

Sygn. akt: KIO 2180/16

**WYROK**  
**z dnia 6 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.11.2016 r. przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POIiŚ 5.2-9 pn. „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – Etap I – część przejazdowa” (numer referencyjny postępowania 6060/ICZ 4/21286/09049/16/P).

przy udziale wykonawcy **Scheidt & Bachmann Polska Spółka z o.o., ul. Wąska 15, 62-030 Luboń** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2180/16**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POliŚ 5.2-9 pn. „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – Etap I – część przejazdowa” (numer referencyjny postępowania 6060/ICZ 4/21286/09049/16/P).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 03.11.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 05.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 214 – 390139.

W dniu **07.11.2016 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17.11.2016 r.** wobec postanowień SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

art. 353 z indeksem 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp);

art. 387 § 1 kc, w związku w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp;

art. 22 ust. 1 a Pzp;

art. 29 ust. 1 Pzp;

art. 647 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp

art. 7 ust. 1 Pzp

Jednocześnie wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) zmiany postanowień SIWZ w sposób eliminujący zastrzeżenia szczegółowo opisane w uzasadnieniu niniejszego odwołania, tj. zmiany:

- Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) w zakresie pkt 6.5 ppkt 10 str. 54 oraz pkt 5.6 str. 35 w sposób eliminujący przerzucenie na Wykonawcę ryzyka związanego z długimi terminami wykonania przyłączy w szczególności poprzez umożliwienie przedłużenia terminów realizacji poszczególnych kamieni milowych oraz Czasu na Ukończenie w przypadku, gdy termin wykonania przyłącza uniemożliwia zrealizowanie przez Wykonawcę robót w terminach umownych;
- Warunków Szczególnych Umowy w sposób eliminujący wątpliwości, co do wymaganej liczby osób na stanowisko kierowników robót;
- Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) w zakresie pkt 4.4.1.3, poprzez wprowadzenie (w miejsce dotychczasowych) realnych terminów poprawienia dokumentacji i/lub ponownego przedłożenie dokumentacji tj. przedłużenie terminu co najmniej do 14 dni;
- Subklauzuli 8.7 lit. s Warunków Szczególnych Umowy, informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu ) ( ) - Wykonawca powinien otrzymać taką informację co najmniej na 5 dni przed odbyciem posiedzenia;
- Subklauzuli 8.7 lit. u Warunków Szczególnych Umowy, poprzez wprowadzenie informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Kierownika Budowy z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni.

W ramach uzasadnienia Odwołujący odniósł się kolejno do następujących postanowień SIWZ.

1. Wskazał, iż w Programie funkcjonalno - użytkowym (PFU) - p. 6.5 ppkt 10 str. 54, został umieszczony zapis, zgodnie z którym: „W przypadku zaprojektowania zasilania z przyłącza OSD Wykonawca jest zobowiązany do monitorowania sprawy terminowej zabudowy przyłącza przez operatora. Długi termin wykonania przyłącza przez OSD nie upoważnia Wykonawcy do wydłużenia Czasu na Ukończenie, ani do dodatkowej zapłaty. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęcie takich rozwiązań projektowych, które pozwolą mu na terminowe zrealizowanie zadania.”

Jak wskazał Odwołujący z kolei w p. 5.6 str. 35 PFU został umieszczony zapis, zgodnie z którym: „Wykonawca w ramach kontraktu musi tak zaprojektować urządzenia, aby możliwe było doprowadzenie zasilania do przejazdu w terminie założonym przez Wykonawcę w Harmonogramie rzeczowo - finansowym. Problemy związane z długimi terminami realizacji przyłączy przez Operatorów Sieci Dystrybucyjnych stanowią ryzyko Wykonawcy i nie mogą

być podstawą do wydłużenia terminu realizacji poszczególnych przejazdów, bądź usprawiedliwieniem dla nie wykonania kamienia milowego. To Wykonawca realizujący zadanie w systemie „projektuj i buduj” musi podjąć takie działania i takie rozwiązania projektowe, które zagwarantują dostarczenie energii w terminie umożliwiającym przeprowadzenie wymaganych prób i odbiorów w założonych w harmonogramie terminach.” W p. 5.6 str. 36 PFU został umieszczony zapis: „Zamawiający wystąpił do operatorów energetycznych z wnioskami o podanie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznych oraz podpisał lub podpisał do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą część umów na realizację przyłączy. Pozyskane warunki stanowią załącznik nr I.8-V.8 do niniejszego PFU. Natomiast podpisane już umowy przyłączeniowe Zamawiający przekazał po podpisaniu umowy na roboty. Wykonawca uwzględni otrzymane warunki oraz umowy na etapie projektowania i realizacji inwestycji.”

W ocenie Odwołującego tym samym Zamawiający przerzucił na Wykonawcę wszelkie ryzyka związane z długimi terminami wykonania przyłączy. Jednakże, zapewnienie prądu leży po stronie Zamawiającego - to on podpisuje umowę z OSD. Jeżeli nie są znane terminy w jakich te przyłącza mają zostać wykonane (jest to arbitralnie narzucane przez przedsiębiorstwo energetyczne) to nie ma możliwości zrealizowania przedmiotu umowy w wyznaczonym terminie. Terminy wykonania przyłączy będą bowiem określone dopiero w umowie podpisywanej przez Zamawiającego z przedsiębiorstwem energetycznym - co potwierdzają sporządzone przez Zamawiającego warunki dokonania przyłączy.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że zgodnie z art. 353 z indeksem 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego; Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, 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; art. 647 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku:

- ponieważ przywołane zapisy PFU rażąco uprzywilejowują zamawiającego przyznając mu prawo egzekwowania terminu - Czasu na Ukończenie oraz sankcji za przekroczenie wzmiankowanego terminu, także w przypadkach, gdy jego niedotrzymanie będzie wynikać z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy doszło do naruszenia powołanego art. 353 z indeksem 1 kc; przepis ów został naruszony również dlatego, że prawo egzekwowania terminu - Czasu na Ukończenie oraz sankcji za przekroczenie wzmiankowanego terminu może być arbitralnie wykorzystywane przez zamawiającego w sposób krzywdzący dla wykonawcy, a ponadto znacząco utrudnia wykonawcy ocenę ryzyk związanych z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego
- ukształtowanie zapisów zawartych w PFU przez zamawiającego jest dla wykonawcy krzywdzące, jednocześnie nie dając mu pewności co do treści stosunku zobowiązaniowego z zamawiającym, a zatem miało miejsce naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp;
- ponieważ postanowienie nakłada na wykonawcę ryzyka związane z dokonaniem „czynności związanych z przygotowaniem robót” w rozumieniu art. 647 kc, a zatem doszło do naruszenia powołanego przepisu;

2. W dalszej części uzasadnienie wskazano, że w subklauzuli 6.8. Warunków Szczególnych Umowy są wskazani kierownicy robót różnych branż. Jeżeli wykonawca realizuje prace jednocześnie w kilku lokalizacjach (przejazdach) to musi mieć kierowników dla każdej lokalizacji. Przykładowo Wykonawca zobowiązany jest do jednoczesnej realizacji robót w branży srk, telekomunikacyjnej oraz energetycznej na przejazdach w km. 3,972, 5,562, 5,814 na linii 105, co oznacza że powinien dysponować kilkunastoma kierownikami robót. Takie wymaganie, w szczególności w porównaniu do innych tego typu kontraktów jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne.

W przedmiotowym przypadku:

- przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zadania Częściowego Wykonawca musi zapewnić Kierowników robót spełniających wymagania w każdej lokalizacji; tym samym miało miejsce naruszenie art. 22 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

3. W następnym punkcie Odwołujący podniósł, iż w Programie funkcjonalno - użytkowym (PFU) w pkt 4.4.1.3 - str. 23 zostały umieszczone zapisy, zgodnie z którymi:

- k) Projekty wykonawcze dla robót podlegają zaopiniowaniu przez właściwy IZ. Zamawiający zastrzega 10 dni roboczych na wydanie opinii przez IZ. W przypadku równoczesnego (lub

przed upływem 10 dni) złożenia więcej niż dwóch projektów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni roboczych na każdy projekt (np. przy równoczesnym złożeniu 4 projektów czas opiniowania pierwszych dwóch projektów wynosi 10 dni, trzeciego 15, a czwartego 20 dni).

l) Inżynier wraz z opinią przekaże projekt wykonawczy Zamawiającemu. Po uzyskaniu pozytywnej opinii Zamawiającego, Inżynier zatwierdzi projekt wykonawczy. Biorąc pod uwagę terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych, wynikających z zapisów umownych, Wykonawca uwzględni czas konieczny na zaopiniowanie dokumentacji przez ZOPI (21 dni roboczych od daty przekazania dokumentacji do Inżyniera) oraz czas potrzebny na ewentualną poprawę dokumentacji. W przypadku równoczesnego (lub przed upływem 21 dni roboczych) złożenia więcej niż dwóch projektów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni roboczych na każdy projekt (np. przy równoczesnym złożeniu 4 projektów czas opiniowania pierwszych dwóch projektów wynosi 21 dni roboczych, trzeciego 26, a czwartego 31 dni roboczych).

m) W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji lub w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do Inżyniera swoje stanowisko. Termin poprawy dokumentacji lub przekazania stanowiska nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych.

n) W przypadku konieczności ponownej oceny dokumentacji (po wprowadzeniu poprawek, uzupełnień) czas na wydanie opinii przez IZ wynosi 10 dni roboczych, czas na wydanie opinii przez ZOPI wynosi 21 dni roboczych (od przekazania poprawionej dokumentacji do Inżyniera). W przypadku równoczesnego złożenia więcej niż dwóch poprawionych (uzupełnionych) projektów lub przed upływem wyznaczonych terminów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni roboczych (analogicznie jak w pkt k) i 1).

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w Warunkach umowy - subklauzula 8.7 lit. y – str. 71 został wprowadzony zapis, w którym została przewidziana kara umowna za niedotrzymanie 7 dniowego terminu wymaganego na poprawę dokumentacji i/lub ponowne przedłożenie dokumentacji nie uwzględniającej wprowadzenia zasadnych uwag zgłoszonych przez Inżyniera lub Zamawiającego - 5 000 zł za każdy projekt.

Jak wskazał Odwołujący w przypadku odesłania kilku egzemplarzy poprawienie dokumentacji i/lub ponowne przedłożenie dokumentacji w tak krótkim czasie może jednak okazać się obiektywnie niemożliwe.

Jego zdaniem w przedmiotowym przypadku:

- wprowadzono zapisy umożliwiające Zamawiającemu podejmowanie działań, w wyniku których wykonawca mógłby nie być w stanie uniknąć naliczenia kar umownych, a tym samym

została naruszona zasada równowagi Stron stosunku cywilnoprawnego; zatem miało również miejsce naruszenie art. 353 z indeksem 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp (przekroczenie granic swobody umów);

- biorąc pod uwagę, iż w świetle zapisów PFU, dotrzymanie terminu poprawienia dokumentacji może okazać się niemożliwe, miało miejsce naruszenie art. 387 § 1 kc, w związku z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

4. W dalszej części uzasadnienia wskazano, że w Warunkach Szczególnych Umowy, zostały wprowadzone zapisy, zgodnie z którymi przewidziane zostały kary umowne:

1) „za nieobecność wymaganego przez Umowę przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na radach budowy, naradach i spotkaniach koordynacyjnych, a także odbiorach robót - w wysokości 15.000,00 PLN odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady, rady, spotkania lub odbioru;” (Subklauzula 8.7 lit. s, str. 71);

2) „za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót, radach budowy, innych naradach i spotkaniach wymagających jego obecności - 15.000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, rady lub innego spotkania.” (Subklauzula 8.7 lit u).

Jednakże, zdaniem Odwołującego, w zapisach Warunków Szczególnych Umowy:

- brak informacji, czy Dyrektor Projektu winien być obecny na każdym posiedzeniu (każdej komisji), brak informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Przedstawiciela Wykonawcy;

- brak informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Kierownika Budowy.

W przedmiotowym przypadku:

- wprowadzono zapisy umożliwiające Zamawiającemu podejmowanie działań, w wyniku których wykonawca mógłby nie być w stanie uniknąć naliczenia kar umownych, które jednocześnie pozwalają na znaczną dowolność w naliczaniu kar umownych; tym samym została naruszona zasada równowagi Stron stosunku cywilnoprawnego, zatem miało miejsce naruszenie art. 353 z indeksem 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp (przekroczenie granic swobody umów);

- biorąc pod uwagę, iż powiadomienia o terminie danego posiedzenia (komisji) może, w świetle zapisów Warunkach Szczególnych Umowy, nastąpić na tyle późno, że przybycie Dyrektora Projektu (przedstawiciela Wykonawcy) może okazać się niemożliwe naruszenie



art. 387 § 1 kc, w związku z w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

5. Jak wynika z art. 353 z indeksem 1 kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Pierwszorzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulatcie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki. W przedmiotowym przypadku, powołane w niniejszym odwołaniu zapisy SIWZ (w tym zapisy załączników do SIWZ) są nie do pogodzenia z zasadami współżycia społecznego, które odwołujący utożsamia z zasadami sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej i równej pozycji stron umowy, a tym samym, również z tego powodu są niedozwolone w świetle art. 353 z indeksem 1 Kc.

Zdaniem Odwołującego należy podkreślić, że swoboda kształtowania stosunków zobowiązaniowych nie ma charakteru absolutnego i doznaje ograniczeń ze względu na ustawę, właściwość (naturę) stosunku prawnego, który ma wiązać strony oraz zasady współżycia społecznego. Ograniczenie ze względu na ustawę nie ogranicza się do zakazów zaopatrzonych w sankcję kamą; Ograniczenie polegające na konieczności respektowania natury danego stosunku prawnego może być rozumiane jako, takie zniekształcenie umowy typowej znanej prawu zobowiązań, który wykracza poza ramy stosunku umownego, akceptowanego w sferze ustawodawstwa; Ograniczenie odwołujące się do zasad współżycia społecznego, wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia zasad dobrej wiary lub zasad słuszności, (por. Uchwała pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r. Sygn. akt III CZP 166/94, OSN 1995 r., Nr 10, poz. 135).

W przedmiotowym przypadku, jak wskazał Odwołujący, miało miejsce: po pierwsze naruszenie przepisów prawa (próba ustanowienia zobowiązania do wykonania określonych czynności w terminie potencjalnie niemożliwym do zachowania); po drugie - wykroczone w sposób nieakceptowalny poza charakter (istotę) umowy o roboty budowlane (jednej z typowych umów nazwanych), po trzecie - podejmowana jest próba wprowadzenia do treści przyszłej umowy cywilnoprawnej elementów nie dających się pogodzić z zasadami słuszności czy zasadami dobrej wiary (uprzywilejowanie zamawiającego poprzez przyznanie mu prawa egzekwowania terminu - Czasu na Ukończenie oraz sankcji za przekroczenie wzmiankowanego terminu, także w przypadkach, gdy jego niedotrzymanie będzie wynikać z

przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy; wprowadzenie pewności co do treści stosunku zobowiązaniowego, która może zostać uzyskana co najwyżej po zawarciu umowy, a zarazem przy jednoczesnym braku wpływu wykonawcy na wzmiankowaną treść; wprowadzenie możliwości arbitralnego wykorzystywania przez zamawiającego postawionych wymogów w sposób krzywdzący dla wykonawcy; wprowadzenie zapisów umożliwiających Zamawiającemu podejmowanie działań, w wyniku których wykonawca mógłby nie być w stanie uniknąć naliczenia kar umownych). Tym samym, w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia wielokrotnie miało miejsce przekroczenie granic zasady swobody umów, przy czym przekroczenia te dotyczyły wszystkich rodzajów wzmiankowanych granic, tj. zarówno granic wyznaczonych przez ustawę, jak i granic wyznaczonych przez naturę stosunku zobowiązaniowego czy granic wyznaczonych przez zasady współżycia społecznego.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż zarzut naruszenia art. 353 z indeksem 1 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp był wielokrotnie podnoszony w odwołaniach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, czego następstwem były m. in.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., Sygn. akt KIO 1758/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2012 r., Sygn. akt KIO 2735/11.

6. Zdaniem Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na nieuzasadnionym umieszczeniu w SIWZ zapisów skutkujących naruszeniem równowagi Stron przyszłego stosunku cywilnoprawnego, krzywdzących dla wykonawcy, nie dających się pogodzić z przepisami obowiązującego prawa (tj. przepisami powołanej ustawy oraz przepisami kodeksu cywilnego), naturą przyszłego stosunku cywilnoprawnego, a także z zasadami współżycia społecznego.

Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich jego uczestników, a także dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż: w przypadku braku kwestionowanych zapisów w SIWZ, mielibyśmy możliwość wzięcia udziału w prawidłowo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym warunki przyszłego zamówienia (tj. umowy która ma być zawarta w wyniku postępowania) byłyby sformułowane w sposób jednoznaczny, a zarazem zgodny z prawem i nie krzywdzący dla podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa, a

którym moglibyśmy zostać także my, o ile złożona przez nas oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Tym samym, jak wskazał Odwołujący, zabezpieczenie jego interesu uważa za w pełni zasadne i konieczne. Biorąc pod uwagę, iż zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego <https://zamowienia.plk-sa.pl> miało miejsce w dniu 07.11.2016 r., niniejsze odwołanie składane w dniu 17 listopada 2016 r. należy uznać za złożone w wymaganym terminie dziesięciodniowym, obliczonym przy zastosowaniu art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający pismem z dnia 29.11.2016 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. obciążenie kosztami postępowania Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ocenie Zamawiającego sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują podstaw tak faktycznych, jak i prawnych, co zostanie szczegółowo wykazane poniżej w treści niniejszej odpowiedzi.

W ramach uzasadnienia wskazał, że odpowiedź Zamawiającego, co do poszczególnych zarzutów Odwołującego, została opracowana w podziale na punkty odpowiadające numeracją poszczególnym zarzutom odwołania.

Ad 1.) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 3531 kc, 29 ust. 1 PZP oraz 647 kc i wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (zwanego dalej: „PFU”) tj. pkt 6.5 ppkt 10 oraz pkt 5.6 w sposób eliminujący przerzucenie na Wykonawcę ryzyka związanego z długimi terminami wykonania przyłączy w szczególności poprzez umożliwienie przedłużenia terminów realizacji poszczególnych kamieni milowych oraz Czasu na Ukończenie w przypadku, gdy termin wykonania przyłącza uniemożliwia zrealizowanie przez Wykonawcę robót w terminach umownych.

Zamawiający niniejszym wskazuje, iż dokonał modyfikacji SIWZ w poniżej przedstawionym zakresie w związku z tym ww. zarzut stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2016 r. zmienił SIWZ w zakresie części III SIWZ (PFU) pkt. 5.6 akapit 6 w ten sposób, że:

Było:

Zamawiający wystąpił do operatorów energetycznych z wnioskami o podanie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznych oraz podpisał lub podpisał do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą część umów na realizację przyłączy. Pozyskane warunki stanowią

załącznik nr I.8-V.8 do niniejszego PFU. Natomiast podpisane już umowy przyłączeniowe Zamawiający przekaże po podpisaniu umowy na roboty. Wykonawca uwzględni otrzymane warunki oraz umowy na etapie projektowania i realizacji inwestycji.

Po zmianie jest:

Zamawiający wystąpił do operatorów energetycznych z wnioskami o podanie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznych oraz podpisał lub podpisał do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą wszystkie umowy przyłączeniowe dotyczące załączonych do PFU warunków przyłączeniowych, z wyjątkiem tych dla których termin realizacji przyłącza wynosi 3 miesiące lub mniej. Pozyskane warunki, umowy i projekty umów przyłączeniowych stanowią załącznik nr I.8-V.8 do niniejszego PFU. Zamawiający załącza również podpisane umowy oraz projekty umów które, z uwagi na krótki termin realizacji przyłącza będą sukcesywnie podpisane w terminie późniejszym. Terminy realizacji przyłączy wynikające z zawartych umów przyłączeniowych do warunków przyłączeniowych załączonych do PFU nie będą dłuższe niż do końca 2018 r. Wykonawca uwzględni otrzymane warunki oraz umowy na etapie projektowania i realizacji inwestycji.

Zamawiający ponadto w dniu 29 listopada 2016 r. zmienił SIWZ w zakresie część III SIWZ (PFU) pkt. 6.5 punkt 10 w ten sposób, że:

Było:

W przypadku zaprojektowania zasilania z przyłącza OSD Wykonawca jest zobowiązany do monitorowania sprawy terminowej zabudowy przyłącza przez operatora. Długi termin wykonania przyłącza przez OSD nie upoważnia Wykonawcy do wydłużenia Czasu na Ukończenie, ani do dodatkowej zapłaty. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęcie takich rozwiązań projektowych, które pozwolą mu na terminowe zrealizowanie zadania.

Po zmianie jest:

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęcie takich rozwiązań projektowych, które pozwolą mu na terminowe zrealizowanie zadania.

W ocenie Zamawiającego powyższy zapis czyni zadość wnioskowi Odwołującego poprzez eliminację ryzyka nałożonego na Wykonawcę i związanego z długimi terminami wykonania przyłączy.

A 2.) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust 1a PZP i wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie Warunków Szczególnych Umowy w sposób eliminujący wątpliwości, co do wymaganej liczby osób na stanowisko kierowników robót.

Zamawiający niniejszym wskazuje, iż SIWZ wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zawiera wątpliwości względem wymaganej liczby osób na stanowisko kierownika robót (co zostanie

wykazane poniżej) w związku z czym, wniosek (ustawiony w sposób nieprecyzyjny) Odwołującego jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z zapisami Subklauzuli 6.8 Warunków Szczególnych Umowy do których odwołuje się Odwołujący, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca podczas projektowania i realizacji Robót oraz tak długo, jak będzie to konieczne do wypełnienia zobowiązań Wykonawcy, zapewnił całe kierownictwo konieczne do: planowania, organizacji, kierowania, zarządzania, inspekcji i dokonywania prób przy pracy, w szczególności, ale nie wyłącznie:

- Kierownika robót torowych
- Kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych
- Kierownika robót drogowych
- Kierownika robót telekomunikacyjnych
- Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie kolejowej sieci trakcyjnych
- Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych
- Głównego geodetę.

Równocześnie w Subklauzuli 6.8 zawarto zapis: „Zamawiający zastrzega, że przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zadania Częściowego Wykonawca musi zapewnić ww. osoby spełniające powyższe wymagania w każdej lokalizacji - dla każdej części zamówienia.”

Równocześnie w SIWZ w Tomie I (IDW) w pkt. 8.6.2. Zamawiający, w zakresie potwierdzenia warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymaga, aby Wykonawca dla każdej z części Zamówienia (Zadania) oddzielnie wykazał dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia po 1 osobie na stanowisko:

- Dyrektora Kontraktu,
- Kierownika Budowy,
- Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym,
- Głównego Projektanta - koordynatora.

Jak wskazał Zamawiający zaznaczyć należy, że czym innym jest zapewnienie odpowiedniego kierownictwa na Placu Budowy, a czym innym wykazanie osób zdolnych do wykonania zamówienia, które podlegać będą ocenie Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego.

Zgodnie z treścią art. 42 ust. 1 ustawy Prawo Budowlane, Inwestor jest obowiązany zapewnić: objęcie kierownictwa budowy (rozbiórki) lub określonych robót budowlanych oraz nadzór nad robotami przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności. Natomiast zgodnie z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego, przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w

specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności.

Zamawiający podkreślił, iż przebudowa każdego z przejazdów jest przedsięwzięciem wielobranżowym. Prace na każdym przejeździe realizowane będą w branżach: automatyki (srk), telekomunikacji, elektroenergetyki, torowej i drogowej oraz na kilkunastu przejazdach w branży konstrukcyjno - budowlanej (rozbiórki i remonty strażnic przejazdowych).

W ramach zamówień, które zostaną udzielone Wykonawcy/Wykonawcom w wyniku prowadzonego postępowania przetargowego, prace wykonywane będą na czynnych torach kolejowych (np. kopanie rowów kablowych wzdłuż linii kolejowej, przeciski i przejścia pod torami, zabudowa urządzeń sterowania ruchem). Prace takie są szczególnie niebezpieczne i wymagają ciągłego nadzoru. Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, w której prace wykonywane będą bez nadzoru osób legitymujących się wymaganymi uprawnieniami.

Zamawiający określając wymogi w zakresie dysponowania odpowiednią liczbą kierownictwa miał na uwadze przepisy ustawy Prawo Budowlane, specyfikę projektu, konieczność zapewnienia bezpieczeństwa ruchu kolejowego w czasie prowadzenia robót oraz właściwe wykonanie robót, w sposób gwarantujący bezpieczeństwo ruchu pociągów i pojazdów drogowych na etapie eksploatacji.

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę na fakt, że Odwołujący nieprawidłowo odczytuje zapisy PFU dotyczącej równoczesnej realizacji robót na przejazdach 3,972, 5,562, 5,814 na linii 105.

Zamawiający zawarł w załączniku IV.6 do PFU uwagę : w związku z wyznaczeniem na nastawni dysponującej w stacji Powroźnik miejsca obsługi przejazdów kat. A w km 3,972, km 5,562, km 5,814 na linii 105 prace na tych przejazdach w branży automatyki i telekomunikacji oraz w branży energetycznej należy realizować w tym samym czasie. Zapis w tym samym czasie nie oznacza, że muszą być realizowane równocześnie. Zgodnie z zapisami SIWZ Tom II (WU) Subklauzula 8.13 litera f) Wykonawca w celu osiągnięcia kamienia milowego zobowiązany jest do zakończenia robót potwierdzonego odbiorem końcowym na każdym przejeździe nie dłużej niż w ciągu 180 dni kalendarzowych od Przekazania Placu Budowy.

Zamawiający zamieszczając uwagę o wykonaniu robót w tym samym czasie wskazał na prowadzenie robót na wszystkich 3 przejazdach w ciągu tych samych 180 dni. Wykonawca przy w/w zapisach ma możliwość takiego zaplanowania wykonywania robót, aby roboty w poszczególnych branżach na przejazdach realizować sukcesywnie tymi samymi brygadami pracowników branżowych.

Zamawiający akceptuje pełnienie obowiązków Kierownika Budowy lub Kierownika robót na obiektach znajdujących się w różnych lokalizacjach, w ramach tego samego zadania częściowego, przez tę samą osobę. Zamawiający wymaga jednak, aby dany kierownik był w stanie skutecznie sprawować nadzór nad wykonywaniem robót i przestrzeganiem przepisów

BHP. Wyklucza to pełnienie nadzoru nad robotami wykonywanymi równocześnie (np. w tym samym dniu) przez kilka ekip wykonawczych w lokalizacjach oddalonych od siebie, wymagających przemieszczania i uniemożliwiających natychmiastową obecność kierownika robót.

Zgodnie z Subklauzulą 8.3 opracowany przez Wykonawcę Harmonogram rzeczowo-finansowy dla etapu Robót w zakresie ppkt a) [zawierający prace w ramach Robót] będzie zawierał między innymi: daty rozpoczęcia i zakończenia Robót na realizowanej inwestycji oraz daty rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych asortymentów Robót. Zatem to od Wykonawcy zależy jak rozmieści, rozplanuje prowadzenie Robót, tak by Zadanie było wykonane sprawnie, w terminie w sposób zapewniający właściwy nadzór branżowego kierownika robót.

W ocenie Zamawiającego zauważyć należy, że niezapewnienie wymaganego nadzoru przez bezpośredniego przełożonego m.in. kierownika robót przy wykonywaniu prac na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. może narazić Wykonawcę na wysokie kary finansowe zgodnie z obowiązującymi przepisami i taryfikatorem umieszczonym w instrukcji „Zasady bezpieczeństwa pracy podczas wykonywania prac inwestycyjnych, rewitalizacyjnych, utrzymaniowych i remontowych wykonywanych przez pracowników obcych firm na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz Wytyczne sposobu dostarczania informacji i poinformowania pracownika innego pracodawcy o zagrożeniach dla bezpieczeństwa i zdrowia podczas wykonywania prac na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. lhb-105” stanowiącej załącznik do WU.

Zdaniem Zamawiającego zakwestionowane zapisy Subklauzuli 6.8 Warunków Szczególnych Umowy nie naruszają art. 22 ust. 1a Pzp. Zamawiający w jasny sposób sprecyzował wymogi w zakresie potwierdzenia na etapie postępowania przetargowego warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW tj. potwierdzenie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia. Ponadto Zamawiający prawidłowo wskazał kierownictwo konieczne do: planowania, organizacji, kierowania, zarządzania, inspekcji i dokonywania prób przy pracy. Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykonywania robót bez nadzoru osób legitymujących się wymaganymi uprawnieniami.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego, SIWZ nie zawiera wątpliwości względem wymaganej liczby osób na stanowisko kierownika robót w związku z czym, zarzut Odwołującego jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

A 3.) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. art. 3531 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp i art. 387 § 1 kc, w związku w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp i wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) w zakresie pkt 4.4.1.3, poprzez wprowadzenie (w miejsce dotychczasowych) realnych terminów

poprawienia dokumentacji i/lub ponownego przedłożenie dokumentacji tj. przedłużenie terminu co najmniej do 14 dni.

Zamawiający niniejszym wskazuje, iż dokonał modyfikacji w poniżej przedstawionym zakresie w związku z tym ww. zarzut stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2016 r. zmienił SIWZ w zakresie części III SIWZ (PFU) pkt. 4.4.1.3 litera m) w ten sposób, że:

Było:

W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji lub w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do Inżyniera swoje stanowisko. Termin poprawy dokumentacji lub przekazania stanowiska nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych.

Po zmianie jest:

W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji lub w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do Inżyniera swoje stanowisko. Termin przekazania stanowiska Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku zasadności zgłoszonych uwag nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych. Termin wniesienia zmian do dokumentacji wynikających z zasadnych uwag IZ, Zamawiającego lub Inżyniera nie może być dłuższy niż 7 dni kalendarzowych.

W ocenie Zamawiającego powyższy zapis czyni zadość wnioskowi Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego treść SIWZ nie narusza art. 3531 kc, ze względu na fakt, że zgodnie z SIWZ, Zamawiający wymaga opracowania dokumentacji wysokiej jakości, zarówno pod względem merytorycznym jak i redakcyjnym. Zgodnie z Subkluzją 5.1 [Ogólne zobowiązania projektowe] Warunków Szczególnych Umowy Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia Projektu Wykonawczego (a w razie potrzeby Projektu Budowlanego) obejmującego Roboty określone w Wymaganiach Zamawiającego, zgodnego z Prawem budowlanym, oraz pozostałe projekty przewidziane w Umowie, o stopniu szczegółowości wystarczającym do sprawdzenia, weryfikacji, zatwierdzenia lub zaopiniowania Robót przez Inżyniera oraz wykonania Robót i dokonania ich odbioru, a także Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru Robót budowlanych...". Dodatkowo w PFU pkt. 4.4.1.1 Zamawiający szczegółowo podaje jakie elementy muszą być zawarte w projekcie wykonawczym.

Zgodnie z warunkami umowy, Wykonawca zapewni, że on sam, jego projektanci oraz Podwykonawcy projektu mają doświadczenie i zdolności, konieczne do wykonania projektu objętego Umową oraz uprawnienia projektowe wymagane przez Prawo budowlane. Wskazując w SIWZ konieczność naniesienia ewentualnych zmian w dokumentacji przez



Wykonawcę w ciągu 5 dni kalendarzowych (po modyfikacji SIWZ jest to 7 dni kalendarzowych), Zamawiający uwzględnił fakt, że Wykonawca zobowiązany jest do wykonania dokumentacji projektowej z zachowaniem należytej staranności. Wykonawca przed rozpoczęciem projektowania winien dokonać szczegółowej wizji lokalnej na przejazdach na których mają być prowadzone roboty. Zamawiający zakłada, że potencjalne uwagi osób opiniujących dokumentację projektową to wyłącznie „kosmetyka”. Dokumentacja powinna być opracowana w taki sposób, aby poprawki sprowadzały się do uzupełnień, drobiazgów, a nie tworzenia całości opracowania od nowa. Wniesione Odwołanie w tej kwestii świadczy o zupełnie innym podejściu Odwołującego do jakości opracowań projektowych w ramach zawartego kontraktu.

Oprócz powyższego należy zaznaczyć, że wszystkie projekty przed dostarczeniem do Zamawiającego winny być szczegółowo sprawdzone w celu wykrycia jego wad i nieprawidłowości (np. kolizji lub niezgodności z wymogami SIWZ). Złożenie podpisów przez projektantów oraz osoby sprawdzające po stronie Wykonawcy powinno być równoznaczne z przejściem pełnej odpowiedzialności za zgodność opracowania z wymogami SIWZ i przepisami prawa.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że wydłużenie terminu poprawy opracowania przez Wykonawcę do 14 dni jest niezasadne, a co więcej mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której Wykonawca będzie przedkładał do opiniowania dokumentację niekompletną i złej jakości. Zamawiający zakłada, że opracowane przez Wykonawcę projekty przedkładane do zaopiniowania przez IZ, Inżyniera lub Zamawiającego będą w 100% zgodne z warunkami i wymogami opisanymi w SIWZ, a ewentualne poprawki będą się sprowadzały do drobnych poprawek lub uzupełnień, a nie do opracowywania projektu od nowa.

A 4. i 5) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. art. 3531 kc w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp i art. 387 § 1 kc, w związku w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp i wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie Subklauzuli 8.7 lit. s Warunków Szczególnych Umowy, informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu ) - Wykonawca powinien otrzymać taką informację co najmniej na 5 dni przed odbyciem posiedzenia. Ponadto Odwołujący wnosi o zmianę treści SIWZ w zakresie Subklauzuli 8.7 lit. u Warunków Szczególnych Umowy, poprzez wprowadzenie informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Kierownika Budowy z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni.

Zamawiający niniejszym wskazał, iż dokonał modyfikacji w poniżej przedstawionym zakresie w związku z tym ww. zarzut stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2016 r. zmienił SIWZ w zakresie TOM II Subklauzula 8.7 litera u) w ten sposób, że:

Było:

za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót, radach budowy, innych naradach i spotkaniach wymagających jego obecności - 15 000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, rady lub innego spotkania.

Po zmianie jest:

za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót oraz po pisemnym wezwaniu Inżyniera lub Zamawiającego na narady i spotkania wymagających jego obecności – 15000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, lub innego spotkania.

W ocenie Zamawiającego powyższy zapis czyni zadość wnioskowi Odwołującego.

Odwołujący zakwestionował zapisy Warunków Szczególnych Umowy Subklauzula 8.7 litera s) i litera u) tj.:

s) za nieobecność wymaganego przez Umową przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na radach budowy, naradach i spotkaniach koordynacyjnych, a także odbiorach robót- w wysokości 15.000,00 PLN odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady, rady, spotkania lub odbioru;

u) za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót, radach budowy, innych naradach i spotkaniach wymagających jego obecności - 15 000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, rady lub innego spotkania.

Odwołujący składając odwołanie do zapisów Subklauzuli 8.7 i zarzucając Zamawiającemu (w uzasadnieniu) braki w Warunkach Szczególnych Umowy dotyczące braku informacji, czy Dyrektor Projektu winien być obecny na każdym posiedzeniu (każdej komisji), oraz brak informacji o terminie powiadomienia o posiedzeniach (komisjach) na których wymagany jest udział Przedstawiciela Wykonawcy, nie uwzględnił informacji zawartej w Subklauzuli 4.3 Warunków Szczególnych Umowy, zgodnie z którą; Przedstawiciel Wykonawcy cały swój czas poświęci na kierowanie wykonaniem Kontraktu przez Wykonawcę. Jeśli Przedstawiciel Wykonawcy ma być czasowo nieobecny na Placu Budowy podczas realizacji Robót, to pod warunkiem uprzedniej zgody Inżyniera, będzie wyznaczona stosowna osoba zastępująca, a Inżynier będzie odpowiednio o tym powiadomiony (...) Dyrektor Kontraktu oprócz bieżącego kierowania wykonaniem kontraktu na Placu/Placach Budowy zobowiązany jest do udziału we wszystkich odbiorach robót, a także we wszystkich komisjach, spotkaniach, naradach itp. dotyczących realizowanego kontraktu. W przypadku konieczności równoczesnego udziału

Dyrektora Kontraktu w kilku odbiorach, komisjach, naradach, spotkaniach itp. Wykonawca udzieli pełnomocnictw innym osobom spełniającym warunki jak dla Dyrektora Kontraktu oraz wyposaży te osoby we wszystkie kompetencje konieczne do działania w imieniu Wykonawcy według Kontraktu [...]

Z przytoczonych zapisów wynika, że Dyrektor Kontraktu, jest osoba, która cały swój czas poświęca na kierowanie wykonaniem Kontraktu i powinien być zawsze dostępny na budowie (on sam lub osoba posiadająca stosowne pełnomocnictwo). Prowadzenie inwestycji na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. posiada swoją specyfikę wynikającą z realizacji prac przy równoczesnej konieczności zapewnienia bezpieczeństwa ruchu pociągów i w niektórych awaryjnych sytuacjach nie ma możliwości wskazania konkretnych terminów, gdyż w celu podjęcia działań doraźnych może zajść potrzeba powołania komisji ad hoc.

Równocześnie Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z Subkluzją 4.3 Przedstawicielem Wykonawcy dla celów niniejszego Kontraktu będzie Dyrektor Kontraktu. Zamawiający nie wymaga Dyrektora Projektu, o którym pisze Odwołujący, ale Dyrektora Kontraktu. Roboty budowlane w ramach projektu podzielone zostały na 5 kontraktów i dla każdego z kontraktów Zamawiający wymaga obsady stanowiska Dyrektora Kontraktu.

Ponadto Zamawiający, nie dopuszcza wyznaczania tej samej osoby na Dyrektora Kontraktu w ramach kilku zadań częściowych (kontraktów) ogłoszonych w tym postępowaniu przetargowym, jak również nie dopuszcza się równoległej pracy Dyrektora Kontraktu na innych zadaniach. To oznacza, że nawet w przypadku rozstrzygnięcia przetargu w wyniku którego wszystkie 5 umów zostanie zawarte z jednym Wykonawcą Zamawiający będzie wymagał 5 Dyrektorów Kontraktu, a nie 1 Dyrektora Projektu. Dlatego zbędne jest podawanie w Warunkach Szczególnych Umowy informacji dot. Dyrektora Projektu.

Jak następnie wskazał Zamawiający podobnie jak w przypadku Dyrektora Kontraktu, tak w przypadku Kierownika Budowy z uwagi na specyfikę wynikającą z realizacji prac na terenie kolejowym przy równoczesnej konieczności zapewnienia bezpieczeństwa ruchu pociągów nie ma możliwości wskazania konkretnych terminów, gdyż w celu podjęcia działań doraźnych może zajść potrzeba powołania komisji ad hoc. Ponadto zakres obowiązków Kierownika Budowy wynika wprost z Prawa budowlanego. Poza tym w Subklauzuli 8.7 lit u) wskazano, że kara będzie naliczona „za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie” zatem nie następuje tutaj naruszenie ani art. 3531 kc ani art. 387 § 1 kc.

Reasumując w związku z faktem, iż Zamawiający dokonał modyfikacji w powyżej przedstawionym zakresie – zarzut ten w oceni Zamawiającego stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Ponadto na marginesie Zamawiający informuje, iż z dniem 29 listopada 2016 r. dokonał modyfikacji części III SIWZ (PFU) Część II - Informacyjna pkt 6 dodatkowo w poniższym zakresie:

Było:

1.8 Warunki przyłączeniowe dla przejazdów z zadania nr 1 11.8 Warunki przyłączeniowe dla przejazdów z zadania nr 2 III.8 Warunki przyłączeniowe dla przejazdów z zadania nr 3 IV.8 Warunki przyłączeniowe dla przejazdów z zadania nr 4 V.8 Warunki przyłączeniowe dla przejazdów z zadania nr 5

Po zmianie jest:

1.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 1 11.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 2 11.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 3 IV.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 4 V.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 5

Ponadto w części III SIWZ - (PFU) Załącznik 11.6. pkt 1 (przejazd na linii 27 w km 31,354) w branży torowo - drogowej (przejazd na linii 27 w km 31,354) w branży torowo - drogowej

Jednocześnie w ramach zmian treści SWIZ Zamawiający dodał następujący nowy ppkt o treści: „Gmina Miasta Płońsk wyraża chęć prowadzenia prac związanych z przebudowa przepustu drogowego na działce kolejowej 1/30 jednocześnie z Wykonawcą modernizującym przejazd. W przypadku jednoczesnej pracy wyłoniony Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania/naprawy nawierzchni dopiero po wykonanych pracach przez Gminę Miasta Płońsk”.

W części III SIWZ – (PFU) Załącznik II.6, pkt 35 (przejazd na linii 220 2 km 10.918) w branży energetycznej Zamawiający dodał nowy punkt: „układ pomiarowo – rozliczeniowy dostosować do zasad TPA zgodnie z pkt 5.6.1.2. PFU”.

W części III SIWZ – (PFU) Załącznik 11.8 Zamawiający dokonał uzupełnienia:

- warunki przyłączeniowe dla przejazdów zlokalizowanych na linii nr 40 w km 48,539 i 90,610 oraz wymienia się warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii 220 w km 33,250 (aktualne posiadają nr P/16/050379 z dn. 12.10.2016),

- warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii nr 40 w km 46,137 oraz wymienia się warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii nr 220 w km 10,918 (aktualnie posiadają nr WP-ERD3D-5716-57/2016).

Odwołujący pismem przygotowawczym datowanym na dzień 30.11.2016 r. zajął stanowisko wskazując, iż składa pismo mające na celu doprecyzowanie zarzutów i wniosków zawartych w odwołaniu wraz z cofnięciem częściowym odwołania w zakresie szczegółowo wskazanym w treści poniżej.

#### WYMÓG UZYSKANIA PRZYŁĄCZY W TERMINIE REALIZACJI POSZCZEGÓLNYCH PRZEJAZDÓW

Wykonawca, jako podmiot realizujący analogiczne zadanie dla Zamawiającego (Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - etap I "POLiŚ 7.1-59, jak również Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych - ETAP II" POLiŚ 7.1-80), doskonale zdaje sobie sprawę, dlaczego Zamawiający postawił taki wymóg. W czasie realizacji poprzedniego zadania - o czym doskonale wie Zamawiający i Wykonawca - terminy uzyskiwania przyłączy z OSD wynosiły do 18 miesięcy, był to powód podpisania aneksu przedłużającego poprzednią umowę, a ostatnie przyłącza pojawiły się jeszcze po przedłużonym Czasie na Ukończenie.

W związku z powyższym Zamawiający postanowił w nowym zadaniu przerzucić całe ryzyko związane z pozyskiwaniem przyłączy OSD na Wykonawcę, uzasadniając to tym, iż jest możliwe takie zaprojektowanie przyłączy, że nastąpi dostawa energii w założonych w harmonogramie terminach. Owszem, Wykonawca przyznaje, że widzi techniczną możliwość wykonania zadania w zaproponowany przez Zamawiającego sposób [poprzez użycie stacji transformatorowych oraz przekształtników], jednakże jest to sposób, który (i) jest ekonomicznie nieuzasadniony, (ii) nieprzychylny użytkownikowi końcowemu, (iii) wymagający uzyskiwania pozwoleń na budowę, a przez co niemożliwy do zrealizowania w przewidzianym czasie na wykonanie jednego przejazdu, tj. 6 miesięcy.

Równocześnie Wykonawca wskazał, że jest w stanie przejąć na siebie obowiązki wynikające z uzyskaniem przyłączy energetycznych oraz zaprojektować i wykonać przejazd w ten sposób, by rozwiązanie to było ekonomicznie uzasadnione oraz z którego użytkownik końcowy będzie zadowolony [i które uzgodni na ZOPI], ale nie w terminie kamienia milowego

6 miesięcy na wykonanie całego przejazdu, a w terminie Czasu na Ukończenie. Innymi słowy, dla maksymalnego spełnienia warunków Zamawiającego, dla przejazdów wymagających uzyskania lub zmiany przyłączy przez OSD, Wykonawca może przyjąć na siebie obowiązek ich uzyskania, ale nie będzie mogło to być podstawą do karania Wykonawcy za niespełnienie kamienia milowego.

W związku z powyższym, oraz w związku ze zmianą nr 3 do SIWZ z dnia 29 listopada 2016 roku, Wykonawca precyzuje swoje odwołanie w tym zakresie poprzez:

1. Cofnięcie roszczenia związanego ze zmianą pkt 6.5 ppkt 10 na s. 54 PFU:
2. Żądaniem zmiany pkt 5.6 na s. 35 i 36 PFU poprzez zmianę paragrafu 3 zd. 2 i 3 z: „Problemy związane z długimi terminami realizacji przyłączy przez Operatorów Sieci Dystrybucyjnych stanowią ryzyko Wykonawcy i nie mogą być podstawą do wydłużenia terminu realizacji poszczególnych przejazdów, bądź usprawiedliwieniem dla nie wykonania kamienia milowego. To Wykonawca realizujący zadanie w systemie „projektuj i buduj” musi podjąć takie działania i takie rozwiązania projektowe, które zagwarantują dostarczenie energii w terminie umożliwiającym przeprowadzenie wymaganych prób i odbiorów w założonych w harmonogramie terminach”.

Na:

„Problemy związane z długimi terminami realizacji przyłączy przez Operatorów Sieci Dystrybucyjnych stanowią ryzyko Wykonawcy i nie mogą być podstawą do wydłużenia terminu realizacji poszczególnych przejazdów, bądź usprawiedliwieniem dla nie wykonania kamienia milowego Czasu na Ukończenie. To Wykonawca realizujący zadanie w systemie „projektuj i buduj” musi podjąć takie działania i takie rozwiązania projektowe, które zagwarantują dostarczenie energii w terminie umożliwiającym przeprowadzenie wymaganych prób i odbiorów w założonych w harmonogramie terminach Czasie na Ukończenie”.

W dalszej części niniejszego pisma Odwołujący wskazał, że jako konsekwencja powyższego, należy dodać w Subkl. 8.7 Warunków Szczególnych na końcu

klauzuli, że:

„Niespełnienie kamienia milowego z powodu braku przyłącza przez Operatorów Sieci Dystrybucyjnych nie jest podstawą do naliczania kary umownej, o której mowa w pkt a.”

#### MULTIPLIKACJA KIEROWNIKÓW ROBÓT

Zamawiający w Subkl. 6.8 Warunków Szczególnych Umowy przewidział wymóg, że przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zamówienia Częściowego, Wykonawca musi zapewnić ww. osoby spełniające wymagania w każdej lokalizacji, dla każdej części zamówienia.

Wykonawca przeanalizował wszystkie zadania częściowe, gdzie w wyniku analizy okazało się, że średnio w ramach zadania częściowego trzeba zrealizować ok. 35 przejazdów, co oznacza 35 lokalizacji. By zrealizować zadanie w przewidzianym Czasie na Ukończenie, biorąc pod uwagę prace projektowe, udzielane zamknięcia torowe i ważność uzyskanych decyzji na przyłącza, zdaniem Wykonawcy trzeba będzie realizować od 10-12 przejazdów równoległe, by zrealizować zadanie w przewidzianym czasie. Oznacza to, że dla realizacji wszystkich 5 zadań częściowych Zamawiający wymaga posiadania personelu w postaci 50-60 kierowników robót z każdej z branż. Biorąc pod uwagę inne równoległe realizowane zadania dla tego samego Zamawiającego, na których również zaangażowani są kierownicy robót, zdaniem Wykonawcy nie ma na rynku tylu kierowników robót w poszczególnych branżach, co powoduje, że Zamawiający postawił warunek niemożliwy do spełnienia, ograniczający uczciwą konkurencję na rynku.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na niekonsekwencję Zamawiającego w tym zakresie, bowiem powszechnie akceptowany jest jeden kierownik robót w danej branży na linii kolejowej obejmującej kilkadziesiąt kilometrów i kilkadziesiąt przejazdów, natomiast w odniesieniu do przedmiotowego zadania, wymaga dla każdego przejazdu samodzielnego kierownika robót, który będzie realizował prace wyłącznie na tym przejeździe, co zdaniem Wykonawcy jest wymogiem nadmiarowym.

Wykonawca wskazał ponadto, że wśród praktyków branży sterowania ruchem kolejowym, jednogłośnie jest twierdzenie, że wymóg ciągłej obecności kierownika robót w ramach realizacji jednego przejazdu jest wymogiem nadmiarowym.

W ocenie Odwołującego niekonsekwentnym ze strony Zamawiającego jest również to, że dla realizacji całego zadania częściowego wystarczający jest jeden Kierownik Budowy, natomiast niezbędnych jest 10-12 kierowników robót.

Wykonawca podniósł, że rozumie jednak potrzebę Zamawiającego, by w czasie danych robót na przejeździe był obecny kierownik tych robót. Wymóg przebywania kierowników wszystkich robót przez cały okres realizacji przejazdu (6 miesięcy) jest nadmiarowy.

W związku z powyższym Odwołujący sprecyzował swoje odwołanie w tym zakresie poprzez żądanie zmiany Subkl. 6.8 par. 2 z:

„Zamawiający zastrzega, że przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zamówienia Częściowego Wykonawca musi zapewnić ww. osoby spełniające wymagania w każdej lokalizacji, dla każdej części zamówienia.”

Na:

„Zamawiający zastrzega, że przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zamówienia Częściowego, Wykonawca musi zapewnić ww. osoby spełniające wymagania w każdej lokalizacji, dla każdej części zamówienia na czas prowadzenia prac w danej branży.”

#### TERMINY POPRAWNIANIA DOKUMENTACJI

W pkt 4.4.1.3 lit m PFU, Zamawiający zakłada niemożliwe do spełnienia terminy dla Wykonawcy do poprawy dokumentacji lub przekazania stanowiska - uznając, że jest to 5 dni kalendarzowych.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na całkowitą nierównoprawność terminów przewidzianych dla Zamawiającego oraz dla Wykonawcy. Terminy dla Zamawiającego to dni robocze, natomiast dla Wykonawcy są to dni kalendarzowe.

Po drugie, w Jego ocenie, terminy przewidziane dla Zamawiającego są co najmniej 2-3 razy dłuższe niż terminy przewidziane dla Wykonawcy.

Po trzecie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający przewiduje możliwość, że jeżeli trafi do niego więcej niż 1 projekt, to będzie to wymagało więcej czasu na realizację, natomiast takiego samego mechanizmu nie przewidział dla Wykonawcy.

Po czwarte wreszcie, przy konieczności poprawy kilku projektów, gdzie uwagi ze strony ZOPI nie zostaną zgłoszone w poniedziałek, Wykonawcy pozostają właściwie zawsze tylko cztery a czasem trzy dni na uwzględnienie poprawek lub przekazanie stanowiska, co jest wymogiem niemożliwym do spełnienia przez Wykonawcę. W związku z powyższym Wykonawca wniósł o zmianę pkt 4.4.1.3 lit m PFU z:

„W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do inżyniera swoje stanowisko, Termin przekazania stanowiska Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku zasadności zgłoszonych uwag nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych. Termin wniesienia zmian do dokumentacji wynikających z zasadnych uwag IZ, Zamawiającego lub Inżyniera nie może być dłuższy niż 7 dni kalendarzowych”

Na:

„W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji w przypadku



stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do inżyniera swoje stanowisko. Termin przekazania stanowiska Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku zasadności zgłoszonych uwag nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych. Termin wniesienia zmian do dokumentacji wynikających z zasadnych uwag ii, Zamawiającego lub Inżyniera nie może być dłuższy niż 7 dni kalendarzowych 10 dni roboczych w przypadku do dwóch projektów oraz 5 dni roboczych dla każdego dodatkowego projektu/

Odwołujący podniósł również, że konsekwencją powyższego - jak również zmiana nr 3 5IWZ z dnia 29 listopada 2016 roku - musi być zmiana Subkl. 8.7 lit „y” z:

„za niedotrzymanie 7 dniowego terminu wymaganego na poprawę dokumentacji i/lub ponowne przedłożenie dokumentacji nie uwzględniającej wprowadzenia zasadnych uwag zgłoszonych przez Inżyniera lub Zamawiającego - 5000 zł za każdy projekt”

Na:

„za niedotrzymanie 7 dniowego przewidzianych Umową terminów wymaganego na poprawę dokumentacji i/lub ponowne przedłożenie dokumentacji nie uwzględniającej wprowadzenia zasadnych uwag zgłoszonych przez Inżyniera lub Zamawiającego - 5000 zł za każdy projekt”

**OBECNOŚĆ KIEROWNIKA ROBÓT I DYREKTORA KONTRAKTU NA RADACH, NARADACH, SPOTKANIACH KOORDYNACYJNYCH ORAZ ODBIORACH ROBÓT**

Zamawiający przewidział obowiązek:

"dla Dyrektora Kontraktu do obecności na każdej radzie budowy, naradzie, spotkaniu organizacyjnym oraz odbiorze robót [zagrożone sankcją karną 15.000 zł za każdy przypadek nieobecności”;

Dla Kierownika Budowy na komisjach odbiorów, radach budowy, innych naradach i spotkaniach wymagających jego obecności [zagrożone sankcją karną 15.000 zł za każdy przypadek nieobecności,

Na potrzeby odwołania Wykonawca rozumie pojęcia użyte przez Zamawiającego jako:

- rada budowy: spotkanie Wykonawcy z inżynierem;
- spotkanie koordynacyjne: spotkanie Wykonawcy, Inżyniera oraz Zamawiającego
- narada - każde inne spotkanie zwoływane na polecenie Inżyniera lub Zamawiającego.

Jak wskazano w dalszej części niniejszego pisma obawy Wykonawcy, dające podstawy do wniesienia odwołania, dotyczą następujących kwestii:

1. Zamawiający w żaden sposób nie określił terminu z jakim wyprzedzeniem będzie informował poszczególne osoby o terminie danych spotkań. Może to w skrajnym przypadku doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający bądź Inżynier będą zwoływali spotkania z dnia na dzień, przez co Wykonawca nie będzie mógł w takim spotkaniu uczestniczyć, bo

będzie się wiązało z karą, która na marginesie będzie całkowicie oderwana od jakiegokolwiek szkody Zamawiającego.

2. Zamawiający stawiając taki wymóg, nie przewidział, że Kierownik Budowy będzie miał w tym czasie obowiązki wynikające z prawa budowlanego i sprawowania funkcji kierownika budowy, co będzie kolidowało mu z terminem narady lub spotkania.

3. Nie przewidziano możliwości zaproponowania innego terminu spotkania przez Wykonawcę.

4. W odniesieniu do Kierownika Budowy nie sprecyzowano mechanizmu, za pomocą którego Kierownik będzie informowany, że dane spotkanie, rada lub narada wymaga jego obecności, a przez to zawsze istnieje ryzyko, że Zamawiający uznał, że jego obecność będzie wskazana, co da mu podstawę do nałożenia kary umownej.

5. Kierownik Budowy w ramach pełnienia swoich obowiązków zobowiązany jest uczestniczyć w wielu spotkaniach z przedstawicielami jednostek administracyjnych oraz podmiotami, z którymi konieczne jest dokonanie uzgodnień sposobu prowadzenia robót, co może powodować niemożność uczestniczenia w spotkaniach zwołanych przez Zamawiającego". Umowa nie przewiduje wyznaczenia zastępstwa dla Kierownika Budowy, a nie można łączyć funkcji Kierownika Budowy i Przedstawiciela Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że rozumiejąc jednak potrzebę Zamawiającego sprawnej realizacji zadania oraz obecności osób decyzyjnych w ważnych momentach realizacji zadania, Wykonawca wnosi o zmianę warunków SIWZ w ten sposób, że:

- Dyrektor Kontraktu będzie obecny na wszystkich radach budowy oraz spotkaniach koordynacyjnych, na wszystkich naradach, jeżeli w zaproszeniu zostanie to wprost wskazane, a informacja o każdym spotkaniu koordynacyjnym, naradzie lub radzie budowy zostanie przekazana Wykonawcy z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni.

W związku z powyższym, jak również w wyniku zmiany nr 3 do SIWZ z dnia 29 listopada 2016 roku, Odwołujący wniósł o zmianę: Subkl. 4.3 paragraf 5 z:

„Dyrektor Kontraktu oprócz bieżącego kierowania wykonaniem kontraktu na Placu/Placach Budowy zobowiązany jest do udziału we wszystkich odbiorach robót, a także we wszystkich komisjach, spotkaniach, naradach itp. dotyczących realizowanego kontraktu.”

Na:

„Dyrektor Kontraktu oprócz bieżącego kierowania wykonaniem kontraktu na Placu/Placach Budowy zobowiązany jest do udziału we wszystkich odbiorach robót, a także we wszystkich komisjach, spotkaniach - naradach dotyczących realizowanego kontraktu oraz na wszystkich naradach, jeżeli w zaproszeniu zostanie to wprost wskazane, a informacja o każdym

spotkaniu koordynacyjnym, naradzie lub radzie budowy zostanie mu przekazana z wyprzedzeniem co najmniej 5 dni"

Oraz Subkl. 87. Pkt „s” z:

„za nieobecność wymaganego przez Umowę przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na radach budowy, naradach i spotkaniach koordynacyjnych, a także odbiorach robót - w wysokości 15.000,00 zł odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady, rady, spotkanie lub odbioru.”

Na:

„za nieobecność wymaganego przez Umowę i odpowiednio poinformowanego przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na radach budowy, naradach i spotkaniach koordynacyjnych, a także odbiorach robót - w wysokości 15.000,00 zł odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady, rady, spotkanie lub odbioru.”

Oraz - pomimo braku informacji (i) z jakim wyprzedzeniem Kierownik Budowy będzie informowany o terminie narad i spotkań, jak również (ii) czy w wyjątkowych sytuacjach może wskazać swoje zastępstwo (tak jak to przewidziano dla Dyrektora Kontraktu) - w związku z modyfikacją nr 3 do SIWZ - cofamy odwołanie w zakresie zmiany Subkl. 8.7 lit „u”.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w szczególności wzoru umowy, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest podmiotem zainteresowanym udziałem w niniejszym postępowaniu prowadząc działalność gospodarczą zbieżną z przedmiotem zamówienia, zaś sformułowane w ramach środka ochrony prawnej zarzuty odnoszą się do treści SIWZ, postanowień umowy oraz Programu Funkcjonalno - Użytkowego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności treści wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POIiŚ 5.2-9 pn. „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – Etap I – część przejazdowa”.

Izba następnie ustaliła, iż w dniu 03.11.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE. W dniu 05.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 214 – 390139.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 18.04.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W związku z przedstawionymi przez Odwołującego zarzutami Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych obejmujących wskazane przez Odwołującego postanowienia dokumentacji postępowania:

W Programie funkcjonalno - użytkowym (PFU) - pkt 6.5 ppkt 10 str. 54, zostało zamieszczone postanowienie, zgodnie z którym: „W przypadku zaprojektowania zasilania z przyłącza OSD Wykonawca jest zobowiązany do monitorowania sprawy terminowej zabudowy przyłącza przez operatora. Długi termin wykonania przyłącza przez OSD nie upoważnia Wykonawcy do wydłużenia Czasu na Ukończenie, ani do dodatkowej zapłaty. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęcie takich rozwiązań projektowych, które pozwolą mu na terminowe zrealizowanie zadania.”.

Z kolei w pkt 5.6 str. 35 PFU zostało zamieszczone postanowienie, zgodnie z którym: „Wykonawca w ramach kontraktu musi tak zaprojektować urządzenia, aby możliwe było doprowadzenie zasilania do przejazdu w terminie założonym przez Wykonawcę w Harmonogramie rzeczowo - finansowym. Problemy związane z długimi terminami realizacji przyłączy przez Operatorów Sieci Dystrybucyjnych stanowią ryzyko Wykonawcy i nie mogą być podstawą do wydłużenia terminu realizacji poszczególnych przejazdów, bądź usprawiedliwieniem dla nie wykonania kamienia milowego. To Wykonawca realizujący zadanie w systemie „projektuj i buduj” musi podjąć takie działania i takie rozwiązania projektowe, które zagwarantują dostarczenie energii w terminie umożliwiającym przeprowadzenie wymaganych prób i odbiorów w założonych w harmonogramie terminach.”

W pkt 5.6 str. 36 PFU zostało umieszczony następujące postanowienie: „Zamawiający wystąpił do operatorów energetycznych z wnioskami o podanie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznych oraz podpisał lub podpisze do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą część umów na realizację przyłączy. Pozyskane warunki stanowią załącznik nr I.8-V.8 do niniejszego PFU. Natomiast podpisane już umowy przyłączeniowe Zamawiający przekaze po podpisaniu umowy na roboty. Wykonawca uwzględni otrzymane warunki oraz umowy na etapie projektowania i realizacji inwestycji.”

W subklauzuli 6.8. Warunków Szczególnych Umowy Zamawiający wskazał kierowników robót różnych branż przewidzianych do realizacji zamówienia. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca podczas projektowania i realizacji Robót oraz tak długo, jak będzie to konieczne do wypełnienia zobowiązań Wykonawcy, zapewnił całe kierownictwo konieczne do:

planowania, organizacji, kierowania, zarządzania, inspekcji i dokonywania prób przy pracy, w szczególności, ale nie wyłącznie:

- Kierownika robót torowych
- Kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych
- Kierownika robót drogowych
- Kierownika robót telekomunikacyjnych
- Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie kolejowej sieci trakcyjnych
- Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych
- Głównego geodetę.

Równocześnie w Subklauzuli 6.8 zawarto zapis: „Zamawiający zastrzega, że przy równoczesnym prowadzeniu prac w kilku lokalizacjach w ramach danego Zadania Częściowego Wykonawca musi zapewnić ww. osoby spełniające powyższe wymagania w każdej lokalizacji - dla każdej części zamówienia.”

Równocześnie w SIWZ w Tomie I (IDW) w pkt. 8.6.2. Zamawiający, w zakresie potwierdzenia warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymaga, aby Wykonawca dla każdej z części Zamówienia (Zadania) oddzielnie wykazał dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia po 1 osobie na stanowisko:

- Dyrektora Kontraktu,
- Kierownika Budowy,
- Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym,
- Głównego Projektanta - koordynatora.

W Programie funkcjonalno - użytkowym (PFU) w pkt 4.4.1.3 - str. 23 zostały umieszczone postanowienia zgodnie z którymi:

k) Projekty wykonawcze dla robót podlegają zaopiniowaniu przez właściwy IZ. Zamawiający zastrzega 10 dni roboczych na wydanie opinii przez IZ. W przypadku równoczesnego (lub przed upływem 10 dni) złożenia więcej niż dwóch projektów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni roboczych na każdy projekt (np. przy równoczesnym złożeniu 4 projektów czas opiniowania pierwszych dwóch projektów wynosi 10 dni, trzeciego 15, a czwartego 20 dni).

l) Inżynier wraz z opinią przekaże projekt wykonawczy Zamawiającemu. Po uzyskaniu pozytywnej opinii Zamawiającego, Inżynier zatwierdzi projekt wykonawczy. Biorąc pod uwagę terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych, wynikających z zapisów umownych, Wykonawca uwzględni czas konieczny na zaopiniowanie dokumentacji przez ZOPI (21 dni roboczych od daty przekazania dokumentacji do Inżyniera) oraz czas potrzebny na ewentualną poprawę dokumentacji. W przypadku równoczesnego (lub przed upływem 21 dni roboczych) złożenia więcej niż dwóch projektów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni

roboczych na każdy projekt (np. przy równoczesnym złożeniu 4 projektów czas opiniowania pierwszych dwóch projektów wynosi 21 dni roboczych, trzeciego 26, a czwartego 31 dni roboczych).

m) W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji lub w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do Inżyniera swoje stanowisko. Termin poprawy dokumentacji lub przekazania stanowiska nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych.

n) W przypadku konieczności ponownej oceny dokumentacji (po wprowadzeniu poprawek, uzupełnień) czas na wydanie opinii przez IZ wynosi 10 dni roboczych, czas na wydanie opinii przez ZOPI wynosi 21 dni roboczych (od przekazania poprawionej dokumentacji do Inżyniera). W przypadku równoczesnego złożenia więcej niż dwóch poprawionych (uzupełnionych) projektów lub przed upływem wyznaczonych terminów czas opiniowania wydłuża się o 5 dni roboczych (analogicznie jak w pkt k) i 1).

W warunkach umowy - subklauzula 8.7 lit. y - str: 71 zostało wprowadzone postanowienie, w którym została przewidziana kara umowna za niedotrzymanie 7 dniowego terminu wymaganego na poprawę dokumentacji i/lub ponowne przedłożenie dokumentacji nie uwzględniającej wprowadzenia zasadnych uwag zgłoszonych przez Inżyniera lub Zamawiającego - 5 000 zł za każdy projekt.

W Warunkach Szczególnych Umowy, zostały wprowadzone postanowienia, zgodnie z którymi przewidziane zostały kary umowne:

1) „za nieobecność wymaganego przez Umowę przedstawiciela Wykonawcy (Dyrektora Kontraktu) uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji na radach budowy, naradach i spotkaniach koordynacyjnych, a także odbiorach robót - w wysokości 15.000,00 PLN odrębnie za każdy przypadek nieobecności w wyznaczonym terminie narady, rady, spotkania lub odbioru;” /Subklauzula 8.7 lit. s, str. 71/;

2) „za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót, radach budowy, innych naradach i spotkaniach wymagających jego obecności - 15.000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, rady lub innego spotkania.”/Subklauzula 8.7 lit u/.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 29.11.2016 r. dokonał modyfikacji następujących postanowień SIWZ oraz wzoru umowy w następujący sposób (zmiana nr 3):

1. W CZĘŚCI TOM II SIWZ - (WU) Subklauzula 8.7 litera u) OTRZYMUJE BRZMIENIE:

u) za brak Kierownika Budowy na komisjach odbiorów robót oraz po pisemnym wezwaniu Inżyniera lub Zamawiającego na narady i spotkania wymagających jego obecności - 15 000,00 PLN za każdy przypadek nieusprawiedliwionej nieobecności w wyznaczonym terminie odbioru, narady, lub innego spotkania."

2. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU, pkt. 4.4.1.3 otrzymuje brzmienie: litera m) :

m) W przypadku zgłoszenia uwag do dokumentacji wykonawczej przez IZ, Inżyniera lub ZOPI, Wykonawca zobowiązany jest dokonać poprawek (uzupełnień) w dokumentacji lub w przypadku stwierdzenia braku zasadności uwag, Wykonawca zobowiązany jest przekazać do Inżyniera swoje stanowisko. Termin przekazania stanowiska Wykonawcy w przypadku stwierdzenia braku zasadności zgłoszonych uwag nie może być dłuższy niż 5 dni kalendarzowych. Termin wniesienia zmian do dokumentacji wynikających z zasadnych uwag IZ, Zamawiającego lub Inżyniera nie może być dłuższy niż 7 dni kalendarzowych."

3. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU) pkt 5.6 akapit 6 OTRZYMUJE BRZMIENIE:

„Zamawiający wystąpił do operatorów energetycznych z wnioskami o podanie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznych oraz podpisał lub podpisze do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą wszystkie umowy przyłączeniowe dotyczące załączonych do PFU warunków przyłączeniowych, z wyjątkiem tych dla których termin realizacji przyłącza wynosi 3 miesiące lub mniej. Pozyskane warunki, umowy i projekty umów przyłączeniowych stanowią załącznik nr I.8-V.8 do niniejszego PFU. Zamawiający załącza również podpisane umowy oraz projekty umów które, z uwagi na krótki termin realizacji przyłącza będą sukcesywnie podpisane w terminie późniejszym. Terminy realizacji przyłączy wynikające z zawartych umów przyłączeniowych do warunków przyłączeniowych załączonych do PFU nie będą dłuższe niż do końca 2018r. Wykonawca uwzględni otrzymane warunki oraz umowy na etapie projektowania i realizacji inwestycji."

4. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU) pkt. 6.5 punkt 10 OTRZYMUJE BRZMIENIE:

„10. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przyjęcie takich rozwiązań projektowych, które pozwolą mu na terminowe zrealizowanie zadania."

5. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU) Załącznik II.6. pkt 1 (przejazd na linii 27 w km 31.354) w branży torowo - drogowej DODAJE SIE NOWY TIRET O TREŚCI:

„- Gmina Miasto Płońsk wyraża chęć prowadzenia prac związanych z przebudową przepustu drogowego na działce kolejowej 1/30 jednocześnie z Wykonawcą modernizującym przejazd. W przypadku jednoczesnej pracy wyłoniony Wykonawca zobowiązany będzie do



wykonania/naprawy nawierzchni dopiero po wykonanych pracach przez Gminę Miasto Płońsk."

6. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU) Załącznik II.6. pkt 35 (przejazd na linii 220 w km 10.918) w branży energetycznej DODAJE SIE NOWY TIRET O TREŚCI:

„- układ pomiarowo-rozliczeniowy dostosować do zasad TPA zgodnie z pkt 5.6.1.2 PFU"

7. W CZĘŚCI III SIWZ - (PFU) Cześć H BRZMIENIE:

1.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 1 II.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 2 11.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 3 Informacyjna pkt 6 otrzymuje brzmienie:

IV.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 4 V.8 Warunki przyłączeniowe, umowy i projekty umów przyłączeniowych dla przejazdów z zadania nr 5"

. W CZĘŚCI III SIWZ - Załącznik 11.8 UZUPEŁNIA SIĘ O:

- warunki przyłączeniowe dla przejazdów zlokalizowanych na linii nr 40 w km 48,539 i 90,610 oraz wymienia się warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii 220 w km 33,250 (aktualne posiadają nr P/16/050379 z dn. 12.10.2016)

- warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii nr 40 w km 46,137 oraz wymienia się warunki przyłączeniowe dla przejazdu zlokalizowanego na linii 220 w km 10,918 (aktualne posiadają nr WP-ERD3D-5716-57/2016)

Pozostałe zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostają bez zmian. Powyższa zmianę należy traktować jako Integralną część SIWZ.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż ze względu na sposób prezentacji zarzutów w treści rozpoznawanego odwołania, sposób prezentacji przez Odwołującego argumentacji, jak również ze względu na konieczność uwzględnienia dodatkowego stanowiska Odwołującego wyrażonego w treści pisma przygotowawczego z dnia 30.11.2016 r. celem uporządkowania argumentacji Izba w pierwszej kolejności odniosła się w sposób ogólny do poszczególnych instytucji związanych z omawianymi zarzutami (zasada swobody umów w ramach zarzutów odwoławczych, niemożność świadczenia, kary umowne, nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, naruszenie zasad zamówień publicznych na skutek kształtowania postanowień umowy) odnosząc powyższe ogólne rozważania do poszczególnych zarzutów i ich podstaw faktycznych, jednocześnie prezentując szczegółową argumentację związaną z poszczególnymi elementami realizacji przyszłego kontraktu, tj. ryzyk związanych z wykonaniem przyłączy, liczby kierowników robót, terminów na poprawienie dokumentacji projektowej, terminów powiadamiania o posiedzeniach związanych z udziałem dyrektora kontraktu i kierownika budowy.

W drugiej kolejności Izba wskazuje, iż w przypadku podniesienia w ramach środków ochrony prawnej zarzutów odnoszących się do postanowień umowy, jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy, zachodzi konieczność ich oceny w ramach art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zachodzi konieczność ustalenia, czy wskazane przez podmiot wnoszący odwołanie postanowienia umowy ograniczają lub uniemożliwiają dostęp wykonawcy lub określonej grupy wykonawców do zamówienia. Wskazać bowiem należy, iż środki ochrony prawnej służą eliminacji z obiegu prawnego czynności, które po pierwsze, stoją na przeszkodzie udziałowi wykonawców w postępowaniu, zaś po drugie, naruszają naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych (zasadę równego dostępu do zamówienia, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) lub godzą w indywidualne interesy w ten sposób, że ich utrzymanie w obiegu prawnym jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął powyższym wymaganiom, tj. nie wykazał, że tak sformułowane postanowienia SIWZ (wraz z załącznikami) oraz wzoru umowy uniemożliwiają jego udział w postępowaniu.

Odwołujący w ramach rozpoznawanego odwołania nie wykazał również, iż dojdzie do zawarcia nieważnej umowy lub brak jest możliwości należytego spełnienia świadczenia w całości. W tym miejscu Izba wskazuje na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2612/13, w ramach którego wskazano, że: „Izba stwierdza także, że wykonawca kwestionując postanowienia wzoru umowy nie wykazał, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym

wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący nie wykazując naruszenia przepisów ustawy Pzp, również nie wykazał przyczyn z powodu których kwestionowane postanowienia wzoru umowy miałyby stanowić nadużycie prawa i miałyby pozostawać w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, czy też wykraczać poza ramy swobody umów, a zatem naruszać wskazany art. 5 kc oraz art. 353 (1) i 353 § 2 kc. Izba wskazuje również, że w przypadku gdyby doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów ustawy Kodeks cywilny nie wszystkie uwzględnione zarzuty, odnoszące się do postanowień przyszłej umowy mogą skutkować, ze względu na odpowiednie zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnieniem odwołania. Tylko bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować jego uwzględnienie.”.

Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości argumentację zawartą w powyższym orzeczeniu wskazując, iż aby mogło dojść do ewentualnego zastosowania wskazanego przez Odwołującego art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny wada powinna odnosić się do całego świadczenia. W zakresie poszczególnych zarzutów powyższa kwestia zostanie rozwinięta w dalszej części uzasadnienia.

Zdaniem Izby, z argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego wynika w szczególności to, że żądania z odwołania zmierzają do dogodnego ukształtowania umownych obowiązków wykonawcy i obniżenia poziomu umownych zobowiązań oraz odpowiedzialności z tytułu niewykonania, czy też nienależytego wykonania umowy. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy takie ukształtowania jej przyszłych postanowień jest wynikiem dotychczasowych doświadczeń i identyfikacji wszystkich mogących wystąpić ryzyk, które zostały zidentyfikowane w sposób pełny i jednoznaczny oraz które mogą zostać ujęte w cenie zaoferowanej przez poszczególnych wykonawców. Wskazać również należy, iż Odwołujący swoją argumentację w zasadzie oparł na przypuszczeniach, tj. zakładając niekorzystne dla siebie scenariusze związane z realizacją przewidzianego umową świadczenia. Jednocześnie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie tylko nie zaprzeczył ale wręcz potwierdził, że Zamawiający zidentyfikował wszystkie ryzyka i istotne dla realizacji inwestycji elementy – co zdaniem Izby przemawia za koniecznością oddalenia zarzutu z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Na kwestię związaną z oceną zarzutów skierowanych wobec postanowień umowy lub innych dokumentów określających sposób realizacji świadczenia zwrócono uwagę w dokumencie „Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.” str. 76 – 77, gdzie zostało wskazane: „Zatem podkreślić należy, iż projekt umowy kształtuje przyszłe relacje stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego, zaś jego ocena co do ewentualnego naruszenia zasady swobody umów, ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, czy też

w aspekcie niemożności realizacji świadczenia może być oceniana jedynie hipotetycznie – o ile postanowienia wzorca umowy nie naruszają wprost bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czy też nie pozostają w opozycji do zasad prawa cywilnego, czy też sformułowanych w K.c. klauzul generalnych. W takim wypadku, tj. jeżeli do wskazanych wyżej naruszeń prawa nie dochodzi, zazwyczaj podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej i zmierzający do modyfikacji postanowień projektu umowy kreuje na potrzeby odwołania pewne hipotetyczne ryzyka wskazując jednocześnie, iż postanowienia kontraktowe ich nie uwzględniają, nie niwelują niekorzystnych dla wykonawców zdarzeń lub wręcz zawierają postanowienia niekorzystne dla nich w kontekście możliwych do wystąpienia okoliczności. W tym bowiem aspekcie rysuje się problem ciężaru dowodu oraz procesu dowodzenia, na który w sposób szczegółowy, również w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp, wskazała Izba w wyroku z dnia 7 października 2013 r. (Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt KIO 2149/13, KIO 2152/13, KIO 2157/13 oraz KIO 2161/13). Jest to zatem rozpoznawana przez Izbę płaszczyzna, w ramach której pojawia się wiele trudności praktycznych i teoretycznych wątpliwości, oraz do której należy podchodzić z dużą dozą ostrożności, co było często podkreślane w przywołanym w *Informacji* orzecznictwie Izby”.

Izba w niniejszym składzie w ramach podniesionych zarzutów wskazuje, iż podziela w całej rozciągłości, jako własne, stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2016 r. sygn. akt KIO 360/12 oraz stanowisko zawarte w przywołanej wyżej *Informacji* o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r. ujęte w Części 3 w rozdziale 1.8. zatytułowanym „Postanowienia projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego jako przedmiot zarzutów w ramach środków ochrony prawnej rozpoznawanych przez Izbę” (str. 76 źródło internetowe [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0023/3965/I\\_KIO\\_2013.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/3965/I_KIO_2013.pdf)).

Ponadto Izba wskazuje, iż w tym zakresie stanowisko zostało wyrażone również przez orzecznictwo sądowe, w tym w ramach powołanego przez Zamawiającego wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08, którego uzasadnienie wpisuje się w stan faktyczny niniejszej sprawy oraz w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11.

Izba wskazuje również, iż nieuzasadnione jest powiązanie niektórych zarzutów odwołania z przepisem art. 14 ustawy Pzp. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 listopada 2013 r. KIO 2612/13, które to stanowisko Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości, „(...) wykonawca wskazując na podstawę prawną zarzutu nawiązuje do art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem do czynności podejmowanych przez zamawiającego i

wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. Zatem czynnością, o której stanowi ten przepis, będzie taka czynność prawna, jak oświadczenie woli oraz inne pozostałe czynności takie jak m.in. oświadczenia wiedzy, z którymi normy prawne wiążą określone konsekwencje prawne [np. zawiadomienia, czy poświadczenia]. Stosowanymi najczęściej przepisami kodeksu cywilnego są przykładowo przepisy dotyczące zdolności do czynności prawnych, czy też czynności prawnych i ich formy czy też zasad obliczania terminów - w zakresie oczywiście nie uregulowanym w ustawie Pzp. Tym samym, zdaniem Izby, w odniesieniu do wzoru umowy, z uwagi na podnoszony zarzut naruszenia art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny nie ma zastosowania wskazywany art. 14 ustawy Pzp.”

W zakresie zarzutów związanych z wysokością kar umownych, których możliwość naliczenia Odwołujący wskazał w ramach swojej argumentacji jako podstawę żądania konkretyzacji lub wydłużenia terminów określonych w umowie, Izba wskazuje, iż instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi co do zasady przeszkody w uzyskaniu zamówienia – a zatem nawet w ramach potencjalnego ryzyka nie może stanowić uzasadnienia do uwzględnienia innych zarzutów związanych z terminami realizacji, czy to poszczególnych etapów zadania, czy też jego całości. Jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdyż jej wysokość jest rażąco wygórowana i zachodzą uzasadnione przesłanki, że racjonalnie działający wykonawca może mieć uzasadnione obawy, że ma ona na celu uprzywilejowanie określonych wykonawców i niejako „zniechęcenie” innych od udziału w postępowaniu może zostać skutecznie podważona w ramach środków ochrony prawnej (vide wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13 oraz KIO 1133/13) lub stanowić podstawy do konkretyzacji lub wydłużenia terminów realizacji. Wówczas ocena wysokości kar umownych następuje w kontekście art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednak wykonawca winien wykazać, że instytucja kar umownych różnicuje w sposób nieuzasadniony pozycje poszczególnych wykonawców – czego Odwołujący w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej nie wykazał.

Tym samym powiązanie przez Odwołującego instytucji kar umownych z zarzutami odnoszącymi się do terminów realizacji zadania oraz poszczególnych czynności (weryfikacja i wprowadzanie korekt do projektów), jak również związanych z realizacją wskazanych w umowie obowiązków (udział przedstawicieli wykonawcy na naradach, odbiorach, radach lub innych spotkaniach) nie może stanowić podstawy do uwzględnienia wskazanych w treści odwołania zarzutów i takiego ukształtowania postanowień przyszłej umowy aby zredukować przewidziane w jej treści obowiązki oraz wynikające z braku ich realizacji sankcje finansowe.

W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający dokonał w przypadku projektów nieznacznego wydłużenia terminu wprowadzania poprawek oraz dokonał w ramach wyjaśnień i prezentacji swojego stanowiska wykładni postanowień związanych z kwestionowanymi przez Odwołującego instytucjami, tj. m.in. sposobu naliczania kar umownych za niedochowanie terminu realizacji kamieni milowych przez wskazanie, że jeżeli wykonawca dochowa terminu realizacji, nie będą naliczane kary umowne za niedotrzymanie terminów realizacji kamieni milowych.

W zakresie zarzutów dotyczących terminów realizacji zamówienia w związku z przerzuceniem na wykonawcę, jak wskazał Odwołujący, wszystkich ryzyk związanych z terminem wykonania przyłączy energetycznych oraz w związku z zarzutem odnoszącym się do terminów na poprawienie dokumentacji projektowej, które w ocenie Odwołującego mogą być niemożliwe do dochowania, Izba pragnie również wskazać, iż należy ocenić ich ewentualny wpływ na możliwość uzyskania zamówienia oraz ewentualny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosząc zarzut z art. 387 ustawy Kodeks cywilny winien bowiem wykazać, iż: „Niemożliwość świadczenia, powodująca według art. 387 § 1 k.c. nieważność umowy, musi zachodzić w chwili jej zawarcia (tzw. niemożliwość pierwotna), musi to być niemożliwość istniejąca obiektywnie i mieć charakter trwały. Obojętne jest, czy ma ona charakter faktyczny czy prawny”. Powyższa teza została wyrażona w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2009 r. o sygn. akt IV CSK 81/09. Jak wynika zaś z uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r. o sygn. akt II CSK 611/08 „Artykuł 387 § 1 k.c. reguluje tzw. niemożliwość pierwotną świadczenia, a więc niemożliwość istniejącą w chwili zawarcia umowy. Jest to niemożliwość obiektywna, która polega na tym, że nie tylko konkretny dłużnik, ale również żadna inna osoba nie może spełnić świadczenia”. Z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 maja 1992 r. o sygn. akt I ACr 162/92 wynika zaś, że skutku tego nie wywoła zatem niemożliwość subiektywna, istniejąca tylko po stronie dłużnika.

Biorąc pod uwagę powyższe taka też okoliczność, tj. brak możliwości spełnienia świadczenia przez jakiegokolwiek wykonawcę winna być wykazana przez Odwołującego. W tym wypadku świadczenie takie należy uznać za całkowicie niewykonalne, co do zasady i co do zobowiązania głównego (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 2002 r. o sygn. akt III CKN 1015/99).

Jednakże wskazany przez Odwołującego, jako naruszony przez Zamawiającego przepis art. 387 ustawy Kodeks cywilny, swoją hipotezą nie obejmuje sytuacji, gdy tylko część świadczenia, i to część marginalna, dotknięta jest niemożnością, a inne elementy są możliwe do spełnienia. Nie obejmuje on również sytuacji, gdy niemożność ta jest jedynie

hipotetyczna i warunkowana wystąpieniem wskazanych przez Odwołującego skrajnie niekorzystnych okoliczności, lub wręcz oparta jest na przypuszczeniach odnoszących się do tego, że Zamawiający zechce na etapie realizacji wykorzystać swoją uprzywilejowaną pozycję.

Jak wynika z komentarza do art. 387 ustawy Kodeks cywilny (Komentarz do art. 387 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] A. Kidyba (red.), A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski, Z. Gawlik, A. Janiak, G. Kozieł, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna, LEX, 2010), wówczas znajduje zastosowanie przepis art. 58 § 3 ustawy Kodeks cywilny, który w określonej sytuacji pozwala utrzymać w mocy część postanowień umowy. Tym samym, w ocenie Izby, jedynie brak możliwości zawarcia ważnej umowy, co do całego i zasadniczego zobowiązania, mógłby stanowić obiektywną okoliczność odstąpienia przez wykonawcę od udziału w postępowaniu, co należałoby uznać za okoliczność uzasadniającą uwzględnienie powyższego zarzutu. Tylko nieważność przyszłej umowy, ze względu na brak możliwości realizacji całego świadczenia, stanowiłyby przesłankę do uznania, że wykonawca mając tego świadomość nie widzi możliwości jego spełnienia i tym samym ma uzasadniony powód dla odstąpienia od udziału w postępowaniu. Powyższy brak możliwości spełnienia świadczenia, jak wyżej wskazano, winien mieć charakter trwały i pierwotny, a więc bezwarunkowy – czego nie sposób doszukać się w argumentacji zawartej w odwołaniu.

Nie sposób zatem uznać, iż obiektywny brak możliwości uzyskania zamówienia spowodowany brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego uniemożliwia Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu, tj. że poza zwiększonym ryzykiem ekonomicznym wykonawca został pozbawiony możliwości zawarcia ważnej umowy.

Izba powtórnie wskazuje, iż w zakresie terminów na dokonanie poprawek dokumentacji projektowej Zamawiający w ramach zmiany nr 3 do SIWZ (pismo z dnia 29.11.2016 r.) dokonał nieznacznego wydłużenia tych terminów. Ponadto w zakresie kontroli dokumentacji projektowej Zamawiający podniósł, iż istnieje możliwość takiej organizacji robót aby nie zachodziła konieczność przedstawiania projektów w jednym czasie, co do której to okoliczności Odwołujący nie przedstawił w toku rozprawy żadnych dowodów – choćby przez przedłożenie wstępnego harmonogramu robót. Ponadto jak wskazał Zamawiający w przypadku prawidłowego opracowania projektu dochodzi zazwyczaj do sytuacji, że zgłaszane uwagi mają jedynie charakter redakcyjny i porządkujący. W tym zakresie Izba za racjonalny uznała również argument Zamawiającego, że Zamawiający w przewidzianym w umowie krótkim czasie będzie dokonywał analizy całej nie znanej sobie dokumentacji projektowej, zaś wykonawca, w przypadku poprawnie sporządzonej dokumentacji, będzie musiał dokonać

jedynie drobnych poprawek i to w opracowaniu, którego jest autorem – a zatem które jest mu doskonale znane.

W zakresie odniesienia przez Odwołującego zarzutu z art. 387 ustawy Kodeks cywilny do jego podstawy związanej z wykonaniem przyłączy elektroenergetycznych Izba wskazuje, za argumentacją Zamawiającego podniesioną w tym przedmiocie na etapie rozprawy, że Odwołujący nie zaprzeczył nawet twierdzeniom Zamawiającego wskazującym, iż część z przejazdów posiada już przyłącza energetyczne (40%), zaś na 68 przejazdach należy jedynie zwiększyć moc przyłączeniową, jak również nie zaprzeczył twierdzeniom, że w zależności od przyjętych rozwiązań konieczność zwiększenia mocy może okazać się zbyteczna.

Na etapie rozprawy Zamawiający wskazał ponadto, że na platformie zakupowej zamieścił wszystkie umowy przyłączeniowe oraz warunki przyszłych umów, oraz wskazał, że część dotychczas niezawartych umów zostanie zawarta w krótkim terminie i wykonawcy, mając takie informacje, będą mogli opracować szczegółowo harmonogram.

Dodatkowo Zamawiający na rozprawie wskazał i potwierdził, w odpowiedzi na pytanie Przewodniczącego, że jeżeli wykonawca dochowa terminu realizacji, nie będą naliczane kary umowne za niedotrzymanie terminów realizacji kamieni milowych.

Odwołujący podtrzymując zarzut związanych z kwestią przyłączy energetycznych nie uwzględnił powyższych okoliczności, nie uwzględnił również faktu, iż Zamawiający pismem z dnia 30.11.2016 r. dokonał zmiany w tym zakresie precyzując, że „Terminy realizacji przyłączy wynikające z zawartych umów przyłączeniowych do warunków przyłączeniowych załączonych do PFU nie będą dłuższe niż do końca 2018 r.”.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż powyższe zarzuty zostały w całości oparte jedynie na przypuszczeniach Odwołującego, tj. na okolicznościach które mogą wystąpić jedynie w skrajnie niekorzystnych warunkach i są związane z etapem realizacji umowy. Już choćby z tego względu nie mogą one stanowić podstawy uwzględnienia powyższych zarzutów. Jak bowiem wyżej wskazano, środki ochrony prawnej nie służą do redukcji ryzyk kontraktowych ale mają za zadanie rugowanie z obrotu prawnego tych czynności, które wprost godzą w interes wykonawców związany z uzyskaniem danego zamówienia (vide art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG zatytułowany „Zakres stosowania i dostępność procedur odwoławczych” w brzmieniu nadanym przez art. 1 Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dziennik Urzędowy UE z dnia 20.12.2007 r. L 335/31)).



Tym samym Izba uznała, iż zarzut odnoszący się do terminów nanoszenia poprawek w dokumentacji projektowej oraz terminu realizacji zadania w związku z opóźnieniami związanymi z realizacją przyłączy nie potwierdził się.

Jak wyżej wskazano o naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia SIWZ oraz wzoru umowy, w tym wypadku terminów realizacji, można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy - nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z dokumentacji postępowania (SIWZ oraz załączników do niej), mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp. To samo należy odnieść do braku możliwości spełnienia świadczenia (niemożliwości świadczenia), gdy przyczyn niemożliwości świadczenia należy upatrywać w cechach świadczeniodawcy, tj. jeżeli niemożność świadczenia wynika z właściwości dłużnika.

W tym zakresie Izba wskazuje, zgadzając się z argumentacją Zamawiającego podniesioną na etapie rozprawy, że nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1, gdyż postanowienia umowy są identyczne dla wszystkich wykonawców. Analogicznie w przypadku art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazano jego naruszenia, gdyż opis przedmiotu zamówienia jest jasny i przewidywalny, zaś dokumentacja pozwala na opracowanie harmonogramu i określenie liczby personelu.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie sprostął ciężącym na Nim obowiązkom i nie wykazał naruszenia powyższych przepisów. Wszakże obowiązek wykazania okoliczności na których opiera się konstrukcja zarzutów zawartych w treści odwołania spoczywa na tym,

kto twierdzi, tj. ogólny rozkład ciężaru dowodu powoduje, że proces dowodzenia winien być przeprowadzony przez ten podmiot który z wskazanych faktów wyciąga dla siebie korzystne skutki prawne.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do postanowień umowy Izba uznała za zasadne przywołanie w niniejszym orzeczeniu stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w tym zakresie w toku rozprawy. Dokonana przez umocowanego pełnomocnika Zamawiającego wykładnia poszczególnych postanowień umowy stanowi bowiem istotną informację, nie tylko dla Odwołującego, ale również dla pozostałych uczestników postępowania. Biorąc pod uwagę fakt, iż jak zostało wskazane w toku rozprawy przez Zamawiającego, wyjaśnienia te (zawarte w piśmie z dnia 30.11.2016 r. oraz zaprezentowane na rozprawie) oddają rzeczywiste znaczenie poszczególnych postanowień umowy są one wiążące, zarówno dla Zamawiającego, jak również dla wykonawców. Wyjaśnienia te uczyniły poszczególne wymogi mniej rygorystycznymi. Tym samym ich powołanie w ramach prezentacji stanu faktycznego Izba uznała za konieczne (zmiana nr 3 do SIWZ zawarta w piśmie z dnia 30.11.2016 r.).

W tym miejscu Izba w odniesieniu do pozostałych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 353<sup>1</sup> oraz art. 647 ustawy Kodeks cywilny w związku z czynnością Zamawiającego obejmującą sformułowanie treści SIWZ wraz z załącznikami (Programu Funkcjonalno – Użytkowego oraz wzoru umowy) wskazuje, iż nie doszukała się w odwołaniu wzorca kontroli, w postaci przepisów ustawy Pzp lub ustawy Kodeks cywilny, których ewentualne naruszenie mogłoby doprowadzić do niemożności ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wszakże przyjęcie nawet, iż doszło do zachwiania równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny przez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym bardziej nie sposób doszukać się jego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania we wzorze umowy związane z ryzykami odnoszącymi się do realizacji przyłączy elektroenergetycznych, terminami realizacji korekt do projektu umowy, ustaleniami liczby kierowników robót, czy też sposobem powiadamiania i samym udziałem kierownika budowy i dyrektora kontraktu w spotkaniach w ramach procesu inwestycyjnego. W ocenie Izby przy tak

sformułowanych postanowieniach umowy każdy wykonawca znajdujący się w identycznej sytuacji faktycznej będzie podlegał analogicznym obowiązkom – a zatem brak jest rozróżnienia tych postanowień ze względu na właściwości podmiotowe poszczególnych wykonawców. Za nietrafny Izba uznała również zarzut wywiedziony z obecnej (znowelizowanej) treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. związany z kwestią proporcjonalności wymagań sformułowanych przez Zamawiającego. Izba wskazuje bowiem, iż zasada proporcjonalności doczekała się rozległego omówienia w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2004 r. Sygn. akt SK 21/03 czytamy: (...) Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że „spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu” (Polskie dyskusje o państwie prawa, pod red. S. Wronkowskiej, Warszawa 1995, s. 74, por. wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., P. 7/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 72).

W wyroku z dnia 22 października 2015 roku w sprawie C-425/14 Impresa Edilux Srl i Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) przeciwko Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana - Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani i inni, Trybunału Sprawiedliwości UE (pkt 29) wskazał, że: „Niemniej jednak, zgodnie z zasadą proporcjonalności, która stanowi ogólną zasadę prawa Unii, taki środek nie powinien wychodzić poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu” (*zob. podobnie wyrok Serrantoni i Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo*). Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 Werner Mangold: „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem” (*zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. I – 10037 w sprawie C-476/99 Lommers. ...*).

Przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności brak jest ze strony Odwołującego argumentacji wskazującej, iż postawione przez Zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji. Gdyby taka

sytuacja miała miejsce nie zachodziłaby trudność w wykazaniu jakie inne, mniej rygorystyczne, środki mogą doprowadzić do osiągnięcia założonych przez Zamawiającego celów, tj. należytego nadzoru nad realizowanymi robotami, usprawnienia przebiegu procesu inwestycyjnego, dochowaniem terminów oraz zmobilizowaniem wykonawców do należytego opracowania dokumentacji projektowej. Jednakże w niniejszym przypadku w ramach swojej argumentacji Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że istnieją inne adekwatne do założonych celów środki, którymi Zamawiający może zastąpić te wskazane w dokumentacji postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż kwestionowane postanowienia uniemożliwiają Odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie zarzutu z art. 647 ustawy Kodeks cywilny, w ramach którego Odwołujący wskazał, że postanowienia ujęte w SIWZ nakładają na wykonawcę ryzyka związane z dokonaniem czynności związanych z przygotowaniem robót w rozumieniu art. 647 ustawy Kodeks cywilny doszło do naruszenia ww. przepisu. W tym miejscu Izba wskazuje, iż po pierwsze Odwołujący nie wskazał na czym naruszenie to miałoby polegać, po drugie nie uwzględnił okoliczności, że przedmiot niniejszego zamówienia jest realizowany w ramach koncepcji „zaprojektuj i wybuduj” oraz, że immanentną cechą prowadzenia działalności gospodarczej jest działanie w ramach pewnych ryzyk, które profesjonalny przedsiębiorca winien identyfikować i niwelować w oparciu o znane rynkowi mechanizmy (wysokość kalkulowanego wynagrodzenia, organizacja robót, udział podwykonawców, produkty ubezpieczeniowe itp.).

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka podmiot zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one w kalkulowanej przez wykonawcę cenie za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę.

Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi

wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut ten nie koresponduje z tezami podniesionym w odwołaniu w zakresie liczebności personelu. Na etapie rozprawy Odwołujący wskazał, że kwestionowany wymóg 8.6.2 nie koresponduje z postanowieniami PFU, co powoduje, że z jednego dokumentu wynika określona liczba osób przewidzianych do realizacji, zaś z drugiego dokumentu liczba personelu jest niesprecyzowana – co można odczytywać w ten sposób, że Zamawiający w zakresie liczebności personelu postawił wykonawcom niższe wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu niż na etapie realizacji umowy. W ocenie Izby w takim działaniu nie sposób doszukać się naruszenia ww. przepisu. Co do zasady warunki udziału nie mogą być nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a więc stanowiąc przesłankę udziału w postępowaniu, nie mogą być w tym znaczeniu nadmiarowe. Postawienie warunków na niższym poziomie nie może stanowić o naruszeniu normy prawnej ujętej w treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, odnosząc się do rzekomej niedookreślonej liczby personelu kierowniczego na budowie, że kwestia ta jest regulowana przepisami ustawy Prawo budowlane oraz wynika z samej organizacji robót – która jest wyłączną domeną wykonawcy.

W ramach podsumowania Izba powtórnie wskazuje, iż niezmiernie rzadko może dojść do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.

W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, jak również trudności we współpracy z Zamawiającym nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia zarzutów odnoszących się do postanowień umowy. O takim naruszeniu mogłoby stanowić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Kodeks cywilny na skutek zawarcia w umowie określonych postanowień przy jednoczesnym ich wpływie na

możliwość sporządzenia przez wykonawcę ważnej oferty i tym samym samą możliwość udziału w danym postępowaniu. W tym miejscu należy uznać za zasadne założenie, iż naruszenie, wskutek zawarcia w umowie określonych i jednocześnie naruszających obowiązujące prawo postanowień, pozwala na przyjęcie jako określonego modelu obiektywnej zasadności wykonawcy do rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takich okolicznościach, tj. przy naruszających prawo elementach przyszłego stosunku zobowiązaniowego racjonalny wykonawca odstąpiłby od złożenia oferty ze względu na określone ryzyka, w tym zawarcie nieważnej umowy, jak również ze względu na obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia.

Wskazać należy również, że w przypadku gdyby doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów ustawy Kodeks cywilny nie wszystkie uwzględnione zarzuty odnoszące się do postanowień przyszłej umowy mogą skutkować uwzględnieniem odwołania, ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Tylko bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować uwzględnienie odwołania.

Nie należy jednak powyższego odnosić do ekonomicznej strony świadczenia, w tym jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk. Pierwsze stanowią pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, te drugie zaś mogą zostać wycenione i ujęte w cenie ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego. Umowa bowiem, stanowiąca w części element opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego związanych z realizacją świadczenia – mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

W tym miejscu jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający na etapie rozprawy wskazał, że w ramach tego etapu inwestycji (w stosunku do poprzednich) realizowana jest dwukrotnie mniejsza liczba przejazdów przy dwukrotnie wydłużonym terminie realizacji – której to okoliczności Odwołujący nie zaprzeczył.

Jak wyżej wskazano umowa zawierana jest z jednym wykonawcą i wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenia oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Odwołanie się do art. 5 ustawy Kodeks cywilny jest o tyle nieadekwatne w ramach podniesionej na rozprawie argumentacji Odwołującego, że odnosi się ona do normy prawnej związanej ze stosowaniem prawa. Wszakże art. 5 ustawy Kodeks cywilny stanowi, że „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Tym samym ocena czynności Zamawiającego, dla której podstawę normatywną będą stanowiły postanowienia np. wzoru umowy, może nastąpić w oparciu o powyższą normę prawną dopiero na etapie realizacji umowy, tj. po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu należy również wskazać, iż większość obaw Odwołującego związana jest z etapem realizacji umowy, a nie czynnościami przedsięwziętymi przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba za zasadne uznała przytoczenie fragmentu uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), przywołanego przez Zamawiającego na rozprawie, w którym zostało wskazane, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień

publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Z powyższego wyroku wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.



**Przewodniczący:**

.....

