykonania zamówienia jest jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy (por. wyrok KIO 1488/17). W przypadku ustalenia terminów pośrednich oraz terminu zakończenia realizacji inwestycji w sposób „sztywny” jako datę kalendarzową, Zamawiający, nie uwzględnia zdaniem Odwołującego wszelkich okoliczności i zmiennych mogących mieć wpływ na możliwość zachowania tych terminów.

4. W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację § 26 ust. 1 Wzoru Umowy poprzez określenie poszczególnych etapów i daty zakończenia realizacji zamówienia jako okresu w tygodniach/ miesiącach liczonych od dnia podpisania umowy, tj. nadanie mu następującego brzmienia:

Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy (kamienie milowe) które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

- 1) Przekazanie Koncepcji Programowo - Przestrzennej - 35 dni po podpisaniu umowy,
- 2) Przekazanie dokumentami projektowej, w tym uzyskanie:
 - ostatecznej decyzji środowiskowej (o ile będzie wymagana) —~~01.12.2018r.~~ w ciągu 48 tygodni od daty rozpoczęcia,
 - ostatecznej decyzji pozwalającej na rozpoczęcie robót budowlanych (pozwolenia na budowę /zgłoszenie) - ~~01-02-2019r.~~ w ciągu 57 tygodni od daty rozpoczęcia
- 3) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych toru nr 8,10 stacji Idzikowice - ~~w terminie do 29.09.2018 r.~~ (zamknięcia całodobowe) w ciągu 39 tygodni od daty rozpoczęcia,
- 4) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych toru 12,14 stacji Idzikowice - ~~w terminie do 13.10.2018r.~~ (zamknięcia całodobowe) w ciągu 41 tygodni od daty rozpoczęcia,
- 5) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych na torach głównych zasadniczych i dodatkowych nr: 1, 3, 5, 11, 13, 31 w całodobowych zamknięciach torowych - ~~16.07.2019r.~~, w ciągu 80 tygodni od daty rozpoczęcia,
- 6) Przeprowadzenie i zakończenie wymiany rozjazdów w torach nr: 1 i 2 dla prędkości konstrukcyjnej 250 km/h w całodobowych zamknięciach torowych - ~~16.07.2019r.~~, w ciągu 80 tygodni od daty rozpoczęcia,
- 7) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych na torach nr: 2, 4, 6, w tym min.: roboty torowe, srk, sieć trakcyjna,

elektroenergetyka, teletechnika i telekomunikacja -~~16.07.2019r.~~, w ciągu 80 tygodni od daty rozpoczęcia,

8) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych sieci trakcyjnej -~~14.12.2019 r.~~, w ciągu 102 tygodni od daty rozpoczęcia,

9) Przeprowadzenie i zakończenie robót wraz z przeprowadzeniem odbiorów eksploatacyjnych urządzeń srk - 30.bt.-2019r, w ciągu 100 tygodni od daty rozpoczęcia,

10) Budowa nowego budynku nastawni z przeprowadzeniem odbioru eksploatacyjnego wraz z instalacjami, wewnętrznymi urządzeniami srk oraz teletechnicznymi i telekomunikacyjnymi - ~~30.11.2019r.~~, w ciągu 100 tygodni od daty rozpoczęcia,

11) Przeprowadzenie odbioru końcowego wraz z przekazaniem zaakceptowanej pełnej dokumentacji powykonawczej, operatu kolaudacyjnego oraz dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie do dnia ~~16.06.2020r.~~ w ciągu 128 tygodni od daty rozpoczęcia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosnie zarzutu dot. zapisów PFU w zakresie kolizji z sieciami zewnętrznymi i kwestionowaniem pkt 3.6.11 stwierdził, że w sprawie niniejszej kluczowe znaczenie ma okoliczność, iż inwestycja realizowana będzie w formule projektuj i buduj, a zgodnie z PFU to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek zidentyfikowania na etapie projektowania wszystkich możliwych kolizji z istniejącą infrastrukturą.

Zgodnie z pkt 3 PFU „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia”.

Co więcej PFU zakłada, że w skład dokumentacji wykonawczej wchodzić będzie dokumentacja opisująca rozwiązania usunięcia zidentyfikowanych kolizji przykładowo wskazać pkt 3.2.3 pkt 4) OPZ: „Projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego i powinien zawierać m.in.: inne projekty specjalistyczne posiadające wszystkie niezbędne uzgodnienia (projekty technologiczne, projekty zabezpieczenia wykopów, projekty organizacji ruchu kolejowego – fazowania robót w czasie realizacji, projekty czasowej stałej organizacji ruchu drogowego (pieszego), projekty usunięcia kolizji z urządzeniami infrastruktury podziemnej, itp.).”

Też pkt 3.6 PFU: „Roboty budowlane: Zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania w podziale branżowym: Kolizje z sieciami zewnętrznymi.”

Zgodnie z pkt 3.2.6 ppkt 4 PFU projekt wykonawczy powinien zawierać m.in. projekty usunięcia kolizji z urządzeniami infrastruktury podziemnej.

W związku z powyższym przerzucanie na zamawiającego obowiązku zidentyfikowania wszystkich kolizji raz zmianę PFU w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy będzie obejmowało jedynie kolizje w PFU przeczy zasadom realizacji inwestycji w formule „projektuj i buduj” tj. pod klucz.

Założenia zamówienia zakładają, iż wykonawca na podstawie opisanych w PFU oczekiwań co do ostatecznego kształtu i zakresu inwestycji wykona prace projektowe oraz roboty budowlane umożliwiające osiągnięcie zakładanego przez zamawiającego rezultatu. W ocenie zamawiającego zastosowana przez niego konstrukcja jest właściwa ze względu na charakter i rangę zamówienia. Regulacja pkt 3.6.11 PFU wymuszać będzie na wykonawcy dokonania na etapie przedprojektowym dokładnego zinventaryzowania terenu tak, aby na etapie realizacyjnym nie generować dodatkowych kosztów związanych z brakiem należytej staranności przy analizowaniu terenu robót. W ocenie zamawiającego powyższe jest korzystne dla obu stron, gdyż minimalizuje ryzyko roszczeń wykonawcy w ww. zakresie.

Zamawiający kwestionuje twierdzenie odwołującego, że ww. regulacja powoduje niemożliwość oszacowania ceny oferty otrzymanie nieporównywalnych ofert. Z uwagi na określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu ważne oferty mogą złożyć jedynie podmioty posiadające wiedzę i doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji. Zamawiający zakłada, iż wykonawcy ci są w stanie – na podstawie posiadanego doświadczenia oraz dysponując wyspecjalizowaną kadrą – określić zakres oraz rodzaj kolizji z istniejącą infrastrukturą przy tego rodzaju zamówieniach na podstawie udostępnianych dokumentów. Co więcej, wykonawcom przysługuje uprawnienie do dokonania wizji lokalnej, która zwiększa szanse na wydedukowanie informacji w powyższym zakresie. Zamawiający stoi na stanowisku, iż omawiana okoliczność mieści się w granicach racjonalnego ryzyka biznesowego wykonawcy. Każdy z podmiotów biorących udział w postępowaniach w sprawie zamówień publicznych szacuje, przyjmując mniejszy lub większy margines błędu, ryzyko wystąpienia podczas budowy różnego rodzaju okoliczności. Niemniej jednak powyższe nie uniemożliwia mu dokonania kalkulacji ceny. W praktyce większość wykonawców dokonuje wyliczeń na podstawie danych otrzymanych na podstawie analizy wcześniejszych, zrealizowanych inwestycji.

W świetle powyższego uzasadnienie odwołania w tym zakresie jest nieuzasadnione.

Zamawiający wskazuje również, iż wartość prac związanych z usuwaniem kolizji stanowi wartość mniej niż 1% wartości całego zamówienia. W związku z tym odmienne założenia w zakresie oszacowania przez wykonawców ryzyka wystąpienia kolizji nie będzie rzutować znacząco na wysokość oferowanych cen, a zatem nie dojdzie do nieporównywalności ofert.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający na innych inwestycjach prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj” stosował mechanizmy

zwalniające wykonawców z konieczności ponoszenia nieznanych w tym zakresie ryzyk, zamawiający wskazał, że wszystkie inwestycje prowadzone są na podstawie brzmienia tzw. dokumentacji bazowej, która jest modyfikowana na potrzeby realizacji konkretnego postępowania. Na podstawie ww. dokumentacji prowadził postępowania związane z realizacją inwestycji pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 3 CMK”, w których brał udział odwołujący, a wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu nie kwestionowali ww. zapisu PFU. Wskazał na 4 postępowania, z których odwołujący jest wybranym wykonawcą w 1 postępowaniu, a przystępujący P. w trzech postępowaniach.

Odnosnie zarzutu dotyczącego ryzyka związanego z niewłaściwym oszacowaniem zakresu prac wskazującego na fragment § 30 ust. 6 wzoru umowy o treści:

„Brak dokładności lub niewłaściwe oszacowanie zakresu prac i robót budowlanych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym lub Rozbiciu Ceny Ofertowej nie będzie miało żadnego wpływu na ważność Umowy oraz nie zwolni Wykonawcy z wykonania przedmiotu Umowy, jak również nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń ze strony Wykonawcy”, zamawiający wskazuje, że odwołujący pominął okoliczność, iż przedmiotowa inwestycja będzie realizowana w formule „projektuj i buduj”, a zatem to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek określenia zakresu prac niezbędnych do wykonania. Informacje zawarte w PFU mają charakter poglądowy, ogólny oraz stanowią opis oczekiwań zamawiającego względem realizowanej inwestycji.

Wskazał na pogląd w orzecznictwie.

Usunięcie ww. fragmentu z wzoru umowy będzie powodować, iż zamawiający będzie ponosił konsekwencje związane z niedokładnym i nienależytym wykonaniem prac związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej, Taki rozwiązanie przeczy założeniom realizacji inwestycji „pod klucz”. W świetle powyższego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzuty dotyczącego postanowienia o gwarancji jakości, w którym odwołujący kwestionuje § 31 ust. 14 warunków umowy o brzmieniu:

- „W przypadku nieprzystąpienia przez Wykonawcę do usuwania zgłoszonych wad lub usterek w terminie (w szczególności wynikającym z karty gwarancyjnej lub z ustaleń Stron) lub w przypadku konieczności natychmiastowego usunięcia wad lub usterek, Zamawiający będzie uprawniony według swojego wyboru do usunięcia wad lub usterek we własnym zakresie lub do zlecenia ich usunięcia innemu podmiotowi, a koszty z tym związane pokryje z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, o którym mowa w § 6 Umowy lub żądając od Wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów. W przypadku gdy koszty usunięcia wad lub usterek przewyższają kwotę zabezpieczenia należytego wykonania Umowy,

Zamawiający uprawniony jest do żądania zwrotu poniesionych kosztów, w części w jakiej nie zostały one pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy"; zamawiający zacytował ocenę regulacji i stwierdził, że argumentacja odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w literalnym brzmieniu cytowanego paragrafu wzoru umowy. Zamawiający zauważa, że procedura z powołanego zapisu umowy będzie możliwa do zastosowania w przypadku"

- nieprzystąpienia przez wykonawcę do usuwania zgłoszonych wad lub usterek w terminie (w szczególności wynikających z karty gwarancyjnej lub z ustaleń Stron)

- lub w przypadku konieczności natychmiastowego usunięcia wad lub usterek.

Pierwsza z ww. sytuacji jest immanentnie związana z aktywnością wykonawcy przejawiającą się brakiem podjęcia stosownych działań zmierzających do usunięcia wad i usterek. Termin ich usunięcia wynikać będzie albo z przedłożonych kart gwarancyjnych lub z umowy / ustaleń stron.

Z drugą sytuacją będziemy mieć do czynienia, gdy konieczność usunięcia wad lub usterek będzie związana z nagłą sytuacją, a potrzeba niezwłocznego doprowadzenia obiektu do stanu używalności będzie wiązać się z udrożnieniem szlaków kolejowych, do czego będziemy mieć do czynienia w przypadku awarii lub katastrofy, Zamawiający zauważa, że niezasadne skorzystanie z uprawnienia, o który mowa w ww. regulacji będzie uprawniało wykonawcę do dochodzenia odszkodowania od zamawiającego na zasadach ogólnych.

Zamawiający wskazuje, że modyfikacji ww. zapisu zgodnie z żądaniem odwołującego będzie niweczyć cel i sens jego wprowadzenia jaki było zmobilizowanie wykonawcy do podejmowania bez zbędnej zwłoki czynności naprawczy w ramach udzielonej gwarancji. Modyfikacja regulacji będzie rodzić ryzyko, iż wykonawca – wskutek braku określonych sankcji – nie będzie realizował obowiązków gwarancyjnych w sposób należyty..

Powyższe wynika wprost z załącznika nr 7 pkt 4 wzoru umowy (Karta gwarancyjna):

„Usunięci wadu lub usterki nastąpi na terenie, na którym były prowadzone roboty, chyba że do jej skutecznego usunięcia niezbędne będzie dokonanie tego w innym miejscu.

W ramach gwarancji wykonawca zobowiązuje się do usunięcia ujawnionych wad lub usterek fizycznych na własny koszt, w terminie określonym w pkt 5 poniżej, chyba że:

- Zamawiający i Wykonawca w protokole dotyczącym stwierdzenia wady lub usterki ustalą inny termin usunięcia wady lub usterki,

- ujawniona wada lub usterka może skutkować zagrożeniem dla życia lub zdrowia ludzi, zanieczyszczeniem środowiska, wystąpieniem szkody dla Zamawiającego lub osób trzecich, przerwy lub ograniczenia w ruchu pociągów lub będą miały miejsce inne przypadki niecierpiące zwłoki – wówczas Zamawiający będzie uprawniony według swojego wyboru do:

a/ usunięcia wady lub usterki we własnym zakresie lub

b/ do zlecenia jej usunięcia innemu podmiotowi,

- a koszty z tym związane pokryje z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 6 umowy lub żądając od wykonawcy zwrotu poniesionych kosztów. W przypadku gdy koszty usunięcia wady lub usterki przewyższać będą kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający uprawniony jest do żądania zwrotu poniesionych kosztów, w części w jakiej nie zostały one pokryte z zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

c/ żądania od wykonawcy przystąpienia do usuwania ujawnionej wady lub usterki niezwłocznie, lecz nie później niż w ciągu 24 godzin od chwili otrzymania zawiadomienia zamawiającego o ujawnieniu wady lub usterki oraz usunąć wadę lub usterkę w najwcześniejszym możliwym terminie, nie później jednak niż w ciągu _ dni od chwili otrzymania zawiadomienia zamawiającego o ujawnieniu wady lub usterki.”

Odnośnie zarzutu dotyczącego sztywnych dat pośrednich i dat zakończenia robót zamawiający wskazał, że okoliczność określenia terminów realizacji inwestycji (kamienie milowe) przez datyienne nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Powyższe może stanowić pewna niedogodność dla wykonawców, jednak mieści się w granicach swobody umów i jest często stosowanym zabiegiem zwłaszcza w przypadku inwestycji realizowanych ze środków unijnych , gdy zachodzi konieczność rozliczania poszczególnych prac na podstawie harmonogramu.

Zamawiający wskazuje nadto, że określone daty przypadają na końcówkę 2018 r. – 2020 r, w związku czym należy przyjąć, że zamawiający ustalając ww. daty wziął pod uwagę ryzyko związane z przedłużeniem się postępowania przetargowego, a zatem zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że zarzut, oznaczony II.4, wobec zmiany specyfikacji w tym zakresie, wycofuje. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty, żądania i argumentacje odwołania.

Zarzut II.1, dotyczący kolizji z sieciami zewnętrznymi, podtrzymał i stwierdził, że zaprojektowanie usunięcia kolizji, wymaga uzyskania od Zamawiającego określonych danych. Zauważył, że informacjami o sieciach zewnętrznych dysponuje wyłącznie Zamawiający, a sugerowana przez Zamawiającego wizja lokalna nie pozwoli na uzyskanie niezbędnych informacji, gdyż większość sieci jest zlokalizowana pod ziemią. Złożył do akt dokument z informacją o zmianie specyfikacji w analogicznym postępowaniu (Nysa-Opole), w którym Zamawiający uwzględnił żądania, dotyczące postępowania, w związku z kolizjami z

sieciami zewnętrznymi. Powyższe było wynikiem uwzględnienia analogicznych zarzutów w analogicznym postępowaniu.

Zarzut II.2, dotyczący par. 30 ust. 6 wzoru umowy Odwołujący podtrzymał. Wskazał na ryzyko w oszacowaniu zakresu prac. Podkreślił nierówność stron, w tym uprzywilejowanie Zamawiającego i stwierdził, że utrzymanie zapisu utrudni właściwe prowadzenie inwestycji.

Zarzut II.3 (gwarancja jakości) podtrzymał w całości z argumentacją z odwołania, podkreślając nieuzasadnione uprawnienia Zamawiającego co do decyzji o sposobie usunięcia usterek. Złożył do akt postanowienia z analogicznego postępowania, w którym w subklauzuli 11.1 (str. 6 dokumentu), Zamawiający uwzględnił żądania wykonawcy. Wniósł o uwzględnienie takich postanowień w niniejszym postępowaniu.

Odnosnie kolizji zauważył także, że skala zjawiska nie ma znaczenia przy ocenie zasadności stanowiska. Przypomniął, że Zamawiający jest w stanie podać informacje, dotyczące sieci zewnętrznych. Zauważył, że w umowie nie przewidziano, jako przesłanki jej zmiany, faktu ujawnienia kolizji. Podtrzymał twierdzenie o analogii postępowania z innymi, wskazanymi jako przykłady. Podkreślił zakres zadań i kosztów ponoszonych przy projektowaniu prac i występujących kolizjach. Dodatkowo przypomniał, iż w zakresie gwarancji przedstawił alternatywny sposób uwzględnienia zarzutu i zauważył przy tym, że to wykonawca jest gwarantem i to do niego z zasady należy usunięcie wady.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przypomniął, że postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj. W tym stanie, to wykonawca tworzący projekt, jest zobowiązany do uzyskania aktualnej dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej. Przypomniął, że wartość prac, wynikających z istnienia ewentualnych kolizji, jest z uwagi na wartość zamówienia marginalna i stanowi poniżej 1% wartości przedmiotu zamówienia. Przypomniął także charakter i obszar prac objętych projektem. Złożył do akt oświadczenie Zamawiającego o braku problemów, związanych z usunięciem kolizji, w toku realizacji kontraktu, realizowanego przez Odwołującego, a wskazanego w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że wskazane przez Odwołującego inne postępowania z postanowieniami dotyczącymi kolizji, nie powinny być uwzględniane w niniejszym postępowaniu, szereg takich postanowień było nieuzasadnionych i nie prowadziło do racjonalnego zakończenia („ślepa uliczka”).

Odnosnie zarzutu II.2 wskazuje na postanowienia § 32 wzoru umowy, opisujące możliwości zmiany umowy, w razie zmiany określonych okoliczności. Podniesione zarzuty, dotyczące § 30 ust. 6 ocenił, jako obronę Odwołującego przed skutkami niewłaściwego oszacowania ceny ofertowej.

Oдноśnie zarzutu II.3 wskazał na szczególne okoliczności, dotyczące nadzwyczajnego usuwania usterek, z powołaniem na postanowienia karty gwarancyjnej, stanowiącej załącznik 7 wzoru umowy. Zauważył także, iż żądanie Odwołującego uległo zmianie i w miejsce wykreślenia postanowienia, Odwołujący oczekuje zmiany, z uwzględnieniem treści złożonego dokumentu (subklauzula 11.1). Dokument ten zawiera również szerokie uprawnienia Zamawiającego z tytułu realizacji roszczeń gwarancyjnych.

Podtrzymał stanowisko, iż celowe jest ustalenie terminów realizacji, ze wskazaniem dat kalendarzowych, z uzasadnieniem przedstawionym w piśmie. Wskazał na brak uzasadnienia przez Odwołującego, sugerowanych przez niego terminów realizacji, niezgodnych z podanymi kalendarzowymi datami.

Wskazał na naturalny zakres ryzyka, wynikający z przyjętej formuły, a także treść PFU w pkt 2.2.2 zawierającej opis stanu istniejącego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, który to interes przy podnoszeniu zarzutów wobec postanowień siwz rozumieć należy możliwie szeroko.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, że kwestionowane treści siwz naruszają przepisy ustawy pzp i kodeksu cywilnego, a także zasady określone w art. 7 ustawy pzp.

Oдноśnie zarzutu dot. zapisów PFU w zakresie kolizji z sieciami zewnętrznymi i kwestionowaniem pkt 3.6.11 należy przyznać rację zamawiającemu, że w sprawie niniejszej kluczowe znaczenie ma okoliczność, iż inwestycja realizowana będzie w formule projektuj i buduj, a zgodnie z PFU to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek zidentyfikowania na etapie projektowania wszystkich możliwych kolizji z istniejącą infrastrukturą, co jest naturalnym elementem prac projektowych. Wskazuje na to m. in. postanowienie PFU, w którym wskazano, że „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia”. Nadto w skład dokumentacji wykonawczej wchodzić ma dokumentacja opisująca rozwiązania usunięcia zidentyfikowanych kolizji np. pkt 3.2.3 pkt 4) OPZ: „Projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego i powinien

zawierać m.in.: inne projekty specjalistyczne posiadające wszystkie niezbędne uzgodnienia (projekty technologiczne, projekty zabezpieczenia wykopów, projekty organizacji ruchu kolejowego – fazowania robót w czasie realizacji, projekty czasowej stałej organizacji ruchu drogowego (pieszego), projekty usunięcia kolizji z urządzeniami infrastruktury podziemnej, itp.)” Potwierdzają to również postanowienia PFU w pkt: „Roboty budowlane: Zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania w podziale branżowym: Kolizje z sieciami zewnętrznymi.”, a zgodnie z pkt 3.2.6 ppkt 4 PFU projekt wykonawczy powinien zawierać m.in. projekty usunięcia kolizji z urządzeniami infrastruktury podziemnej.

W związku z powyższym żądanie, by to zamawiający opisał wszystkie kolizje samo w sobie jest niezgodne z przyjętą formułą „projektuj i buduj”. Niezależnie od powyższego można zauważyć, że sam zamawiający nie musi dysponować pełną wiedzą o istniejących na jego terenie sieciach i instalacjach podmiotów trzecich, co jest domena właściwych jednostek (instytucji) dysponujących zasobem geodezyjno-kartograficznym.

W tym świetle twierdzenie o niemożności poprawnego skalkulowania ceny jest nieuzasadnione, a ewentualne ryzyka w tym zakresie dotyczyć mogą w takim samym zakresie wszystkich zainteresowanych wykonawców.

Odnośnie zarzutu dotyczącego ryzyka związanego z niewłaściwym oszacowaniem zakresu prac wskazującego na fragment § 30 ust. 6 wzoru umowy istotne jest przypomnienie formuły przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek określenia zakresu prac niezbędnych do wykonania. Informacje zawarte w PFU mają charakter poglądowy, ogólny oraz stanowią opis oczekiwań zamawiającego względem realizowanej inwestycji.

Usunięcie kwestionowanego przez odwołującego fragmentu z wzoru umowy może spowodować, iż zamawiający będzie ponosił konsekwencje związane z wykonaniem prac projektowych. W świetle powyższego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego gwarancji jakości, w którym odwołujący kwestionuje § 31 ust. 14 warunków umowy stwierdzić należy że kwestionowana i cytowana procedura dotyczy wyłącznie określonych okoliczności i pomija podstawowe sytuacje opisujące zasady realizacji roszczeń z tytułu gwarancji, jakie są określone zarówno w postanowieniach umowy, jak i załączonej karty gwarancyjnej, które to zdarzenia należy oceniać w pełnym kontekście. Zarzut dotyczący ustalenia gwarancji na rozjazdy wobec zmiany siwz i cofnięcia go przez odwołującego, nie podlega rozpatrzeniu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego dat pośrednich i dat zakończenia określonych datami kalendarzowymi, należy wskazać że okoliczność określenia terminów realizacji inwestycji (kamienie milowe) przez daty dzienne nie stanowi naruszenia przepisów prawa, mieści się w granicach swobody umów i jest często stosowane w praktyce kontraktowej.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu, a zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: