

Sygn. akt: KIO 1679/16

POSTANOWIENIE
z dnia 22 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w Warszawie w dniu 22 września 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Parmie, Via A.M. Adorni 1 i TSO Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Chelles, Chemin du Corps de Garde CS 80035-77508** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Parmie, Via A.M. Adorni 1 i TSO Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Chelles, Chemin du Corps de Garde CS 80035-77508** kwoty 18 000zł. 00 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Konin- odcinek Barłogi-Swarzędz w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa-Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew-Swarzędz” realizowanego w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 października 2015r. za numerem 2015/S 212 384210.

W dniu 29 sierpnia 2016r. zamawiający wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazał wykonawcom drogą elektroniczną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 8 września 2016r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Parmie, Via A.M. Adorni 1 i TSO Spółka Akcyjna z siedzibą we Francji w Chelles, Chemin du Corps de Garde CS 80035-77508 – zwani dalej odwołującym wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 września 2016r. udzielonego przez pełnomocnika specjalnego firmy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. zgodnie z uprawnieniami wynikającymi z odpisu z rejestru Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa Miasta Parma załączonego wraz z tłumaczeniem do odwołania. Impresa Pizzarotti & C S.p.A. działała w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik TSO SA na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 grudnia 2015r. udzielonego przez partnera, w imieniu, którego działał przewodniczący zarządu ujawniony w Urzędzie Trybunału Handlu w Meaux, zgodnie z odpisem wraz z tłumaczeniem załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 8 września 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 i art, 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020 dalej ustawy) przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust 1 i art. 29 ust 3 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegający na wskazaniu znaków towarowych oraz pochodzenia i naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
3. art. 5, art 353(1), art. 487 § 2, art, 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy przez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy z

przekroczeniem granic swobody kontraktowania oraz zasad współzycia społecznego, w tym przeniesienia na wykonawców niewspółmiernego ryzyka związanego z realizacją projektu w sposób podważający istotę umowy o wykonanie robót budowlanych;

4. art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy przez ukształtowanie postanowień SIWZ w zakresie warunków umowy w sposób powodujący, iż niektóre świadczenia wykonawcy będą niemożliwe do spełnienia.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości,

nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników, w szczególności projektu budowlanego i wykonawczego w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami ustawy, tj. przez:

1. usunięcie nazw własnych produktów oraz opisów technicznych implikujących rozwiązania techniczne konkretnych producentów w sposób opisany poniżej:

- 1) w dokumencie pn. Projekt Wykonawczy B2. LCS Konin „PW.B2.09.01”:

- i. 1.2 9) str. 13 - przez usunięcie sformułowania: „Zasilanie urządzeń do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego musi być realizowane w oparciu o układy zasilania blokady liniowej”;

- ii. 3.2.2 str. 25 - w sformułowaniu „obsługa blokady liniowej jednodostępowej z zintegrowanymi licznikami osi” przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;

- iii. 3.6.10 str. 40 - w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednodostępowej z zintegrowanymi licznikami osi” przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;

- iv. 3.6.11 str. 40 - w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednodostępowej z zintegrowanymi licznikami osi” przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;

- v. Rys. PW.B2.09.01.036 str. 81 „blokada jednodostępowa z zintegrowanymi licznikami osi” przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;

- vi. Rys. PW.B2.09.01.025 str. 70 - przez usunięcie słów: „SPA-4 interface” oraz „SPR-2 km. 224.161”;

- vii. Rys. PW.B2.09.01.031 str. 76 - przez usunięcie słów: „SPA-4 interface” oraz „SPR- 2 km. 236.198” oraz „SPR-2 km. 236.436”;

- viii. Rys. PW.B2.09.01.055 str. 100 - przez usunięcie słów: „SPA-4 interface” oraz „SPR-2 km. 280.520” oraz „SPR-2 km. 280.983” oraz „SPR-2 km. 282.060”;

- 2) w dokumencie pn. Projekt Wykonawczy B2. LCS Konin „PW.B2.09.05”:

- i. 1.1 str. 6 - w sformułowaniu: „Kontrola niezajętości torów musi być realizowana przy pomocy urządzeń oddziaływania tor - pojazd istniejących bezzłączowych obwodów torowych typu SOT-1” przez zastąpienie słów: „istniejących bezzłączowych obwodów torowych typu SOT-1” słowami „urządzeń oddziaływania tor - pojazd”;

- ii. 2.2 str. 9 w sformułowaniu: „Na szlakach, na których wymagana będzie przebudowa posterunków odstępowych sbl wynikająca z „prostowania łuków”, lokalizacji semaforów wjazdowych itp. prace wykonane zostaną w eksploatowanej blokadzie typu Eac z obwodami torowymi do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego typu SOT-1.” przez usunięcie słów: „z obwodami torowymi do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego typu SOT-1.”;
 - iii. 3.1.1 str. 10 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
 - iv. 3.1.3 str 11 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
 - v. 3.1.8 str. 13 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
 - vi. 3.1.10 str.14 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
 - vii. 3.1.11 str. 15 w sformułowaniu „Odbiornik SOT-1 Urządzenia kontroli nie zajętości odcinków” przez usunięcie słów: „Odbiornik SOT-1”;
- 3) w dokumencie pn. Projekt Wykonawczy B2. LCS Konin „PW.B2.09.06”:
- i. 3.1.1 str. 14 przez usunięcie słów „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi” i zastąpienie ich słowami „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;
 - ii. Zestawienie podstawowych materiałów str. 14 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;
 - iii. Zestawienie podstawowych materiałów str. 14 przez usunięcie słów „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy” i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;
 - iv. 3.1.2 str. 15 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi” i zastąpienie ich słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;
 - v. Zestawienie podstawowych materiałów str. 15 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy” i zastąpienie ich słowami: Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;
 - vi. Zestawienie podstawowych materiałów str. 15 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy” i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;
 - vii, 3.1.3 str. 15 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii

kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i zastąpienie ich słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;

viii Zestawienie podstawowych materiałów str. 16 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor pojazd”;

ix. Zestawienie podstawowych materiałów str. 16 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor pojazd”;

x 3.1.7 str. 18 przez usunięcie słów „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i zastąpienie ich słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających"

xi. Zestawienie podstawowych materiałów str. 18 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor pojazd”;

xii. Zestawienie podstawowych materiałów str. 18 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor pojazd”;

xiii 3.1.8 str. 18 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i zastąpienie ich słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;

xiv- Zestawienie podstawowych materiałów str. 19 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

xv. Zestawienie podstawowych materiałów str. 19 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

xvi. 3.1.9 str.19 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i zastąpienie ich słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;

xvii. Zestawienie podstawowych materiałów str. 20 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

xviii. Zestawienie podstawowych materiałów str 20 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

xix. Zbiorcze zestawienie podstawowych materiałów str. 20 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi prawy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

xx. Zbiorcze zestawienie podstawowych materiałów str. 20 przez usunięcie słów: „Czujnik torowy systemu licznika osi lewy" i zastąpienie ich słowami: „Urządzenia oddziaływania tor - pojazd”;

4) w dokumencie pn. Projekt Budowlany B2. LCS Konin „PB.B2.TOM II.9.0pis”:

- i. 2.3.1 9) str.18 przez usunięcie słów: „Zasilanie urządzeń do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego musi być realizowane w oparciu o układy zasilania blokady liniowej”;
- ii. 2.4.1 str. 23 przez usunięcie słów: „Kontrola niezajętości torów musi być realizowana przy pomocy istniejących bezzłączowych obwodów torowych typu SOT- 1” i zastąpienie ich słowami: „Kontrola niezajętości torów musi być realizowana przy pomocy urządzeń oddziaływania tor - pojazd”;
- iii. 5.2 str.56 w sformułowaniu: „Na szlakach, na których wymagana będzie przebudowa posterunków odstępowych sbl wynikająca z „prostowania łuków”, lokalizacji semaforów wjazdowych itp. prace wykonane zostaną w eksploatawanej blokadzie typu Eac z obwodami torowymi do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego typu SOT-1.” przez usunięcie słów: „z obwodami torowymi do stwierdzania niezajętości odstępu blokowego typu SOT-1”.
- iv. 11.3.1 str. 68 w sformułowaniu „...w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
- v. 11.3.3 str. 69 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
- vi 11.3.8 str. 71 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
- vii. 11.3.10 str. 72 w sformułowaniu „... w zakresie nowych elementów: ... obwody układowej kontroli niezajętości torów typu SOT-1 dla odcinków” przez usunięcie słów: „obwody układowej” oraz „typu SOT-1”;
- viii. 9. str. 62 w sformułowaniu „Do stosowania na PKP Polskich Liniach Kolejowych S.A. dopuszczone są urządzenia blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami osi...” przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;
- ix. 11.2.2 str. 68 w sformułowaniu „...obsługa blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami osi wraz ze zdalną kontrolą tych urządzeń.” Przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi”;
- x. 11.5.1 str.74 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi” i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;
- xi. 11.5.2 str.74 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi” i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających”;

- xii. 11.5.3 str.74 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających";
- xiii. 11.5.7 str.76 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających";
- xiv. 11.5.8 str.76 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających";
- xv. 11.5.9 str.77 przez usunięcie słów: „czterech czujników wyłączających, w technologii kontroli niezajętości na bazie licznika osi" i ich zastąpienie słowami: „czterech urządzeń oddziaływania tor - pojazd wyłączających";
- xvi. 11.14.11 str. 110 w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami" przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi";
- xvii. 11.14.12 str. 110 w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami" przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi";
- xviii. 11.15.8 str. 98 w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami" przez usunięcie słowa „zintegrowanymi";
- xix. 11.15.9 str.98 w sformułowaniu „Nowych komputerowych urządzeń blokady liniowej jednoodstępowej z zintegrowanymi licznikami" przez usunięcie słowa: „zintegrowanymi" oraz zmianę wszystkich rysunków z projektów budowlanych i wykonawczych będących częścią dokumentacji projektowej w taki sposób, aby nie wskazywały na konieczność zastosowania obwodów torowych SOT -1 oraz urządzeń zabezpieczania przejazdów SPA-4 oraz SPR-2 oraz blokady liniowej ze zintegrowanymi licznikami osi, oraz blokady zapewniającej zastosowanie urządzeń stwierdzenia niezajętości zasilanych w oparciu o układy zasilania blokady liniowej (tzw. blokady autonomicznej), stanowiących rozwiązania techniczne konkretnego producenta.

2. W zakresie SUBKLAUZULI 4.1 „OGÓLNE ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY" Warunków Umowy (TOM II SIWZ) o nakazanie zamawiającemu:

- wykreślenia zapisów pkt 11, 12, 13 w brzmieniu przywołanym poniżej:

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

oraz

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

oraz

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

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

i zastąpienia ich następującą treścią:

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

oraz

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

oraz

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

3. W SUBKLAUZULI 8.3 Warunków Umowy (ostatni akapit na str. 61 tomu II SIWZ), nakazanie zamawiającemu wykreślenia zapisu w brzmieniu:

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

4. W SUBKLAUZULI 8.7 Warunków Umowy, nakazanie zamawiającemu wykreślenia zapisu punktu h) w brzmieniu:

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

Ponadto wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami odwołania i nakazanie zamawiającemu wypłaty na rzecz odwołującego kwoty 23.600,00 zł stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego, na które składają się zwrot wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem KIO „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)” (por. m.in, wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Odwołujący jest podmiotem, który po fazie prekwalfikacji został zaproszony przez zamawiającego do złożeniu oferty w postępowaniu. Postanowienia SIWZ, a w szczególności opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny i naruszający uczciwą konkurencję preferują rozwiązania techniczne proponowane przez niektórych producentów, co w sposób całkowicie nieuzasadniony uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom proponującym -podobnie jak odwołujący - rozwiązania innych producentów (w równym stopniu odpowiadającym potrzebom zamawiającego).

Wymagania zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia uniemożliwiają odwołującemu złożenie optymalnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu, w związku z czym może on ponieść szkodę polegającą na utracie możliwości uzyskania zamówienia na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ponadto, ograniczenie konkurencji w zakresie tak znaczącej części zamówienia, jaką stanowią urządzenia i systemy srk, niewątpliwie niekorzystnie odbije się na cenach przedstawianych przez innych wykonawców w postępowaniu, co z kolei niesie ze sobą ryzyko przekroczenia wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia, co uniemożliwiłoby odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Co więcej, kwestionowane czynności zamawiającego narażają odwołującego na poniesienie szkody związanej z brakiem możliwości oceny ryzyka finansowego w związku z ustanowieniem kwestionowanych zapisów SIWZ. Istnieje ryzyko związane z brakiem możliwości złożenia prawidłowo skalkulowanej oferty lub realizacją umowy zawartą z naruszeniem swobody kontraktowania, a co się z tym wiąże: nieprzewidywalnymi konsekwencjami finansowymi po stronie odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 i art 29 ust 2 ustawy odwołujący podniósł, że zamawiający w SIWZ, a dokładnie w treści Projektów Wykonawczych (dokumenty: PW.B2.09.01, PW.B2.09.06) oraz Projektów Budowlanych (dokument: PB.B2.TOM IL9.0pis) zamieścił wymagania dotyczące sposobu wykonania kontroli niezajętości dla systemów przejazdowych, wskazując, iż jako urządzenia oddziaływania dopuszcza wyłącznie liczniki osi. Jednocześnie zamawiający w ww, dokumentach opublikował kryteria dotyczące

urządzeń zabudowywanych na blokadzie liniowej, wskazując, iż jako urządzenia blokady liniowej zaakceptuje jedynie urządzenia zintegrowane z licznikami osi oraz zapewniające zasilanie dla urządzeń stwierdzania niezajętości w oparciu o układy zasilania blokady liniowej (czyli tzw. blokadę liniową autonomiczną). Dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia, zdaniem odwołującego, zawęża w sposób nieuzasadniony merytorycznie krąg wykonawców mogących ubiegać się o realizację przedmiotowego zamówienia, a tym samym narusza przepis art. 7 oraz art. 29 ust. 2 ustawy. Podany przez zamawiającego sposób kontroli niezajętości dla systemów przejazdowych determinuje bowiem wyłącznie jeden jej rodzaj, który może znaleźć zastosowanie na przedmiotowym zadaniu.

Odwołujący zaznaczył, iż blokada autonomiczna: ze zintegrowanymi licznikami osi oraz zapewniające zasilanie dla urządzeń stwierdzania niezajętości w oparciu o układy zasilania blokady liniowej jest rozwiązaniem powodującym konieczność zabudowy osobnego systemu dla obsługi blokady samoczynnej. W konsekwencji jest ono nieekonomiczne, bowiem skutkuje znacznym wzrostem kosztów budowy urządzeń srk w ramach projektu, a także wzrostem kosztów eksploatacji bez korzyści w postaci lepszej funkcjonalności, dostępności, itp. Ponadto, dodatkowe układy zapewniające autonomiczność systemu stanowią nowe ogniwa w łańcuchu bezpieczeństwa systemu mogące rzutować na obniżenie jego poziomu. Podane przez zamawiającego wymagania techniczne dla blokady liniowej wskazują na rozwiązanie autonomiczne, które stosuje jeden z producentów obecnych na polskim rynku spośród dwóch dostawców posiadających świadectwo dopuszczenia Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego („UTK”). Powyższe, zdaniem odwołującego, w sposób oczywisty prowadzi do braku możliwości zaoferowania przez odwołującego i innych uczestników postępowania rozwiązań odpowiadających wymogom zamawiającego, ale posiadających inne (równoważne pod względem funkcjonalnym) rozwiązania techniczne, którymi dysponują niektórzy z producentów obecnych na polskim rynku, posiadających świadectwo dopuszczenia UTK. Określone przez zamawiającego w treści SIWZ wymogi w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego faworyzowania jednych i tym samym do dyskryminowania innych wykonawców, zmuszając ich do nawiązywania relacji handlowych z jednym tylko producentem. Odwołujący przypomniał, że każde odstępianie od zasad udzielania zamówień publicznych przez formułowanie wymogów nadmiernych lub dyskryminujących należy uznać za działanie niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów oraz ustawy.

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

Podobna sytuacja zdaniem odwołującego została przedstawiona w wyroku KIO z dnia 09 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2272/12. Odwołujący powołał także wyrok KIO z dnia 09 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2350/12. Zamawiający zawęził wymagania SIWZ, co doprowadziło, zdaniem odwołującego do faworyzowania jednego z wykonawców działających obecnie na rynku, a tym samym do ograniczenia uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 3 ustawy, to odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowywanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej. Nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania zmian w realizacji zamówienia przez zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2376/10, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1556/11).

Fundamentalną regułą dotyczącą sporządzania opisu przedmiotu zamówienia jest wyrażona w art 29 ust. 2 zasada jego neutralności.

Istotę tej zasady obrazuje uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym „zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mógłby wskazywać konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”.

Regulacja art. 29 ust. 2 ustawy zakazuje stosowania zapisów o charakterze dyskryminacyjnym. W doktrynie prawa zamówień publicznych przyjmuje się, że naruszenie normy prawnej zapisanej w art. 29 ust. 2 ustawy stanowi nie tylko rzeczywiste ograniczenie konkurencji, ale również chociażby sama możliwość potencjalnego jej naruszenia (por. M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M, Stachowiak, W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, Warszawa 2010, s. 198).

Zakaz ten nie oznacza konieczności nabywania przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych nieodpowiadającego jego potrzebom, jednakże powoduje, że zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasad równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji - wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06, G. Wicik Prawo Zamówień

Publicznych, Komentarz, G. Wicik, P. Wiśniewski, Warszawa 2007, s. 216, wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05.

Dyskryminację stanowią zarówno zapisy wprost nie odnoszące się do znaków towarowych, patentów czy pochodzenia, jednakże posługujące się cechami technicznymi oraz parametrami charakterystycznymi dla określonych tylko produktów, jak i zapisy wprost takie znaki towarowe, patenty czy pochodzenie wskazujące.

W tym kontekście uzupełnienie zakazu stosowania zapisów dyskryminacyjnych stanowi regulacja określona w art. 29 ust. 3 ustawy.

Z Przepisu tego wynika, że dopuszczalność stosowania przez zamawiającego oznaczeń dotyczących znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uzależniona od kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek:

- 1) jest to uzasadnione specyfiką zamówienia,
- 2) brak możliwości opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- 3) wskazaniu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Niespełnienie którejkolwiek spośród wymienionych przesłanek stanowi o naruszeniu normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 ustawy. Odwołujący przytoczył stanowisko doktryny - M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych..., s. 199, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych..., s. 122, S. Babiaryz, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, S. Babiaryz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Warszawa 2010, s. 226.

Odwołujący stwierdził, że część postanowień projektu wykonawczego oraz projektu budowlanego dotyczących zamówienia udzielanego w postępowaniu narusza opisane powyżej reguły opisywania przedmiotu zamówienia. Postanowienia naruszające powoływane przepisy ustawy, zostały przytoczone w punkcie II żądań petitum odwołania, wskazują one bowiem na konieczność stosowania urządzeń produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia. Ze względu na sposób zapisu kwestionowanych fragmentów SIWZ i ich szczegółowości odwołujący nie ma możliwości pozyskania urządzeń wymaganych SIWZ od innego producenta, czyli zgodnie z regułami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie w dokumentacji przetargowej brak jest jakichkolwiek zapisów wskazujących na dopuszczenie przez zamawiającego rozwiązań równoważnych opisanym.

Na rynku polskim oferowanych jest wiele urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej: „urządzenia srk”) konkurencyjnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji budowlanej i wykonawczej. Urządzenia takie, jakkolwiek mogą różnić się niektórymi parametrami, to jednak w zasadniczej mierze posiadają funkcjonalność zapewniającą zaspokojenie potrzeb zamawiającego w równym stopniu, co wskazane wprost w projekcie budowlanych urządzenia produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. W świetle

postanowienia art. 29 ust. 3 takie urządzenia należy uznać za równoważne. do do równoważności odwołujący powołał wyroki KIO z dnia 16 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1400/08 oraz z dnia 5 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2734/11, z dnia 21 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 595/09.

Co do zarzutu naruszenia art. 5, art. 353(1), art. 487 § 2 oraz art. 647 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy, to odwołujący wskazał, że zakres ryzyk przenoszonych warunkami umowy SIWZ na wykonawcę w ocenie Odwołującego jest nadmierny i tak szeroki, że podważa naturę umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej, której istotą jest realizacja określonego obiektu czy zespołu obiektów przez wykonawcę. W oparciu o przytoczone wyżej postanowienia SUBKLAUZULI 4.1 „OGÓLNE ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY”, stanowiących warunki umowy wykonawca:

- (i) obciążany jest ryzykiem, które pozostaje poza jego możliwościami działania i kontroli, a także konsekwencjami takimi jak
- (ii) niczym nieograniczone (i w żaden sposób niedające się z góry określić) koszty związane z transportem zastępczym przewoźników, opłaty, kary, itp. oraz
- (iii) ryzykiem utraty finansowania całego projektu ze środków unijnych.

Wszystkie te elementy, szczególnie zaś ryzyko zwrotu utraconego dofinansowania unijnego, powodują, że wykonawca staje się w istocie rzeczą inwestorem zastępczym, ponosząc w zasadzie całe ryzyko inwestycji, włącznie z organizacją (czy utratą) jej finansowania. W ocenie odwołującego, kwestionowane zapisy SIWZ stanowią nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego, a kształtując proponowany stosunek umowny między zamawiającym a wykonawcą w sposób krzywdzący wykonawcy, przekraczają w ten sposób zasady współzycia społecznego, do których niewątpliwie należą zasady uczciwego obrotu oraz równości stron stosunków gospodarczych. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się: Umowa naruszająca zasady uczciwego obrotu oraz lojalności wobec kontrahenta może być uznana za sprzeczną z zasadami współzycia. Działania naruszające zasady uczciwego obrotu oraz równości stron w stosunkach obligacyjnych nie mogą bowiem zyskać aprobaty społecznej i prawnej (por. m.in. wyrok SN z dnia 14 czerwca 2005 r., sygn. akt II CK 692/04).

Wyrażona w art. 353(1) Kodeksu cywilnego zasada swobody umów, na gruncie przepisów ustawy podlega ograniczeniom. To bowiem zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest stroną, którą ustawodawca wyposażył w instrumenty prawne, pozwalające na kształtowanie zapisów umowy. Zamawiający, działając w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i dysponując środkami publicznymi na sfinansowanie zamówienia, uzyskuje w praktyce silniejszą pozycję w ramach prowadzonego postępowania. Powyższe okoliczności nie mogą prowadzić jednak zdaniem odwołującego do nadużywania silnej pozycji zamawiającego w celu przeniesienia ryzyka związanego z

realizacją projektu na Wykonawcę. Stanowisko takie zostało wyrażone m.in. w wyroku KIO z dnia 6 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2177/14, wyroku KIO z dnia 27 marca 2014 r., KIO 487/14.

W ocenie odwołującego za sprzeczne z art. 5 oraz art. 353(1) Kodeksu cywilnego, należy uznać zatem objęte zaskarżeniem zapisy Warunków Umowy. W ramach wyceny oferty wykonawca musi uwzględnić wszelkie elementy mające bezpośredni wpływ na cenę oraz inne szczegółowe warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Za czynnik mający szczególne znaczenie w tym kontekście należy bez wątplenia uznać wysokość oraz okoliczności naliczania umownych oraz wszelkie inne elementy związane z ryzykiem finansowym ponoszonym przez wykonawcę. W ocenie odwołującego, niedopuszczalnym jest formułowanie zapisów w sposób, który przenosi finansowe ryzyko powodzenia inwestycji na wykonawców. Za takie działanie należy uznać ustanowienie kwestionowanych zapisów Warunków Umowy, które w szczególności stanowią o potencjalnym, lecz niewspółmiernym obciążeniu wykonawcy:

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

Odwołujący uzupełniająco podniósł, że opisywane określenie obowiązków stron umowy w projektowanych przez zamawiającego warunkach umowy narusza również zasadę ekwiwalentności świadczeń charakterystyczną dla umów wzajemnych (art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego), jaką jest umowa o roboty budowlane. Istota umów o roboty budowlane polega zresztą na tym, że inicjatorem danych robót budowlanych jest inwestor (w przedmiotowym przypadku zamawiający) - nie może on zatem przerzucać całości ryzyka za powodzenia inwestycji na wykonawcę, a do tego, jak już wskazano wyżej, zmierzają kontestowane odwołaniem zapisy warunków umowy.

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

Wnioskowana treść pkt. 11, 12 i 13 SUBKLAUZULI 4.1 Warunków Umowy „OGÓLNE ZOBOWIĄZANIA WYKONAWCY” pozwala na modyfikację warunków umowy w 3 aspektach:

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

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 387 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy odwołujący wskazał, że SUBKLAUZULA 8.3 Warunków Umowy zawiera postanowienia, które przewidują, że Inżynier Kontraktu nie zaakceptuje harmonogramu „wykraczającego” poza datę na ukończenie realizacji zamówienia. W przypadku, gdy z dowolnych przyczyn (w tym także z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, np. z powodu opóźnienia zamawiającego) ma miejsce opóźnienie (i to tak istotne, że ukończenie robót nie jest obiektywnie możliwe w czasie przewidzianym umową), to przedłożenie harmonogramu, który mógłby zaakceptować Inżynier Kontraktu jest zupełnie niemożliwe.

Co więcej, kwestionowana klauzula powoduje również, że w przypadku nierozpatrzenia roszczeń przez Inżyniera Kontraktu (np. z powodu jego opieszałości) wykonawca ma przedstawić harmonogram nieobejmujący nierozpatrzonych roszczeń, np. roszczenia o wydłużenie czasu na wykonanie prac. Tym sposobem wykonawca staje przed wyborem (przymusowego) zrzeczenia się należnych mu i uzasadnionych roszczeń bądź przedstawienia harmonogramu nierealnego. Kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają zatem zarówno przepisy dotyczące świadczenia niemożliwego (i konsekwencji w postaci nieważności takiego zobowiązania, co dalej rzutuje na umowę i projekt o ogromnej wartości), jak i zasad współzycia społecznego i natury umowy o roboty budowlane jako umowy wzajemnej.

Odwołujący zaznaczył, że zarzucane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż uniemożliwiają sporządzenie i złożenie przez wykonawcę prawidłowej oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego oraz przepisami prawa, a ponadto uwzględniającej ryzyko wykonawcy w realizacji zamówienia.

Odwołujący z uwagi na brzmienie art. 190 ust. 1 ustawy zastrzegł sobie prawo do przedstawienia dowodów do zamknięcia rozprawy.

W dniu 21 września 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 22 września 2016r. przed otwarciem rozprawy odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Oświadczenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 września 2016r. załączonego do odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

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

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

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

Przewodniczący: