

WYROK

z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **1. Gmina Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21, 2. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74** reprezentowanego przez **Gminę Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173, dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj.:**
 - zarzutu I odwołania (str. 6-12 odwołania), tj. pkt 8.2.3.2 oraz 24.2.3. ppkt 1 i ppkt 2 specyfikacji z wyłączeniem zarzutu dotyczącego pkt 8.2.3.1 specyfikacji;
 - zarzutu III odwołania (str. 17-26 odwołania) w zakresie pkt 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 i 10 w dotyczących opisu przedmiotu zamówienia (z wyłączeniem pkt 2 i 8);
 - zarzutu V odwołania (str. 29-30 odwołania) w zakresie dotyczącym uzupełnienia treści SIWZ o informacje o badaniach geotechnicznych;
 - zarzutu VII odwołania (str. 34-36 odwołania), tj. opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do robót porządkowych w zakresie estetyzacji.

- 2. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173 i nakazuje Zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**
 - a) w § 13 „Kary umowne” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w następującym sposób:**

- w ust. 1.1. przez obniżenie kary umownej do wysokości nie wyższej niż 0,02 % wynagrodzenia brutto ustalonego w § 8 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia,
 - w ust. 2.3. przez obniżenie kary umownej do wysokości nie wyższej niż 10 000 zł za każdy dzień opóźnienia,
 - wykreślenie w całości ust. 1.2., 2.1., 2.2, 2.4., 2.5. z § 13 projektu umowy;
- b) w § 11 „Odbiór” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, przez ukształtowanie ust. 10.1 w ten sposób, iż Zamawiający może odmówić odbioru w sytuacji, gdy w toku czynności odbiorowych stwierdzi istotne wady/usterki przedmiotu Umowy, z jednoczesnym zdefiniowaniem przez Zamawiającego pojęcia istotności wady/usterki;
- c) w § 8 „Wynagrodzenie” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w ust. 1. i 1.1. wykreślenie stwierdzenia odnoszącego się do ograniczenia kwotowego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy („nie przekroczy kwoty”) oraz w ust. 7 wykreślenie postanowienia „przy czym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższać zadeklarowanej w ofercie ceny”;
- d) w § 12 „Zmiany do umowy” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ wprowadzenie treści uprawniających do zmiany postanowień umownych w zakresie możliwości uzyskania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji robót związanych z wystąpieniem przy wykonywaniu przedmiotu Umowy niemożliwych do przewidzenia wcześniej okoliczności.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **1. Gmina Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21, 2. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173** tytułem wpisów od odwołania. Zasądza zwrot od Zamawiającego: **1. Gmina Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21, 2. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74** na rzecz **Odwołującego** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej koszty z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiającego - Gmina Dąbrowa Górnicza z siedzibą w Dąbrowie Górniczej przy ul. Granicznej 21 oraz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, reprezentowany przez Gminę Dąbrowa Górnicza, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” na: „Budowę centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza” Etap I i Etap II oraz przebudową infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowę przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach Unii kolejowych z drogami - etap III”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 listopada 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 223-545990. W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 29 listopada 2019 r. wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alei Solidarności 173 (dalej: „Skanska” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści specyfikacji.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w zw. z 2. art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności zawodowych, w tym wiedzy i doświadczenia oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, co narusza

zasady uczciwej konkurencji oraz sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym i przygotowanym do jego realizacji;

2. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1 oraz art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”) w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie w Załączniku nr 8 do SIWZ „Projekt umowy” kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia oraz terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów oraz w rażąco wygórowanych, nierynkowych wysokościach;
3. art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ k.c. oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zamieszczenie w Załączniku nr 8 do SIWZ „Projekt umowy” wymogu usunięcia wszelkich wad, bez względu na to czy będą mieć one charakter istotny czy też nieistotny, przed odbiorem końcowym w sytuacji, gdy wykonanie robót budowlanych z drobnymi usterkami lub wadami nieistotnymi nie stanowi o niewykonaniu zobowiązania umownego wykonawcy i jednocześnie w świetle przepisów kodeksu cywilnego;
4. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, 2 i 3 ustawy w zw. z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „Rozporządzenie”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie w jakim Zamawiający:
 - zaniechał zamieszczenia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”) stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty w branży kolejowej m.in usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, w zakresie podtorza i będących wynikiem warunków gruntowo-wodnych oraz wykonania wszelkich niezbędnych robót porządkowych w ramach estetyzacji linii i zagospodarowania terenu, a zatem skalkulowania wyceny oferty w zakresie wskazanych robót i przygotowanie porównywalnych ofert przez wykonawców,

- zaniechał udostępnienia kompletnej dokumentacji projektowej oraz STWiOR poprzez brak dołączenia szeregu dokumentów;
- 5. art. 7 w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art 58 § 1 k.c. i art. 353¹ k.c. poprzez dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, w szczególności poprzez zaniechanie umieszczenia w PFU informacji koniecznych w zakresie planowanych prac i robót obejmujących branżę kolejową m.in. usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi wykonania wszelkich niezbędnych robót porządkowych w ramach estetyzacji linii i zagospodarowania terenu, robót w zakresie podtorza i będących wynikiem warunków gruntowo-wodnych oraz przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ k.c.

Odwołujący podnosił, że w konsekwencji Zamawiający pozbawia wykonawców możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu tj. 60%. Dodatkowo w umowie Zamawiający nie zawarł postanowień umownych umożliwiających zmianę wynagrodzenia w przypadku wystąpienia odmiennych warunków od tych, które wskazał w SIWZ czy które wynikają z udostępnionych wykonawcom dokumentach. Zdaniem Odwołującego czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 k.c.

- 6. art. 144 ust. 1 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy oraz art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647 i 651 k.c. zw. z art. 353¹ k.c. poprzez przeniesienie pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w projekcie umowy okoliczności uprawniających wykonawcę do istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, a czego Zamawiający nie uczynił.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania jednoznacznego i wyczerpującego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) poprzez zmianę postanowień SIWZ i PFU przez:

- zmianę treści SIWZ w pkt 8.2.3.1, 8.2.3.2, 24.2.3.1, 24.2.3.2 w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych i
- uzupełnienie OPZ o brakujące części (dokumenty),
- zmianę i/lub uzupełnienie treści projektu umowy (Załącznika nr 8 do SIWZ),
- zdefiniowanie przez Zamawiającego pojęcia estetyzacji linii kolejowej oraz oczekiwanego efektu, parametrów wykonanych robót, określenie zakresu terenowego na obszarze którego należy wykonać roboty zawierające się w pojęciu estetyzacji, określenie zamkniętego katalogu robót i ich ilości jakie wykonawcy mają skalkulować w ofercie,
- przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Skanska podnosił m. in., że

1. Zdolność techniczna i zawodowa

Odwołujący wskazywał, że pkt 8.2 SIWZ stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 11 ust. 1b ustawy dotyczące:

SIWZ pkt 8.2.3 zdolności technicznej i zawodowej:

Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez wykonawcę, że:

8.2.3.1. nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

min. 1 robotę budowlaną o wartości min. 50 mln zł brutto polegającą na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie, oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakresie której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600 mm (długości odcinków min. 2,0 km), o wartości zakresu infrastruktury min. 10 mln zł brutto.

Odwołujący podnosił, że postawiony przez Zamawiającego warunek jest warunkiem złożonym z kilku wymagań jednocześnie co w konsekwencji rażąco ogranicza konkurencję, ponieważ zawiera w sobie kilka wymagań do spełnienia jednocześnie. Zdaniem wykonawcy Skanska forma warunku powoduje, że wykonawca, który zrealizował nawet kilka zadań

polegających na budowie lub przebudowie dróg w ramach których wykonał powyżej 2 km kanalizacji z rur GRP w zwartej zabudowie mimo posiadanych zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia nie może uczestniczyć w tym postępowaniu. Odwołujący twierdził, że gwarancją prawidłowego wykonania robót polegających na wykonaniu kanalizacji deszczowej z rur GRP dla Zamawiającego powinna być przede wszystkim długość wykonanego odcinka, w tym przypadku Zamawiający określił ją min. 2 km. To samo dotyczy wykonania zbiornika retencyjnego Dn min. 1600 mm, bowiem dla potwierdzenia zdolności wykonawcy, bez znaczenia jest, czy wykonawca wykonał go w ramach tego zadania wraz z przebudową drogi w zwartej zabudowie czy też posiada stosowne doświadczenie w ramach innych realizacji. Jeżeli wykonawca wykonał kilka realizacji, w ramach których wykonał kanalizację deszczową z rur GRP o dł. powyżej 2 km oraz wykonał realizacje kanalizacji deszczowej z rur GRP o dł. mniejszej niż 2 km ale w ramach której były również wykonane wymagane zbiorniki retencyjne, to można śmiało stwierdzić, że posiada stosowne doświadczenie, a zatem zdolności do wykonania tego typu robót. Odwołujący zaznaczał, że wykonanie kanalizacji deszczowej z rur GRP nie zawsze wiąże się z wykonaniem zbiorników retencyjnych, co więcej w większości realizacji zbiorniki retencyjne nie występują, dlatego wykazanie się doświadczeniem przez wykonawcę w ramach dwóch różnych zadań - jednego na wykonanie budowy lub przebudowy drogi w zwartej zabudowie oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakres której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP o średnicy min. 200 mm i drugiego zadania na wykonanie budowy lub przebudowy kanalizacji deszczowej z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600 daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia przez doświadczonego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego uzasadniony jest zatem zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez uniemożliwienie pewnej grupie wykonawców ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w wyniku nieuzasadnionej agregacji w jednym warunku wielu wymagań, wskazując na specyficzne połączenie kilku elementów, które muszą wystąpić jednocześnie w ramach jednej realizacji.

Kolejno wykonawca Skanska podał, że w SIWZ w pkt 8.2.3.2. Zamawiający sprecyzował, że wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi tj.:

Kierownik budowy

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie

wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg, w tym przy min. 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 mln zł brutto wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej

uwaga: zwarta zabudowa to zgrupowanie nie mniej niż 10 budynków, za wyjątkiem budynków o funkcji wyłącznie gospodarczej, pomiędzy którymi największa odległość sąsiadujących ze sobą budynków nie przekracza 100 m.

SIWZ pkt 8.2.3.2.

Kierownik robót mostowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót oraz pełnienie ww. funkcji przy:

- min. 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości tych prac minimum 10 mln zł brutto

SIWZ pkt 24. Kryteria oceny ofert Pkt 24.2.3.

W ramach kryterium doświadczenie Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót mostowych (D), o których mowa w pkt. B.2.3.2 ppkt 1 i ppkt 2 SIWZ ocena będzie dokonana na podstawie informacji o doświadczeniu osób wyznaczonych do pełnienia tych funkcji w Formularzu ofertowym.

Do potrzeb oceny niezbędne jest podanie w załączniku nr 1A do SIWZ minimum informacji o każdym zadaniu istotnym z punktu widzenia kryterium, w którym wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy i kierownika robót tj. nazwa zadania, zakres zadania, poprzedni Zamawiający, termin realizacji.

24.2.3.1. Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 000 000,00 zł brutto, wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej Wykonawca może otrzymać od 0 - 10 pkt (maksymalnie 10 pkt.)

Aby otrzymać maksymalną liczbę punktów Wykonawca musi wykazać, że osoba wskazana jako kierownik budowy pełniła tę funkcję przy realizacji 2 robót o przedmiocie i w okresie jw.- tj. po 5 pkt. za każdą robotę.

W ramach tego kryterium premiowane będzie doświadczenie Kierownika Budowy ponad doświadczenie minimalne wymagane w pkt. B.2.3.2 ppkt 1 SIWZ.

Za brak wykazania doświadczenia Kierownika Budowy, ponad wymagane minimum, Wykonawca otrzyma 0 pkt.

24.2.3.2. Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad dwutorową zelektryfikowaną Unią kolejową o wartości tych prac minimum 10 000 000,00 zł. brutto Wykonawca może otrzymać od 0-10 pkt. (maksymalnie 10 pkt.)

Aby otrzymać maksymalną liczbę punktów Wykonawca musi wykazać, że osoba wskazana jako kierownik robót mostowych pełniła tę funkcję przy realizacji 2 robót o przedmiocie i w okresie jw.- tj. po 5 pkt. za każdą robotę.

W ramach tego kryterium premiowane będzie doświadczenie Kierownika Robót mostowych ponad doświadczenie minimalne wymagane w pkt. 8.2.3,2 ppkt 2 SIWZ.

Za brak wykazania doświadczenia Kierownika Robót mostowych, ponad wymagane minimum, Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Wymaganie przez Zamawiającego posiadania doświadczenia jest niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia i taką gwarancję daje spełnienie warunku

dotyczącego pkt 8.2.3.2 SIWZ. Natomiast ograniczenie doświadczenia w pkt. 24. w ramach dodatkowo punktowanego kryterium oceny ofert do okresu 5 lat przed upływem terminu składania ofert w ocenie Odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia i stanowi naruszenie konkurencji, gdyż powoduje eliminację osób, które zdobyły doświadczenie wskazane w pkt. 24.2.3.1, SIWZ tylko dlatego, że przekroczyły ramy czasowe wyznaczone przez Zamawiającego. Doświadczenie zdobyte w okresie np. 6 czy 10 lat przed terminem składania ofert, w żaden sposób nie jest gorsze, od tego zdobytego w okresie ostatnich 5 lat, daje taką samą gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego tak skonstruowane wymaganie ogranicza w sposób wyraźny liczbę osób, które będą posiadały w/w. doświadczenie, ale również - co nie powinno być bez znaczenia - dyskryminuje często kadrę o znacznie wyższym wieloletnim doświadczeniu w budownictwie.

W SIWZ w pkt 8.2.3.2. podano: Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi tj.:

Kierownik Robót kolejowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26} lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej m.in. remont min. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, komputerowe urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe, zabudowę systemu SDIP, perony, w tym wyspowy, obiekty mostowe.

Kierownik Robót telekomunikacyjnych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji

przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz. U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej w zakresie, sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną

Postępowania inwestycyjne prowadzone przez wiodącego Zamawiającego PKP PLK SA w zakresie budowy, przebudowy czy modernizacji infrastruktury kolejowej cechują się tym, że w zakresie tych inwestycji zabudowa systemu SDIP występuje sporadycznie. Powyższy fakt wpływa na bardzo mocno ograniczoną możliwość zdobycia doświadczenia w brzmieniu jakie wymaga Zamawiający. Wymagane doświadczenie w zakresie zabudowy systemów SDIP jest doświadczeniem, którego należy oczekiwać od kierownika robót teletechnicznych. Powyższą argumentację potwierdza również sam Zamawiający wskazując zakres robót telekomunikacyjnych w PFU pkt. 3.7.7:

3.7.7 Telekomunikacja

Zakres Robót branży telekomunikacji obejmuje:

- 1) Budowę kanalizacji kablowej
- 2) Budowę kabla światłowodowego zgodnie z Wytycznymi Ie-108 i Ie-50z 1.3
- 3) Przeniesienie głowic kablowych kabli telekomunikacyjnych (TKD, TKM) wraz z przyłączami;
- 4) Przebudowę tras kabli telekomunikacyjnych;
- 5) Budowę systemu rozgłoszeniowego i system wspomaganie słuchu zgodnie z wytycznymi tpi-6;
- 6) Dla zabudowy urządzeń SMW i SDIP przyjęto kategorię stacji pasażerskiej B+. Budowę systemu SMW i SDIP, SSC zgodnie z wytycznymi Ipi 4 i 6

Rodzaj, charakterystyka i ilość urządzeń powinna być dostosowana do ww. kategorii stacji pasażerskiej.

Pobranie danych do podsystemów należy zapewnić z NPLS Sosnowiec.

W ocenie Odwołującego oczywistym było, że to kierownik robót telekomunikacyjnych powinien dysponować doświadczeniem w zakresie zabudowy systemu SDIP, a nie kierownik robót kolejowych. Odwołujący twierdził, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób nadmierny, nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony interesem Zamawiającego, wskutek czego doszło do rażącego i bezzasadnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu oraz eliminacji z grona wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienia szeregu rzetelnych i zdolnych do jego realizacji wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez sformułowanie treści niżej wymienionych części SIWZ w następujący sposób:

1) 8.2.3.1.

(...) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- min. 1 robotę budowlaną o wartości min. 50 mln zł brutto polegającą na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakres której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP o średnicy min. 200 mm (długości odcinka min. 2,0 km), o wartości zakresu infrastruktury min. 10 mln zł brutto.

8.2.3.1a

(...) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600

2) 24.2.3.1.

(...) Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 000 000,00 zł brutto, wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej.

3) 24.2.3.2.

(...) Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad

minimum dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości tych prac minimum 10 000000,00 zł brutto Wykonawca może otrzymać od 0 - 10 pkt. (maksymalnie 10 pkt.)

4) 8.2.3.2. Kierownik Robót Kolejowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej m.in. remont min. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, komputerowe urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe, perony, w tym wyspawy, obiekty mostowe

5) Kierownik Robót telekomunikacyjnych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2015 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej w zakresie, sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, której zakres obejmował zabudowę systemu SDIP.

II. SIWZ- Projekt Umowy

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w projekcie umowy określił szereg kar umownych jako kary za opóźnienie i w rażąco wygórowanej wysokości. Odwołujący kwestionował następujące postanowienia § 13 projektu umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ), dotyczące kar umownych:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1.1. Za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu umownego określonego w § 6 ust. 2 umowy, w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto, ustalonego w § 8 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia.
- 1.2. Za opóźnienie w usunięciu wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto, ustalonego w § 8 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia w ich usunięciu. Strony postanawiają, że termin usunięcia przez wykonawcę wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze oraz w okresie gwarancyjnym lub w okresie rękojmi wynosić będzie maksymalnie 14 dni licząc od daty ich stwierdzenia chyba, że strony zgodnie postanowią inaczej.
- 1.3. Za opóźnienie w dostarczeniu dokumentacji określonej w § 11 ust. 5 w wysokości 1.000 zł brutto dziennie licząc od dnia wyznaczonego na rozpoczęcie odbioru końcowego.
- 1.4. Za opóźnienie w dostarczeniu dokumentów określonych w § 11 ust.12 w wysokości 1.000 zł brutto za każdy dzień licząc od dnia następnego od wyznaczonego na przedłożenie kosztorysów powykonawczych.
- 1.5. Za nie przedłożenie przez wykonawcę Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w terminie określonym w § 7 ust.1 w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia następnego od daty wygaśnięcia polisy dotychczasowej, z zastrzeżeniem, że opóźnienie w przedstawieniu polisy o przedłużonym terminie ważności przekraczające

jeden miesiąc, stanowić może wystarczający powód do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy.

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu:

- 2.1. Braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo.
- 2.2. Nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości 10% wartości brutto umowy o podwykonawstwo za każdy dzień opóźnienia.
- 2.3 Nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości 1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy.
- 2.4 Nieprzedłożenia w terminie określonym w § 16 ust. 11 poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust. 1 umowy.
- 2.5 Braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości 5% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust. 1 umowy.
- 2.6. Za każdy dzień opóźnienia w przedłożeniu Zamawiającemu wykazu pracowników realizujących robotę budowlaną objętą niniejszą umową w terminie określonym w § 5 ust. 1 w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień opóźnienia.

Odwołujący wskazywał, że art 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., zgodnie z ustalonym w literaturze i orzecznictwie poglądem, mają zastosowanie do kar umownych, o których mowa w art. 483 § 1 k.c., dłużnik - w niniejszym przypadku wykonawca - ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Tym samym, zdaniem Odwołującego, co do zasady kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych (czy to wykonania zamówienia, czy to usuwania wad) powinny być ukształtowane jako kary umowne za zwłokę, które jest opóźnieniem zawinionym. Oczywiście istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności także w szerszym zakresie, jednakże stosownie do treści art. 473 § 1 k.c. wymaga to sprecyzowania okoliczności, których taka rozszerzona odpowiedzialność miałaby dotyczyć. A wzór umowy takich okoliczności nie precyzuje. O ile więc Zamawiającemu co do zasady przysługuje uprawnienie do wprowadzenia do wzoru - projektu umowy o wykonanie zamówienia publicznego sankcji w postaci kar umownych, o tyle nie powinny mieć one charakteru kar za opóźnienie tj. niedotrzymanie terminów umownych bez względu na przyczynę opóźnienia, w skrajnych przypadkach także z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający. W opinii wykonawcy Skanska jest to w niniejszym

przypadku o tyle prawdopodobne, że przedmiot zamówienia opisany jest w sposób niedostateczny, tak iż mogą ujawnić się braki, błędy w załączonych do SIWZ, jak i brakujących obecnie dokumentach składających się na OPZ. Te okoliczności a także sam skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia mogą mieć w sposób oczywisty wpływ na termin jego wykonania - z przyczyn zależnych nie od wykonawcy, lecz od Zamawiającego, bądź też niezależnych od żadnej ze stron. Dlatego też tego typu postanowienia projektu umowy nie mieszczą się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c., gdyż naruszają zasady współzycia społecznego.

Ponadto zdaniem Odwołującego kary są rażąco wygórowane i odbiegają wielokrotnie od kar stosowanych standardowo na rynku budowlanym. Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., standardowo stosuje kary umowne za nieterminową realizację zamówienia oraz nieterminowe usuwanie wad w wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Tym samym kary umowne określone w § 13 projektu umowy w punktach 1.1 oraz 1.2 ewidentnie wielokrotnie przewyższają standardowe stawki, przy czym kara określona w ust. 1 pkt 1.2 dubluje się z karą z pkt. 2.7. Kolejno Odwołujący podnosił, że kary określone w ust. 2 w § 13 projektu umowy ustalone zostały w wysokościach absurdalnych, co więcej są one zdublowaniem kar ustanowionych w ust. 2.14-2.16. I tak: postanowienia ust. 2 pkt 2.1 i pkt 2.2 dublują się z ust. 2.16; ust. 2 pkt 2.4 dubluje się z ust. 2.15; ust. 2 pkt 2.5 dubluje się z ust. 2.14. I tak za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom kara wynosi 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo, co jest absolutnie niespotykane w obrocie. Z kolei w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynosi ona 10% wartości brutto umowy o podwykonawstwo za każdy dzień opóźnienia, czyli opóźnienie 10-dniowe daje karę w wysokości 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo.

Idąc dalej Odwołujący podnosił, że:

- nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany;
- nieprzedłożenie w terminie określonym w § 16 ust 11 poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany uprawniająj do naliczenia kary w wysokości 1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust. 1 umowy czyli realnie w kwocie ok. 1 500 000 zł za każdy przypadek biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia określoną przez Zamawiających.

Natomiast w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty kara wynosi 5% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust. 1 umowy czyli realnie ok. 7 500 000 zł za każdy przypadek. W ocenie wykonawcy Skanska biorąc pod uwagę poziom

zysku wykonawców w granicach: około 2%, jaki jest kalkulowany w obecnej sytuacji występującej na rynku budowlanym w Polsce, sama tylko jedna przyczyna, np. za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, skonsumować może cały zysk wykonawcy, a pozostałe ww. - jego znaczną część.

W ocenie Odwołującego z tych przyczyn przedmiotowe postanowienia § 13 projektu umowy nie mieszczą w zakresie swobody kontraktowania, gdyż w sposób całkowicie nieuzasadniony naruszają rażąco równowagę stron umowy o roboty budowlane, odbiegając jednocześnie całkowicie od realiów ewentualnej szkody, która mogłaby powstać w wyniku poszczególnych naruszeń. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień §13 projektu umowy poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1.1. Za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu umownego określonego w § 6 ust. 2 umowy, w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto, ustalonego w § 8 ust. 1 umowy, za każdy dzień zwłoki.
 - 1.2. Za zwłokę w usunięciu wad po upływie wyznaczonego terminu ich usunięcia w wysokości:
 - 3.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku wady powodującej utrudnienia w ruchu kolejowym;
 - 1.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku innej wady.
 - 1.3. Za zwłokę w dostarczeniu dokumentacji określonej w §11 ust. 5 w wysokości 1.000,00 zł brutto dziennie licząc od dnia wyznaczonego na rozpoczęcie odbioru końcowego.
 - 1.4. Za zwłokę w dostarczeniu dokumentów określonych w § 11 ust.12 w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy dzień licząc od dnia następnego od wyznaczonego na przedłożenie kosztorysów powykonawczych.
 - 1.5. Za nie przedłożenie przez wykonawcę Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w terminie określonym w § 7 ust. 1 w wysokości 0,01% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust. 1 za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego od daty wygaśnięcia polisy dotychczasowej, z zastrzeżeniem, że zwłoka w przedstawieniu polisy o przedłużonym terminie ważności przekraczające jeden miesiąc, stanowić może wystarczający powód do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy wykonawcy.
2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu:

- 2.1 za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy/(dalszemu Podwykonawcy), o których mowa w umowie w wysokości 25 000 zł za każdy taki przypadek;
- 2.2 za nieprzedstawienie Zamawiającemu do zaakceptowania w terminie wskazanym projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki;
- 2.3 za nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą lub jej zmiany - w wysokości 10 000,00 zł za każdy dzień zwłoki;
- 2.4 za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie dostosowania terminu zapłaty dla podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni - w wysokości 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek;
- 2.6. Za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu Zamawiającemu wykazu pracowników realizujących robotę budowlaną objętą niniejszą umową w terminie określonym w § 5 ust. 7 w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień zwłoki".

Wykreślenie postanowień: 2.7, 2.14, 2.15, 2.16.

Wykonawca Skanska zaskarżał także postanowienie §11 ust. 10 projektu umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) dotyczące bezusterkowego odbioru końcowego:

„10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady/usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

10.1. jeżeli wady/usterki nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad/usterek, wyznaczając termin na usunięcie wad/usterek,"

W opinii Odwołującego tego typu uprawnienie Zamawiającego do uzależnienia odbioru końcowego od usunięcia wszystkich wad przedmiotu umowy, nawet drobnych, nieistotnych i nie uniemożliwiających jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. oraz art. 5. k.c. Odwołujący twierdził, że postanowienie § 11 ust. 10 ppkt 10.1 projektu umowy jest bowiem nie tylko sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 k.c., ale także narusza zasady współżycia społecznego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i nie może on uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Zdaniem Odwołującego odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być

usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwarunkowym" odbiorze robót. Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obciążone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. Postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu umowy od jego bezusterkowego wykonania - a do czego sprowadza się treść postanowienia §10 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy - skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. W ocenie Odwołującego naruszałoby to równowagę między Zamawiającym a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia, skutkującym możliwością naliczenia kar umownych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień § 11 ust. 10 projektu umowy poprzez nadanie im następującej treści:

10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady/usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

10.1. jeżeli wady/usterki nadają się do usunięcia i są istotne tj. uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad/usterek, wyznaczając termin na usunięcie wad/usterek,".

III. Opis przedmiotu zamówienia – PFU

1. Zamawiający w PFU pkt. 3 opisuje zakres robót powołując się na projekt budowlany, którego nie dołączył do dokumentacji przetargowej:

ZAKRES ROBÓT Wykonawca-przygotowując ofertę-musi wziąć pod uwagę całość prac i robót budowlanych niezbędnych do wykonania, aby uzyskać parametry określone w pkt. 3.1. PFU, a których wykonanie wynika z uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia określonych w punkcie 2.2. PFU oraz Dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr xx do SIWZ.

Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia projektów wykonawczych na podstawie załączonego do SIWZ projektu budowlanego oraz wymagań ujętych w niniejszym PFU. Wykonawca ma za zadanie także opracować wszelkie projekty technologiczne, montażowe, projekty rozbiórek, oraz opracowania wymagane dla prawidłowego fazowania robót inwestycyjnych.

Odwołujący podnosił, że z treści zacytowanego wyżej pkt. 3 PFU jednoznacznie wynika, że projekt budowlany powinien byćłączony do dokumentacji przetargowej. Zamawiający najprawdopodobniej jest w jego posiadaniu, a mimo to nie został załączony. Poza oczywistym brakiem możliwości określenia zakresu robót jaki ma zostać wykonany oraz prawidłowego skalkulowania ceny oferty tej części przedmiotu zamówienia, powyższy brak powoduje również kolejny problem, gdyż uniemożliwia wykonawcom dotrzymanie terminu na zadawanie pytań Zamawiającemu w tym zakresie, ponieważ termin ten upłynął w dniu 28.11.2019 r.

2. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest określenia podstawowych założeń do opracowania oraz wyceny robót lub innych świadczeń wynikających lub związanych z projektem/projektami tymczasowej organizacji ruchu (TOR).

Odwołujący twierdził, że biorąc pod uwagę specyfikę prowadzenia robót budowlanych i związane z tym uwarunkowania odnośnie konieczności zapewnienia bezpieczeństwa wraz z umożliwieniem ciągłości ruchu publicznego w centrum miasta Dąbrowa Górnicza, zachodzi konieczność wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu wraz z jego wprowadzeniem na etapie realizacji robót budowlanych. Niejednokrotnie jest to kluczowy czynnik realizacyjny. Zamawiający w dokumentach przetargowych ST DM .00.00.00 pkt. 1.5.12 poinformował, że może przekazać wykonawcy projekt tymczasowej organizacji ruchu lub wytyczne do jego wykonania, które muszą zostać uwzględnione. Brak udostępnienia w materiałach przetargowych projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz wytycznych do jego opracowania powoduje, że wykonawca nie jest w stanie skalkulować kosztu wykonania tymczasowej organizacji ruchu oraz kosztu jego wprowadzenia.

Odwołujący wskazywał również, że w projekcie umowy w § 8 Zamawiający określił, że wynagrodzenie wykonawcy określone w ofercie winno zwierać wszystkie koszty, w tym koszty, wynikające z treści ust. 5.14, tj.: „koszty związane z opłatami za objazdy komunikacji zbiorowej KZK GOP lub (w przypadku wystąpienia objazdów)”. Zatem, wykonawcy mają obowiązek takie koszty skalkulować oraz uwzględnić w cenie oferty jednocześnie nie posiadając podstawowych ww. informacji, które umożliwiają rzetelną kalkulację kosztów.

3. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz brak jest dokumentacji z badań podłoża gruntowego.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej dla zakresu na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza nie załączył dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz dokumentacji z badań podłoża gruntowego, co w ocenie Odwołującego uniemożliwia weryfikację i wycenę rozwiązań dokumentacji projektowej w aspekcie warunków gruntowych pod projektowanymi obiektami budowlanymi. W związku z tym brak jest szczegółowych informacji o gruntach zalegających w podłożu, co uniemożliwia prawidłowe zaplanowanie m.in.: robót ziemnych, robót związanych z posadowieniem obiektów, robót związanych z budową i przebudową kolizji sieci uzbrojenia terenu. W ocenie Odwołującego są to informacje niezbędne do prawidłowego doboru zasobów roboczych a także określenia czasookresu ich zaangażowania. W tym miejscu warto dodać że przedmiar robót zakłada rozliczenie całości wykonanych robót ziemnych w jednej pozycji przedmiarowej zgodnie z jedną specyfikacją obejmującą wykonanie nasypów z gruntów z wykopów oraz dokopu. Braku dokumentacji geologiczno-inżynierskiej uniemożliwia dokonanie kwalifikacji gruntów pod względem przydatności do budowy nasypów a także określenia ilości warstwy ziemi urodzajnej oraz ilości materiału do utylizacji. Brak przedmiotowej dokumentacji nie pozwala rzetelną kalkulację kosztów wykonania znacznej części robót na kontrakcie, co powoduje m.in. brak możliwości zapewnienia porównywalności ofert wykonawców, gdyż każdy z nich dowolnie wyceni tą część przedmiotu zamówienia. Należy przy tym zwrócić uwagę na wymogi przepisów prawa dotyczące zawartości dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego, z których wynika iż powinien być opracowaniem kompletnym z punktu widzenia celu dla którego został opracowany. Zgodnie treścią pkt 5.5 Opisu technicznego do projektów budowlanych dla obiektów inżynierskich: WD-1; WD-2; PP-1; SO-01; SO-02; SO-03 znajduje się informacja, iż dla tych obiektów wyznacza się drugą kategorię geotechniczną oraz złożone warunki gruntowe. Wskazuje to jednoznacznie, iż dokumentacja geologiczno-inżynierska powinna zostać opracowana oraz dołączona do projektów budowlanych. W odniesieniu do robót w branży kolejowej brak jest w ogóle jakiegokolwiek części projektu budowlanego i w konsekwencji również brak jest dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

4. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest projektu wykonawczego „Wiaduktu WD-1 nad istniejącym torem kolejowy nr 106” o raz „Wiadukt WD-2 nad sieciami uzbrojenia terenu”. Odwołujący wskazywał, że w udostępnionej dokumentacji brak jest projektów wykonawczych dla wiaduktów WD-1 i WD-2 co skutkuje brakiem możliwości zweryfikowania przedmiarów robót opisujących przedmiot zamówienia.

Brak projektów wykonawczych nie pozwala określić specyfiki oraz ilości materiałów przewidzianych do zastosowania, a także uniemożliwia dobranie rozwiązań technologicznych i zasobów niezbędnych do prowadzenia prac. Brak wiedzy w zakresach przytoczonych powyżej, uniemożliwia wykonanie szczegółowego harmonogramu robót, a przede wszystkim prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej

5. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza zawarto rozbieżny opis przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji obiektów inżynierskich w km 1+057,24 projektowanej obwodnicy. Odwołujący wskazywał, że w dokumentacji przetargowej tj. projekcie budowlanym wskazane są rozbieżne rozwiązania w zakresie lokalizacji obiektów inżynierskich na obwodnicy w km 1+057,24 w stosunku do lokalizacji tych obiektów określonej w projektach wykonawczych. Projekt wykonawczy w zakresie ściany oporowej SO-01 zlokalizowanej wzdłuż projektowanej obwodnicy, Rys. nr. 1 „Rzut, przekrój podłużny, poprzeczny” jest rozbieżny względem analogicznego rysunku w projekcie budowlanym tej samej ściany oporowej SO-01 zlokalizowanej wzdłuż projektowanej obwodnicy, rys. nr. 1 „Rzut, przekrój podłużny, poprzeczny”. W obu projektach pokazane są dwie różne konstrukcje inżynierskie. Po analizie dokumentacji przetargowej zdaniem Odwołującego należy stwierdzić, że w tym samym miejscu wskazane do wykonania są dwa różne obiekty inżynierskie. Niejednoznaczne przedstawienie zakresu zamówienia uniemożliwia przeprowadzenie rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

6. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz PKP PLK SA brak jest projektów budowlanych na wykonanie dwóch obiektów inżynierskich „Przejęcia podziemnego w rejonie stacji Dąbrowa Górnicza - centrum” oraz „Wiadukt kolejowy w km 300,009 Linii nr 1”. Odwołujący podnosił, że brak projektów budowlanych uniemożliwia jakikolwiek dobór rozwiązań technologicznych, oszacowanie niezbędnych zasobów, a także opracowanie szczegółowego harmonogramu robót. Wszystkie przytoczone wcześniej argumenty powodują, że niemożliwe jest przeprowadzenie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

7. Brak jest rozwiązań szczegółowych na skrzyżowaniu typu rondo przy ul. Sobieskiego: Odwołujący podnosił, że w udostępnionej dokumentacji brakuje projektu wykonawczego uwzględniającego szczegóły rozwiązania technicznego układu drogowego w obrębie ronda przy ulicy Sobieskiego. W ocenie Odwołującego brak rozwiązania wysokościowego istniejącego przebiegu torowiska tramwajowego uniemożliwia stwierdzenie czy jest ono przewidziane do przebudowy, a tym samym, czy należy uwzględnić w ofercie związane z tym koszty. Brak zamieszczonego planu warstwicowego na tarczy przebudowywanego ronda uniemożliwia policzenie faktycznej ilości robót ziemnych (nasypów, wykopów). Z uwagi na całkowity brak danych dotyczących przystanków komunikacji zbiorowej zaznaczonych na planie sytuacyjnym

brak jest możliwości oszacowania kosztów związanych z jego budową. Każdy z wymienionych elementów ma istotny wpływ na termin realizacji inwestycji, a przede wszystkim na koszt ich realizacji, który wykonawca powinien umieścić w cenie oferty.

8. Rozbieżność w zakresie robót drogowych. Rozbieżności co do zakresu wycenianej oferty występują na początku projektowanej inwestycji. Odwołujący stwierdził, że w dokumentacji architektoniczno-budowlanej zamieszczonej przez Zamawiającego w branży drogowej inwestycja rozpoczyna się przebudową istniejącego skrzyżowania na skrzyżowanie typu rondo w ciągu ulicy Sobieskiego, natomiast według dokumentacji branży sanitarnej inwestycja rozpoczyna się od projektowanego ronda na skrzyżowaniu ul. Grynia i ul. Legionów Polskich oraz budowie połączenia ul. Grynia z ul. Sobieskiego. Jeżeli inwestycja ma obejmować przebudowę w/w układu drogowego zgodnie z zakresem sanitarnym występuje brak rozwiązań wysokościowych oraz poprzecznych potrzebnych do oszacowania kosztów związanych z przebudową tego fragmentu inwestycji.

9. Brak planu warstwicowego tarczy rond. Z uwagi na brak projektu wykonawczego uwzględniającego rozwiązania wysokościowe tarcz rond zdaniem Odwołującego nie można określić ilości robót ziemnych, a tym samym skalkulować kosztów związanych z prowadzeniem robót wykopowych i nasypowych. Ilość robót ziemnych ma kluczowy wpływ na harmonogram robót a tym samym na czas wprowadzania tymczasowej organizacji ruchu na skrzyżowaniu. Przytoczone braki uniemożliwiają wykonanie rzetelnej kalkulacji kosztów.

10. Brak przekrojów poprzecznych w zakresie drogowym. Zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przedmiary robót podlegają weryfikacji przez wykonawcę, w związku z tym brak projektu wykonawczego branży drogowej, zawierającego przekroje poprzeczne w rozstawie min. co 50 m w ciągu projektowanych dróg, parkingów, skrzyżowań skutkuje brakiem możliwości określenia (weryfikacji) faktycznej ilości robót ziemnych (nasyp, wykop) co uniemożliwia wykonanie wyceny tych robót.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie dołączył do SIWZ szeregu dokumentów, które jest zobligowany dołączyć, zwłaszcza roboty z zakresu dla Gminy Dąbrowa Górnicza są realizowane w systemie „Buduj”. W ocenie wykonawcy Skanska Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi na wykonawcę całe ryzyko, związane z brakiem jednoznacznego zdefiniowania zakresu i sposobu wykonania robót. Na podstawie danych zawartych w PFU wykonawcy mogą różnie interpretować wymagania Zamawiającego, co z kolei spowodować złożenie przez wykonawców skrajnie nieporównywalnych ofert.

IV. Wynagrodzenie kosztorysowe, ryczałtowe brak możliwości zmiany wynagrodzenia.

„ § 8 Wynagrodzenie

1. Wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ofertą nie przekroczy kwoty:

1.1. za zakres na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza za wynagrodzeniem kosztorysowym, które nie przekroczy łącznej kwoty:

1.1.1 Oświadczam, że kosztorysy ofertowe wykonałem przyjmując poniższe dane wyjściowe do kosztorysowania:

- stawki robocizny kosztorysowej	Rg =	zł/r-g
- wskaźnik narzutów kosztów pośrednich	Kp =	% od R+S
- wskaźnik narzutów zysków	Zysk =	... % liczony od R+S+Kp
- wskaźnika narzutów do zakupu materiałów	Kz = % liczony od M.

1.2. za zakres na rzecz PKP PLK S.A. za ostatecznym wynagrodzeniem ryczałtowym wynoszącym:

..... netto (słownie: złotych)

plus podatek VAT zł (słownie:)

brutto..... zł (słownie:)

2. Cena określona w ust. 1.1. uwzględnia wszystkie wymagania STWiORB, dokumentacji projektowej oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy (w tym koszty ust. 5).

6. W przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, niezbędnych z uwagi na bezpieczeństwo budowy lub właściwe funkcjonowanie przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego przed przystąpieniem do ich wykonania.

7. Roboty dodatkowe i zamienne, wykonane w trakcie realizacji przedmiotu umowy, będą rozliczane na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót i przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, przy czym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej.

Zdaniem Odwołującego wskazany w umowie sposób kalkulacji wynagrodzenia umownego wyacza jego zasadniczy charakter. Zamawiający oczekuje, aby zakres na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza został wykonany za wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli ma być rozliczona obmiarem powykonawczym, a jednocześnie ustala maksymalną kwotę, której to wynagrodzenie nie może przekroczyć. Jednocześnie cena ta ma zawierać wszystkie wymagania STWiORB, dokumentacji projektowej oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy. Przy czym Zamawiający nie załączył kompletem dokumentacji projektowej

i STWiORB, które pozwoliłyby dokonać rzetelnej wyceny wynagrodzenia rzez wykonawców. Zamawiający oczekuje zatem przejęcia przez wykonawców ryzyka braku ujęcia w wynagrodzeniu umownych elementów, które w sposób istotny mogą wpływać na zakres prac wykonany przez wykonawcę, a zatem na jego wynagrodzenie umowne. Ta sama problematyka dotyczy się wynagrodzenia ryczałtowego za zakres wykonany dla PKP PLK S.A. W tym przypadku Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, ale również bark rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, w tym brak projektu budowlanego, badań podtorza, określenia kolidującej infrastruktury uniemożliwia prawidłową kalkulację wynagrodzenia. Dodatkowo Zamawiający nie zawarł w umowie jakichkolwiek postanowień, które uprawniają do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia. A dodatkowo określił, że wszelkie prace dodatkowe i zamienne, nie mogą przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej. Zdaniem Odwołującego projekt umowy został sporządzony w sposób jednostronny, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka kontraktowe w tym ryzyko kalkulacji w cenie ofertowej przyszłych robót dodatkowych. Zatem Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jeśli Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach Pzp. Z uwagi na powyższe, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza przepisy art 5 k.c., 58 k.c. i 353¹ k.c. Odwołujący sprzeciwiał się nadużywaniu przez Zamawiającego uprawnień w zakresie obarczenia wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty. Odwołujący podnosił, że oczywiście Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, jednakże zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. W ocenie Odwołującego wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia Zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne. Dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenia umowne jest nieskuteczne również z punktu widzenia regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353¹ k.c.

Zdaniem wykonawcy Skanska uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353¹ k.c. Rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. Wobec powyższego, Odwołujący stał na stanowisku, że zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez Zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy. W związku z powyższym wykonawca Skanska wnosił o wprowadzenia zmian:

1. uzupełnienia SIWZ o dokumenty i dane, które pozwolą skalkulować cenę ofertową w sposób rzetelny i porównywalny z ofertami innych wykonawców,
2. modyfikacji postanowień dotyczących wynagrodzenia kosztorysowego poprzez wykreślenie w par. 8 pkt 1 i 1.1.,
3. wprowadzenia w projekcie umowy postanowień uprawniających do zmiany postanowień umowy w zakresie ceny, w szczególności poprzez modyfikacje postanowień w § 12 projektu umowy wg propozycji w załączniku nr 7 do niniejszego odwołania,
4. modyfikacji postanowień dotyczących robót dodatkowych poprzez usunięcie w § 8 ust. 7 „przy czym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej”.

V. Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie podtorza oraz badań geotechnicznych

W SIWZ Zamawiający sprecyzował:

2.2.2.2. W zakresie stanu podtorza Zamawiający udostępni dokumentację geotechniczną wraz z otrzymanymi wynikami przeprowadzonych badań.

3.7.2. Zakres Robót będzie wynikał każdorazowo z aktualnego stanu technicznego podtorza i podłoża kolejowego. Stan techniczny podtorza i podłoża kolejowego będzie wynikiem przeprowadzonych przez Wykonawcę badań geotechnicznych (uzupełnień istniejących badań) Zakres robót będzie wynikał także z konieczności dostosowania podtorza/podłoża do

docelowego standardu modernizacji (budowy) linii kolejowej, określonego ogólnymi właściwościami funkcjonalno-użytkowymi, na której eksploatowana jest nawierzchnia konwencjonalna. Wykonawca na podstawie badań geotechnicznych określi parametry techniczne podtorza. W przypadku niespełnienia wymagań określonych w Instrukcji Id-3 oraz obowiązujących przepisów Wykonawca zaprojektuje i wykona wzmocnienia. Analizę i ocenę stateczności podtorza Wykonawca przeprowadzi zgodnie z obowiązującymi normami.

3.2.1. Badania geotechniczne

Wykonawca uszczegółowi rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych w razie wystąpienia takiej konieczności. Ewentualne badania podłoża gruntowego należy przeprowadzić zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej

Zdaniem Odwołującego Zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność związaną z określeniem warunków gruntowo-wodnych, które wpływają na określenie zakresu i rodzaju robót, sposobu organizacji prac, terminu wykonania robót. Ponadto odnosząc się do robót w zakresie podtorza Zamawiający nie określił nawet parametrów technicznych jakie mają być osiągnięte w wyniku przeprowadzonych robót. Wynagrodzenie za zakres robót na rzecz PKP PLK S.A. zostało zdefiniowane jako wynagrodzenie ryczałtowe. Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że w projekcie umowy próżno szukać postanowień uprawniających do zmiany wynagrodzenia w przypadku odmiennych warunków geologicznych czy gruntowo-wodnych od tych które zostały skalkulowane w ofercie.

Następnie wykonawca Skansa stwierdził, że projekt umowy § 12 pkt 1.1.3. przewiduje jedynie możliwość wydłużenia czasu realizacji umowy, a mianowicie; Zaistnienie odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych (kategoria gruntu, kurzawka, skała, niekontrolowane nasypy, obecność płyt betonowych itp.), skutkujących niemożliwością realizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych. W przypadku wystąpienia tego typu odstępstw od założonych termin realizacji umowy zostanie wydłużony o czas potrzebny na usunięcie powstałych utrudnień.

Odwołujący podnosił, że przepisy prawa jednoznacznie wskazują, że opis przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego, który ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet

istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robot - wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zdaniem Odwołującego dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w przywołany powyżej sposób, spowoduje przygotowanie przez wykonawców skrajnie odmiennych, nieporównywalnych ofert. To z kolei należy kwalifikować jako naruszenie przez Zamawiającego podstawowej zasady Pzp jakim jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz powoduje przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na wykonawcę co stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. uzupełnienie SIWZ o badania geotechniczne, określenie robót i ich ilości jakie wykonawcy mają skalkulować w zakresie robót dotyczących podtorza, oraz parametrów, jakie mają zostać osiągnięte w wyniku wykonania tych robót,
2. wprowadzenie w projekcie umowy w § 12 postanowień uprawniających wykonawcę do wnioskowania do zmiany istotnych postanowień umownych w zakresie kosztu czasu w przypadku wystąpienia odmiennych od wskazanych w SIWZ warunków gruntowo-wodnych.

VI. Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie dotyczącym usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi.

W pkt. 3.7.11 PFU Kolizje z sieciami zewnętrznymi wskazano:

3.7.11 Kolizje z sieciami zewnętrznymi

Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych Informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury takiej jak sieci kanalizacyjne I wodociągowe, dreny, linie i słupy telefoniczne oraz elektryczne, ujęcia wodne, urządzenia wodne, gazociągi, a także obiekty budownictwa lądowego, itp., przed wykonaniem jakiegokolwiek wykopu i rozpoczęciem innych robót mogących naruszyć to urządzenie tub instalacji oraz do usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia.

Każdorazowo przed przystąpieniem do robót ziemnych należy wykonać przekopy próbne/wykopy kontrolne dla identyfikacji uzbrojenia podziemnego, którego uszkodzenie może zagrozić bezpieczeństwu, szczególnie ruchu kolejowego.

W przypadku odkrycia w trakcie robót ziemnych urządzeń, sieci nienaniesionych na mapy geodezyjne należy je zabezpieczyć i powiadomić właścicieli infrastruktury podziemnej, Inżyniera oraz Zamawiającego.

Wykonawca wykona usunięcia kolizji, które mógł przewidzieć na podstawie SIWZ.

Występujące kolizje i zблиżenia należy usunąć na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Sposób wykonania robót w miejscach zблиżeń i kolizji należy uzgodnić z gestorem danej sieci".

„Zamawiający informuje o wystąpieniu zidentyfikowanych rodzajów kolizji. Kolizje te opisane są w poniższych punktach".

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający nie zawarł w PFU informacji o kolizji sieciami a przy tym wskazał że; „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia”. Zamawiający nie dołączył do dokumentacji przetargowej warunków przebudowy kolidującej infrastruktury, przenosząc na wykonawców obowiązek uzyskania warunków usunięcia kolizji i przebudowy od zarządców infrastruktury, a które w sposób znaczący wpływają na koszty przebudowy infrastruktury. Na etapie przygotowanie oferty, wykonawca nie ma możliwości ani uzyskania pełnej informacji o przebiegu kolidującej infrastruktury, a także nie ma możliwości uzyskania warunków ich usunięcia, ponieważ na etapie postępowania przetargowego nie ma stosownych pełnomocnictw właściciela terenu występowania kolizji, a także pełnej wiedzy na temat wszystkich występujących na danym terenie kolizjach. Nie jest również umocowaną prawnie stroną w odniesieniu do podmiotów zewnętrznych, aby takie warunki uzyskać. To Zamawiający na etapie postępowania przetargowego, ma większą możliwość dostępu do dokumentacji pozwalającej ocenić położenie infrastruktury własnej jak i obcej, ponieważ jako krajowy zarządca sieci kolejowej ma dostęp do aktualnych i archiwalnych danych oraz posiada wykwalifikowane służby odpowiedzialne za uganianie przebudowy infrastruktury zewnętrznej z krzyżującymi się układami torowymi. Tymczasem Zamawiający oblige wykonawcę przygotowującego ofertę przetargową do identyfikacji oraz wyceny wszystkich kolizji z sieciami zewnętrznymi. Wykonawca, który spróbuje na podstawie ogólnikowych danych samodzielnie opracować koncepcje przebudowy kolizji i ją wycenić na etapie postępowania przetargowego, naraża się na bardzo duże ryzyko związane z rozbieżnością tej koncepcji z faktycznie uzyskanymi warunkami przebudowy na etapie realizacji zadania. Odwołujący stwierdził, że trzeba bowiem mieć na uwadze, że w przypadku stwierdzenia kolizji wykonawca będzie musiał uzyskać warunki jej przebudowy od gestora sieci, które to warunki w sposób arbitralny narzucają zasady i wymogi jej usunięcia. A następnie dokonać przebudowy sieci zgodnie z powyższymi warunkami, gdyż w innym wypadku gestor niezgodnie dokumentacji projektowej, co uniemożliwi realizację przedmiotu umowy. Koszty usunięcia takiej kolizji mogą kształtować się na poziomie kilkuset tysięcy złotych.

Jednocześnie w projekcie umowy Zamawiający nie wprowadził jakichkolwiek postanowień, pozwalających dokonać zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w sytuacji, gdy podczas realizacji przedmiotu umowy wykonawca napotka na niezinventaryzowaną infrastrukturą lub warunki przebudowy infrastruktury, które nie były wykonawcy znane na etapie kalkulowania oferty. Projekt umowy w § 12 pkt 1.1.4 przewiduje jedynie zmianę terminu wykonania umowy, w następujący sposób *„1.1.4. Zaistnienia odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków terenowych, w szczególności napotkania innych niezinventaryzowanych sieci, urządzeń podziemnych kolidujących z realizowanymi robotami, skutkujących niemożliwością prowadzenia robót. W przypadku wystąpienia tego typu odstępstw od założonych, termin realizacji umowy zostanie wydłużony o czas uzyskania niezbędnych uzgodnień, zaprojektowania niezbędnych zabezpieczeń sieci oraz dokonania przełożenia kolidującego uzbrojenia”*.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający skazuje wykonawcę na odpowiedzialność za usunięcie wszystkich kolizji ujawnionych na etapie wykonania przedmiotu umowy, a nieujawnionych na etapie postępowania przetargowego w ramach ceny ryczałtowej. Każdy z wykonawców kwotę tę musi skalkulować samodzielnie, przyjmując zupełnie różne, nieporównywalne założenia, ponieważ inwentaryzacja kolizji brak. W opinii Odwołującego na podstawie danych zawartych w PFU wykonawcy mogą różnie interpretować oraz wyceniać ryzyko, jakie jest związane z usunięciem kolidującego uzbrojenia co może powodować złożenie przez wykonawców skrajnie nieporównywalnych ofert. Powyższe powoduje brak możliwości rzetelnej i porównywalnej wyceny przez wykonawcę zakresu usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi. W ocenie Odwołującego wyższej kwestionowany sposób opisu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny. Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi na wykonawcę całe ryzyko zwiane z brakiem zdefiniowania zakresu i sposobu wykonania robót.

Zdaniem Odwołującego, aby wykonawcy mogli prawidłowo wycenić koszty usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego wskazanego zestawienia o szereg informacji, danych i dokumentów mających bezpośredni wpływ na kalkulację kosztów usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, a mianowicie poprzez uzupełnienie danych tam zawartych o:

- uzupełnienie materiałów przetargowych o uzgodnienia usuwania kolizji z gestorami sieci których dotyczą kolizje;
- zdefiniowanie wszystkich kolizji z sieciami zewnętrznymi koniecznych do usunięcia w ramach realizacji zadania;

- wprowadzenia do projektu umowy oraz PFU postanowienia wynikającego, że wykonawca nie odpowiada terminowo i kosztowo za Infrastrukturę niewskazaną w dokumentacji przetargowej,
- wskazania kwoty jaką wykonawcy mają przyjąć do oferty za zakresu robót polegających na usunięciu w/w kolizji, rozliczanej powykonawczo na podstawie kosztorysów opracowanych systemem Sekocenbud,
- wprowadzenie w § 12 projekt umowy jednoznacznych zapisów uprawniających wykonawcę do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku kolizji infrastrukturą techniczną Zamawiającego lub innych podmiotów, która to infrastruktura nie była przewidziana w PFU, a która to infrastruktura została ujawniona na etapie wykonywania map do celów projektowych oraz uzgodnień dokumentacji lub podczas wykonywania robót.

VII. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym robót porządkowych w ramach estetyzacji.

3.7.12 PFU „Inne roboty

W ramach realizacji zamówienia Wykonawca wykona również:

6) Wszelkie niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii (np. odnowienie i uzupełnienie znaków, wskaźników, odnowienie ogrodzeń itp.);”

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w pkt 3.7.12 PFU ppkt 6) wskazał w ramach innych robót - wszelkie niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii (np. odnowienie i uzupełnienie znaków, wskaźników, odnowienie ogrodzeń itp. jakie wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że próżno szukać w jakiegokolwiek definicji estetyzacji linii, a wskazany przez Zamawiającego katalog robót jest katalogiem otwartym i zawiera jedynie przykładowe wyliczenie robót. 3.7.12 PFU wskazuje, że chodzi o niezbędne roboty porządkowe. Określenie „niezbędne” jest ogólcie i niedookreślone, zatem nie ułatwia wykonawcy zinterpretowania oczekiwań Zamawiającego, jakie roboty mają zostać wykonane. Co więcej, naraża wykonawcę na ryzyko, że będzie zmuszony wykonać roboty w zakresie i ilościach, które nie zostały skalkulowane w ofercie. Wyżej wskazane elementy PFU w opinii Odwołującego potwierdzają, że opis przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie, został dokonany w sposób nieprawidłowy i naruszający przepisy prawa zamówień publicznych. Odwołujący podnosił, że kwestionowane postanowienia PFU powodują, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia powyższego wymogu, gdyż jest on ogólny i niedookreślony, zarazem przenosi na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia.

Wykonawca Skanska stwierdził, że aby wykonawcy mogli prawidłowo wycenić inne roboty niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii koniecznym jest:

- zdefiniowanie przez Zamawiającego pojęcia estetyzacji linii kolejowej oraz oczekiwanego efektu, parametrów wykonanych robót;
- określenie zakresu terenowego na obszarze którego należy wykonać roboty zawierające się w pojęciu estetyzacji;
- określenie zamkniętego katalogu robót i ich ilości jakie wykonawcy mają skalkulować w ofercie.

W dniu 10 grudnia 2019 r. w toku niejawnego posiedzenia Izby z udziałem stron Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której w części uznał zarzuty zawarte w odwołaniu. W treści pisma podano, że:

„Zarzut Odwołującego (I)

- dot. zdolności technicznej i zawodowej:

Dot. pkt 8.2.3. SIWZ

Zamawiający oddala żądanie Odwołującego z poniższym zastrzeżeniem.

Zamawiający stawiając warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej polegający na: wykonaniu 1 roboty budowlanej o wartości min 50 mln zł. brutto polegającą na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakres której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP o średnicy min 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600 mm (długość odcinka min. 2 km) o wartości zakresu robót infrastruktury min. 10 mln zł, brutto, zdawał sobie sprawę z faktu, iż warunek jest złożony ale w żaden sposób nie ogranicza konkurencji a jest jedynie odzwierciedleniem zakresu rzeczowego planowanych do realizacji inwestycji w ramach prowadzonego postępowania. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom potencjalnym wykonawcą, Zamawiający postanowił ograniczyć postawiony warunek w zakresie wymagań wykreślając zapis o brzmieniu - o wartości zakresu robót infrastruktury min. 10 mln zł, pozostałe wymagania pozostają bez zmian.

Sugerowane podzielenie warunku na dwa różne warunki z dzieleniem budowy kanalizacji deszczowej i budową zbiornika retencyjnego jako wyodrębniony warunek, gdzie wykonawca może przedstawić referencje na wykonanie przedmiotowego zakresu robót poza obszarem zabudowanym, gdzie nie występuje komunikacja zbiorowa, której należy zagwarantować ciągłość w obsłudze pasażera jak również nie występują kolizje z istniejącą infrastrukturą podziemną jest nieadekwatnym do zakresu robót które należy wykonać. Sformułowany przez

Zamawiającego warunek chodź złożony jest tożsamy z przewidzianym do realizacji zakresem rzeczowym i umożliwi prawidłową ocenę zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy. Postawiony warunek nie jest więc warunkiem wygórowanym i w żaden sposób nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a daje jedynie Zamawiającemu możliwości oceny przygotowania zawodowego potencjalnych wykonawców.

Dot. pkt 8.2.3.2. ppkt 3 i ppkt 4 SIWZ.

Zamawiający uwzględni zarzuty Odwołującego w tym zakresie i modyfikuje przywołane zapisy siwz poprzez nadanie im treści zgodnej z żądaniem Odwołującego.

-dot. kryterium oceny ofert :

Dot. pkt 24.2.3. ppkt 1 i ppkt 2 SIWZ

Zamawiający uwzględni zarzuty Odwołującego w tym zakresie i modyfikuje przywołane zapisy SIWZ poprzez nadanie im treści zgodnej z żądaniem Odwołującego.

Zarzut Odwołującego (II)

- dot. § 13 projektu umowy - kary umowne

Zamawiający oddala żądanie Odwołującego w zakresie § 13 projektu umowy.

- dot. 11 ust. 10 projektu umowy - Bezusterkowy odbiór końcowy

Zamawiający odrzuca zarzuty w zakresie opisu procedury odbioru końcowego.

Przed wszystkim Zamawiający przewiduje przeprowadzanie odbiorów częściowych, w ramach których na bieżąco stwierdzane będą ewentualne wady wykonywanych prac. Umożliwi to bieżącą kontrolę jakości prac oraz pozwoli wykonawcy na usuwanie ewentualnych braków już na etapie realizacji umowy. Zgodnie z orzecnictwem za datę dokonania odbioru końcowego rozumie się przekazanie przez Wykonawcę wybudowanej infrastruktury na rzecz Inwestora. Od daty odbioru końcowego nalicza się bieg rękojmi oraz gwarancji na przedmiot zamówienia. Zamawiający oczekuje, że w chwili odbioru końcowego przedmiot umowy będzie kompletny i pozwoli na dalszą eksploatację infrastruktury przy uzyskaniu pełnych parametrów zarówno technicznych jak i estetycznych. Ponadto zaproponowane warunki:

"10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady/usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

101. jeżeli wady/usterki nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad/usterek, wyznaczając termin na usunięcie wad/usterek,

10.2. w przypadku. gdy wady/usterki nie nadają się do usunięcia to:

10.2.1. jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiającemu przysługuje prawo obniżenia wynagrodzenia [...]”

wskazują, że w przypadku gdy wady lub usterki nadają się do usunięcia, zamawiający może odmówić dokonania odbioru, przy czym jest zobowiązany do wyznaczenia terminu usunięcia wad i usterek. Po usunięciu przez wykonawcę wykazanych wad lub usterek nastąpi odbiór końcowy inwestycji. W opinii Zamawiającego wskazane zapisy są poprawne dla obu stron umowy oraz pozwalają Zamawiającemu na otrzymanie przedmiotu zamówienia zgodnego z umową.

Proponowany zapis aby wyłącznie istotne (uniemożliwiające użytkowanie infrastruktury) wady lub usterki mogły być podstawą do tymczasowego odstąpienia od odbioru końcowego (oraz wskazania terminu na usunięcie uchybień), jest mocno niekorzystne dla Zamawiającego. Zgodnie z proponowanym zapisem Zamawiający byłby zobowiązany do dokonania odbioru końcowego pomimo stwierdzenia wielu wad lub usterek istotnych np. pod względem estetycznym lub społecznym, które mimo wszystko technicznie umożliwiałyby użytkowanie obiektów.

Zarzut Odwołującego (III)

1. dot. braku projektu budowlanego w dokumentacji technicznej PLK S.A.

Zamawiający uzupełnia dokumentację techniczną stanowiącą załącznik nr 11 do SIWZ o projekt budowlany

2. dot. tymczasowej organizacji ruchu

Zamawiający oddał żądanie Odwołującego w zakresie udostępnienia projektu tymczasowej organizacji ruchu.

Zgodnie z zapisem paragrafu 8 ust. 5 pkt 5.4. projektu umowy wykonawca w ramach realizacji zamówienia powinien uwzględnić koszt "wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu drogowego w zależności od potrzeb organizacji robót i ich postępu w czasie trwania budowy wraz z zatwierdzeniem projektów w organach zarządzających ruchem”.

W rozumieniu powyższego zapisu projekt tymczasowej organizacji ruchu powinien zostać sporządzony przez wykonawcę w oparciu o przygotowany plan oraz harmonogram robót. Zamawiający nie narzuca sposobu oraz technicznych rozwiązań związanych z realizacją prac na placu budowy. Niemniej jednak oczywistym jest, iż konieczne będzie umożliwienie dojazdu do posesji, punktów prowadzenia działalności gospodarczych oraz innych, kluczowych pod kątem celu publicznego miejsc znajdujących się w rejonie prowadzonych robót. W zakresie istniejącego przejazdu kolejowo/drogowego w ciągu ulicy Konopnickiej Zamawiający oczekuje,

iż drożność przejazdu będzie utrzymana przy jednoczesnej korekcie jego lokalizacji w kierunku wschodnim.

3. dot. dokumentacji geologiczno-inżynierskiej

Zamawiający uwzględni zarzuty Odwołującego i modyfikuje siwz poprzez uzupełnienie dokumentacji technicznej w tym zakresie .

4. dot. pkt III ppkt 4 do 7 i od 9 do 10 Odwołania

Zamawiający uwzględni zarzuty Odwołującego i modyfikuje SIWZ poprzez uzupełnienie dokumentacji technicznej ww. zakresach.

5. dot. pkt III ppkt 8 Odwołania

Zamawiający oddala żądanie Odwołującego w zakresie.

Zarzut Odwołującego (IV)

Dot. Wynagrodzenia kosztorysowego, ryczałtowego. braku możliwości zmiany wynagrodzenia

Zamawiający oddala żądanie Odwołującego w zakresie § 8 oraz § 12 projektu umowy.

Zarzut Odwołującego (V)

Dot. Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie podtorza oraz badań geotechnicznych

Zamawiający oddala żądanie Odwołującego w uzupełnienia StWZ o badania geotechniczne. Badania geotechniczne zostały dołączone w dokumentacji projektowej. Zamawiający podtrzymuje zapisy PFU pkt. 3.2

Zarzut Odwołującego (VI)

Dot. Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi.

Zamawiający oddala wszystkie żądania Odwołującego w zakresie kolizji z sieciami zewnętrznymi podtrzymując pkt. 3.7.11 PFU. Kolizje z sieciami zewnętrznymi.

Wykonawca na etapie realizacji projektów wykonawczych uwzględni kolizje z gestorami sieci i przedstawi ich rozwiązanie.

Zarzut Odwołującego (VII)

Dot. Opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym robót porządkowych w ramach estetyzacji.

Zamawiający uwzględni zarzut poprzez wprowadzenie nowego zapisu w pkt 3.7.12 PFU Inne roboty, ppkt 6) tj.

„Wszelkie nie zbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii tj. wyrównanie terenu w granicach pasa kolejowego z uwzględnieniem zlewni wód opadowych, z obsianiem tych terenów, usunięciem kamieni gruzu i innych zbędnych elementów. Wskaźniki w obrębie stacji Dabrowa Górnicza” we wszystkich branżach zostanie uwzględniony w dokumentacji wykonawczej projektowej, ich ilość i rozmieszczenie nastąpi zgodnie z branżowymi wymaganiami ujętymi w Regulacjach Zamawiającego”.

Również w toku rzeczonoego posiedzenia Izby pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, że w odpowiedzi na odwołanie na str. 4 w pkt. (VI) błędnie podano, że Zamawiający oddała zarzuty dotyczące badań geotechnicznych. Zamawiający oświadczył, że ten zarzut został przez Zamawiającego uwzględniony i dokumentacja zostanie uzupełniona.

Natomiast w toku rozprawy, również w dniu 10 grudnia 2019 r. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut odwołania dotyczący rozbieżności w zakresie robót drogowych zawarty w pkt 8 na str. 21 odwołania.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, pisma oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba wskazuje, że Odwołującymi jest potencjalny wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte odwołaniem. Dokumentacja przetargowa jak dowodził Odwołujący, zawiera postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców. Wobec powyższego działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę była jedynie ta część zarzutów odwołania, która była sporna i nie została przez Zamawiającego uznana oraz ta część, która nie została wycofana przez Odwołującego. Izba po dokonaniu analizy zgłoszony zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

Izba wskazuje, że ustalenia faktyczne w zakresie treści dokumentów, będącej przedmiotem sporu pomiędzy stronami zostały prawidłowo przywołane przez wykonawcę Skanska w treści odwołania co zostało przytoczone powyżej. W związku z tym Izba w tym miejscu odstępuje od ich dalszego powielania uznając takie działanie za bezcelowe.

Ad I. Zdolność techniczna i zawodowa.

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

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp 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.

Przepis art. 22d ust. 1 Pzp stanowi, że oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Osią sporu w rozpoznawanym zakresie jest to, czy postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w pkt 8.2.3.1. SIWZ, w zakresie doświadczenia, którym powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, polegający na jednoczesnym spełnieniu kilku wymagań jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i nie

narusza przytoczonych powyżej przepisów Pzp? Izba stwierdziła, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Izba uznała, że tak sformułowany przez Zamawiającego warunek w zakresie legitymowania się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia konglomeratem wymagań jest uzasadniony przedmiotem zamówienia i nie narusza wskazywanych przez Odwołującego przepisów ustawy. W tym zakresie Izba uznała za słuszne i wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego złożone w toku rozprawy, który stwierdził, że prowadzone prace będą miały miejsce w centrum miasta co będzie wymagać od wykonawcy umiejętności nie tylko ich wykonania w zwartej zabudowie ale także łącznej koordynacji prac oraz zapewnienia tymczasowej organizacji ruchu. Ponadto jest to zamówienie obejmujące wiele branż, wobec tego konieczne jest, aby wykonawca posiadał odpowiednie doświadczenie w ramach, którego łączy się nie tylko wykonanie budowy czy też przebudowy drogi, ale jednocześnie, by wykonał budowę kanalizacji i zbiornika retencyjnego w zwartej zabudowie. Nie sposób również pominąć podnoszonej przez Zamawiającego kwestii związanej z wyjątkową mobilizacją ze strony wszystkich uczestników kontraktu, bowiem na to, należy nałożyć jeszcze dodatkowym czynnikiem w postaci presji czasu.

Izba uznała za nieprzekonywujące wyjaśnienia Odwołującego, który wskazywał, że żądane przez Zamawiającego doświadczenie jest doświadczeniem rzadkim i praktycznie niewystępującym. Odwołujący, na który spoczywał ciężar dowodu w tej sprawie, nie przedłożył żadnego dowodu na poparcie własnych twierdzeń, np. za dowód taki mogłaby służyć dokumentacja z analogicznych postępowań, z której wynikałoby, że tego typu zadania zwykle są realizowane odrębnie.

W kontekście powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp i oddaliła zgłoszony zarzut.

Ad II. SIWZ – projekt umowy.

a) Kary umowne.

Przechodząc do merytorycznej oceny rozpoznawanych zarzutów Izba wskazuje, że w zakresie możliwości i sposobu kształtowania przez Zamawiającego postanowień umownych w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 6 czerwca 2018 r., zapadłego w sprawach o sygn. akt KIO 980/18 i KIO 983/18, w którym stwierdzono m. in.: *”Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie*

zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych. W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”.

W tym miejscu zasadnym jest również przywołanie stanowiska prezentowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym stwierdzono m. in.: *„W przepisach aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) nie umieszczono szczególnych regulacji dotyczących kary umownej przyjmując, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego tworzy stosunek zobowiązaniowy pomiędzy zamawiającym a wykonawcą właściwy dla prawa cywilnego. Zatem w kwestii dotyczącej kar umownych wystarczające jest odesłanie do przepisów Kodeksu cywilnego, określone w art. 14 i art. 139 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie w art. 36 ust. 1 pkt 16 powołanej ustawy zdefiniowano powinność zamawiającego polegającą na zawarciu w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólnych warunków umowy albo wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający jest zatem uprawniony do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, a jednocześnie zobowiązany do takiego ustalenia warunków umownych, które należy zabezpieczyć jego interes, a tym samym interes publiczny. W dokumentach, do których odwołuje się art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być zatem określone przez zamawiającego istotne postanowienia dotyczące ustalania i dochodzenia kar umownych, uwzględniające obowiązujące w tym zakresie przepisy kodeksu cywilnego. Normatywną podstawę zapisu umownego w przedmiocie kary umownej stanowi art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do treści powołanego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Suma ta, zwana karą umowną, zgodnie z brzmieniem art. 471 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi (zamawiającemu) w sytuacji naruszenia określonych w kontrakcie zasad realizacji zamówienia, przy czym w takim przypadku istnieje domniemanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, od którego ten może się ekskulpować. Ponadto w myśl art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego kara umowna należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. W tym stanie rzeczy bardzo ważne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z jednej strony zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na*

wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Niedopuszczalne jest również kształtowanie wysokości kar w sposób całkowicie dowolny, bez jakiegokolwiek racjonalnego powiązania z uszczerbkiem po stronie zamawiającego. W tym kontekście kary umowne powinny być określone w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody – tak aby spełniały swoje funkcje, ale nie zniechęcały do udziału w zamówieniach publicznych. (...) Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.(...) Projektując zapisy umowne w przedmiocie kar umownych, zamawiający powinni mieć na uwadze, że wykonawcy nie odpowiadają za zdarzenia, na których powstanie nie mają wpływu, a wysokość kar umownych nie może być dowolna. Zatem określenie wysokości kar umownych należy poprzedzić kalkulacją przyszłej, hipotetycznej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Naturalną reakcją obronną dłużnika, w sytuacji gdy kara umowna jest dla niego nadmiernym obciążeniem, jest kwestionowanie zarówno przesłanek naliczenia kary, jak i jej wysokości. Zbyt niska kara stanowi natomiast pokusę do nienależytego wykonania zobowiązania, a tym samym nie zabezpieczy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. W każdym przypadku od obu stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wymaga się zachowania rozsądku i umiaru w korzystaniu z przysługujących im praw, w poszanowaniu zasady wzajemnej równości” (Raport Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczący stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z dnia marca 2018 r., opublikowany na stronie internetowej pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/36414/Raport-kary_umowne_2018.pdf).

Na tle analizowanego stanu faktycznego w ocenie Izby zasadne jest uznanie, że Zamawiający przy ustalaniu wysokości kar umownych nadużył przysługującego mu prawa. Naruszenie powyższych zasad znalazło odzwierciedlenie w opisanych powyżej klauzulach zawartych we projekcie umowy w § 13.

Na wstępie poczynionych rozważań Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującego, zasadzającego się na tym, że podstawą odpowiedzialności wykonawcy względem Zamawiającego, wynikającej z postanowień umownych, powinno być jedynie

zawinienie zobowiązanego czyli wykonawcy. Izba wyjaśnia, że w omawianym zakresie należy odwołać się do przepisów k.c., które znajdują zastosowanie do czynności zamawiających i wykonawców na podstawie odesłania zawartego w art. 14 Pzp oraz przede wszystkim znajdują generalnie zastosowanie w sprawach zamówień publicznych w związku z art. 2 pkt 13 ustawy definiującym zamówienia publiczne jako umowy zawierane pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, a więc stosunki cywilnoprawne, ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym rozciągnięciem instytucji i siatki pojęciowej prawa cywilnego na zamówienia publiczne.

Podstawą odpowiedzialności kontraktowej, ukształtowanej przede wszystkim w art. 471 k.c. jest, iż dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zasadnym jest, przy ocenie należytej staranności wykonawcy, odwołanie się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto należy mieć na względzie przepis art. 355 § 2 k.c., definiujący należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Konstrukcja kary umownej przewidzianej art. 483 § 1 k.c. oparta jest na ogólnych zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej. W myśl tego przepisu strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego nastąpi przez zapłatę oznaczonej sumy (kara umowna). Orzecznictwo i piśmiennictwo zgodnie przyjmują, iż kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, zatem przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, z dnia 8 lipca 2004 r. IV CKN 583/03). Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty także w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., mająca moc zasady prawnej, III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). W razie braku rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika, jego wina w nieterminowym wykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia o zapłatę kary umownej. Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 16 stycznia 2013 roku (sygn. akt II CSK 331/12), w którym podkreślono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970 r., II CR

167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214 (...), z dnia 26 stycznia 2011r., II CSK 318/10, niepubl.) (...) Dłużnik może się zwolnić od obowiązku jej zapłaty wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności”). Zatem nie można żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Jednocześnie dochodząc w takim przypadku kary umownej wierzyciel nie musi udowadniać, że nieterminowe wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. To dłużnika obciąża natomiast dowód braku odpowiedzialności za wskazane zdarzenie.

Analogiczne wnioski płyną z wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2016 roku (sygn. akt IV CSK 674/15), w którym zaznaczono, że „(...) obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie (zwłokę) powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965 r., I CR 545/63, OSPiKA 1967, nr 4, poz. 97, z dnia 2 czerwca 1970r., II CR 167/70, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214, z dnia 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, OSNCP 1972, nr 9, poz. 160, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, nie publ., z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 44, z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, nie publ.)”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wyraża pogląd, iż postanowienia umowne w zakresie wykonania lub nienależytego wykonania umowy mogą przewidywać nie tylko odpowiedzialność wykonawcy za jego zawinione działania czy zaniechania, ale nawet odwoływać się do zasady ryzyka. Zamawiający w stanie faktycznym sprawy w poszczególnych postanowieniach umowy, związanych z możliwością naliczania kar umownych posłużył się określeniem „opóźnienie” a nie „zwłoka”. W kontekście powyższego nie sposób pominąć wyjaśnień Zamawiającego, prezentowanych w toku rozprawy, który twierdził, że wysokość kar umownych jest adekwatna do ryzyka Zamawiającego, bowiem środki pozyskane przez Zamawiającego pochodzą z funduszy europejskich i są obwarowane ściśle określonymi terminami, dlatego też konieczne jest terminowe wykonanie zamówienia, wymagające mobilizacji nie tylko ze strony wykonawcy, ale również Zamawiającego. Wobec tego, w ocenie Izby zasadnym jest ukształtowanie postanowień umownych, które uwzględniają możliwość naliczenia kar umownych za opóźnienie.

Następnie Izba odniosła się do zasadności wysokości poszczególnych kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego w treści projektu umowy. W zakresie omawianych zarzutów Izba uznała za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia Odwołującego opierające

się o przykładowe założenia ofertowe, odnoszące się do zakładanej wartości kontraktu, która będzie opiewała zdaniem wykonawcy Skanska na kwotę około 150 000 000 zł. Uwzględniając wartość kary umownej ustalonej przez Zamawiającego w projekcie umowy w § 13 ust. 1.1 w przypadku jednego dnia opóźnienia w wykonaniu zamówienia, wykonawca byłby zobowiązany zapłacić karę umowną na poziomie 750 000 zł. Kolejną kwestią, istotną z punktu widzenia rozpoznawanego zarzutu jest wartość umów podwykonawczych, które będą stanowiły znaczną część wynagrodzenia w ramach tego kontraktu. W tym zakresie za przykład może posłużyć wskazywana przez Odwołującego umowa podwykonawcza związana z wykonaniem SRA, która zgodnie z przewidywaniami wykonawcy Skanska będzie oscylowała się na poziomie około 30 000 000 zł. W sytuacji opisanej przez Zamawiającego w § 13 ust. 2.2 projektu umowy, przy ukształtowaniu przez Zamawiającego kary umownej na poziomie 10%, wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej na poziomie 3 000 000 zł za każdy dzień opóźnienia. Natomiast przy wysokości kary umownej na poziomie 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo (ust. 2.1. umowy w § 13 wzoru umowy) wykonawca będzie zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości aż 30 000 000 zł. W omawianym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż przewidziane przez Zamawiającego kary umowne zostały ustalone zbyt wysokim poziomem co przeczy istocie i celowi ustanawiania kar umownych. W ocenie Izby ich wysokość jest zbyt wygórowana i nieproporcjonalna względem, określonego potencjalnego przewinienia ze strony wykonawcy.

Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący ma również rację w kwestii dublowania się kar umownych zawartych w § 13 projektu umowy bowiem postanowienia ust. 1.2 zawierają się w ust. 2.7, natomiast postanowienia ust. 2.1. i ust. 2.2. dublują się z ust. 2.16; ust. 2.4. dublują się z ust. 2.15; ust. 2.5 dublują się z ust. 2.14. Wobec tego w ocenie Izby zasadnym było nakazanie wykreślenia z treści § 13 projektu umowy zdublowanych postanowień zawartych w § 13 projektu umowy w ust. 1.2., 2.1., 2.2, 2.4., 2.5.

Podsumowując Izba stanęła na stanowisku, że wysokość kar umownych zawartych w § 13 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ jest znacząco wygórowana i stanowi nieproporcjonalne obciążenie wykonawcy w stosunku do wysokości jego wynagrodzenia oraz jest nieadekwatna do wagi naruszeń, co w konsekwencji powoduje, że poziom kar umownych, przewidzianych przez Zamawiającego zamiast funkcji kompensacyjnej w zasadzie jest pewnym rodzajem represji względem wykonawcy. W obliczu powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający w § 13 wzoru umowy ustanawiając na zbyt wysokim poziomie wysokość kar umownych naruszył zasadę proporcjonalności, przyjętych sankcji względem chronionych interesów Zamawiającego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że bez znaczenia dla rozpoznania ww. zarzutów pozostają twierdzenia pełnomocnika Zamawiającego o tym, że projektów umowy będzie podlegał zmianom, które być może obejmą również materię kar umownych, bowiem powyższe twierdzenia stanowią jedynie oświadczenia strony, które stanowi jedynie zapowiedź zmian a nie ich dokonanie, a ponadto może ono na późniejszym etapie być odwołane lub zmienione.

b) Końcowy odbiór robót.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia przez Izbę była treść postanowień projektu umowy, zawartych w § 10 projektu umowy, odnosząca się do tematyki końcowego odbioru robót.

Istota sporu toczonego pomiędzy stronami sprowadzała się do tego, czy postanowienia specyfikacji zawarte w § 10 wzoru umowy, zasadzające się na uprawnieniu Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego robót w sytuacji stwierdzenia jakiegokolwiek, najdrobniejszej wady/usterki nie naruszają przepisów ustawy przy uwzględnieniu przepisów k.c. W rozpoznawanej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści projektu umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Wysoce nieprawdopodobna jest sytuacja kreowana przez Zamawiającego, polegająca na możliwości odbioru przedmiotu umowy jedynie w stanie idealnym. Dostrzeżenia wymaga, że skutkiem powyższego byłaby możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki, co w oczywisty sposób pociągałoby za sobą konsekwencje w postaci opóźnienia w spełnieniu świadczenia skutkującego możliwością naliczana przez Zamawiającego kar umownych. Izba w pełni podzieliła stanowisko Odwołującego, iż niezasadne jest odmawianie dokonania odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia jedynie drobnych, nieistotnych usterek. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zdefiniował pojęcie „istotności” wad/usterek.

W zakresie rozpoznawanych zarzutów uwzględniła je w przeważającej części i nakazała Zamawiającemu modyfikację specyfikacji:

- a) w § 13 „Kary umowne” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w następującym sposób:

- w ust. 1.1. przez obniżenie kary umownej do wysokości nie wyższej niż 0,02 % wynagrodzenia brutto ustalonego w § 8 ust. 1 umowy, za każdy dzień opóźnienia,
 - w ust. 2.3. przez obniżenie kary umownej do wysokości nie wyższej niż 10 000 zł za każdy dzień opóźnienia,
 - wykreślenie w całości ust. 1.2., 2.1., 2.2, 2.4., 2.5. z § 13 projektu umowy;
- b) w § 11 „Odbiór” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, przez ukształtowanie ust. 10.1 w ten sposób, iż Zamawiający może odmówić odbioru w sytuacji, gdy w toku czynności odbiorowych stwierdzi istotne wady/usterki przedmiotu Umowy, z jednoczesnym zdefiniowaniem przez Zamawiającego pojęcia istotności wady/usterki.

Ad III. Opis przedmiotu zamówienia – PFU

W zakresie zgłoszonych zarzutów w pkt III odwołania rozpoznaniu Izby podlegał jedynie zarzut z pkt 2 dotyczący braku określenia podstawowych założeń tymczasowej organizacji ruchu. Izba uznała zgłoszony zarzut za niezasadny, a tym samym podlegający oddaleniu.

Na wstępie jego rozpoznania zaznaczyć należy, że zgodnie z przepisem 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.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem Zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania Zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą

konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2018 r. o sygn. akt KIO 677/18).

Nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej poinformował, że może przekazać wykonawcy projekt tymczasowej organizacji ruchu lub wytyczne do jego wykonania, które muszą zostać uwzględnione. W toku rozprawy Izba ustaliła, że wykonawca nie zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie projekt tymczasowej organizacji ruchu lub wytycznych do jego wykonania, które muszą następnie zostać uwzględnione przez wykonawcę w treści składanej oferty. Zamawiający wyjaśnił również, że obecnie nie posiada projektu tymczasowej organizacji ruchu.

Na kanwie tak skonstruowanych postanowień dokumentacji przetargowej oraz ustaleń dokonanych w toku rozprawy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazywanych przez Odwołującego przepisów Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Izba stanęła na stanowisku, że dokonany przez Zamawiającego opis jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający przekaże wykonawcy projekt tymczasowej organizacji ruchu lub wytyczne do jego wykonania. Nie mniej jednak z powyższego należy wywieść, że w takim przypadku wykonawca powinien zwrócić się do Zamawiającego ze stosownym wnioskiem, czego w tym przypadku wykonawca nie uczynił. Tym samym nie sposób Zamawiającemu zarzucić brak udostępnienia wykonawcy ww. dokumentów skoro wykonawca o dokumenty te nie wystąpił do Zamawiającego. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że obecnie nie dysponuje projektem tymczasowej organizacji ruchu, nie mniej jednak nie sposób obecnie wykluczyć, że Zamawiający po otrzymaniu ze strony wykonawcy wniosku o przekazanie projektu tymczasowej organizacji ruchu lub wytycznych do jego wykonania takiego projektu nie sporządzi lub nie pozyska od podmiotów zewnętrznych określonych informacji, które następnie w formie wytycznych zostaną przekazane wykonawcy, które to informacje następnie posłużą wykonawcy do kalkulacji odpowiedniej grupy kosztów w ofercie. W związku z powyższym Izba uznała zgłoszony zarzut za taki, który podlega oddaleniu.

Ad IV. Wynagrodzenie kosztorysowe, ryczałtowe i brak możliwości zmiany wynagrodzenia.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający w § 8 projektu umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ sprecyzował, że wynagrodzenie na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza jest wynagrodzeniem kosztorysowym, które nie może przekroczyć kwoty wskazanej w ofercie. Wobec tego rozliczenie ma następować na podstawie obmiaru powykonawczego (ust. 4). Jednocześnie Zamawiający w § 8 ust. 1 sprecyzował, że wysokość wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ofertą nie przekroczy

kwoty, która zostanie wpisana do umowy i stanowić będzie kwotę z oferty wybranego wykonawcy.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że tak ukształtowane postanowienia projektu umowy są jedynie jednostronnie korzystne dla Zamawiającego i rodzą niebezpieczeństwo, iż wykonawcy nie otrzymają zapłaty za wykonane prace, w sytuacji przekroczenia kwoty wskazanej przez nich w złożonej ofercie. W szczególności taka sytuacją może mieć miejsce przy wystąpieniu okoliczności, których na etapie sporządzania oferty nie sposób było przewidzieć (dotyczy to między innymi występowania kolizji z sieciami zewnętrznymi czy też warunków geologicznych czy gruntowo – wodnych), bowiem również w § 12 projektu umowy „Zmiany do umowy” Zamawiający nie przewidział w takiej sytuacji wypłaty dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy.

Tym samym Izba doszła do przekonania, że tak ukształtowane postanowienia umowne nadmiernie obciążają wykonawcę w rozkładzie ryzyk kontraktowych, bowiem w takiej sytuacji wykonawcy będą zmuszeni wkalkulować w cenę składanych ofert pewne grupy kosztów z bardzo dużym zapasem. Konsekwencją powyższego może być dość znaczne podwyższenie cen ofert składanych przez wykonawców w ramach rozpoznawanego postępowania, co w oczywisty sposób nie służy także dobrze pojętemu interesowi Zamawiającego, który powinien być zainteresowany otrzymaniem ofert z cenami odpowiadającymi realnej wartości przedmiotu zamówienia a nie cenami zawyżonymi z uwagi na przeszacowanie dodatkowych elementów, za które wykonawcy nie otrzymają zapłaty jeśli nie ujmą ich w cenie ofertowej (np. roboty dodatkowe). Zupełnie odrębną kwestią jest możliwość ich obecnej wyceny na podstawie sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej. Z tych też powodów Izba uznała, iż postanowienia projektu umowy dotyczące ograniczenia górnego poziomu wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, przy uwzględnieniu charakteru wynagrodzenia, tj. wynagrodzenia kosztorysowego należy uznać za takie, które stanowią nadużycie prawa podmiotowego ze strony Zamawiającego względem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skutkiem przyjęcia przez Izbę takiego stanowiska było uwzględnienie ww. zarzutu i nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień specyfikacji:

- w § 8 „Wynagrodzenie” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ w ust. 1. i 1.1. przez wykreślenie stwierdzenia odnoszącego się do ograniczenia kwotowego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy („nie przekroczy kwoty”) oraz w ust. 7 wykreślenie postanowienia „przy czym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższać zadeklarowanej w ofercie ceny”,

- w § 12 „Zmiany do umowy” projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ przez wprowadzenie treści uprawniających do zmiany postanowień umownych w zakresie możliwości uzyskania przez wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia z tytułu realizacji robót związanych z wystąpieniem przy wykonywaniu przedmiotu Umowy niemożliwych do przewidzenia wcześniej okoliczności.

Ad V. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie podtorza oraz badań geotechnicznych.

Ad VI. Kolidze z sieciami zewnętrznymi.

Przede wszystkim przypomnieć należy, że pełnomocnik Zamawiającego w toku posiedzenia Izby wyjaśnił, że w odpowiedzi na odwołanie błędnie podano, że Zamawiający oddała zarzuty dotyczące badań geotechnicznych. Zamawiający oświadczył, że ten zarzut został przez Zamawiającego uwzględniony i dokumentacja zostanie uzupełniona. Jeśli zaś chodzi o kolidze z sieciami zewnętrznymi to w toku rozprawy strony były zgodne co do tego, że tego rodzaju informacje powinny znajdować się w dokumentacji technicznej, która zostanie przekazana przez Zamawiającego w wyniku uznania zarzutów odwołania w tym zakresie. Wobec tego Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy w dokumentacji technicznej kolidze z sieciami zewnętrznymi będą zaznaczone to zgłoszony zarzut w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowy.

Jeśli zaś chodzi część zarzutów dotyczącą zmiany postanowień § 12 projektu umowy w aspekcie możliwości uzyskania przez wykonawców dodatkowego wynagrodzenia w sytuacji wystąpienia okoliczności których nie sposób było przewidzieć na etapie składania oferty to aktualna w tym aspekcie pozostaje argumentacja Izby przedstawiona w niniejszym uzasadnieniu wyroku w „Ad IV. Wynagrodzenie kosztorysowe, ryczałtowe i brak możliwości zmiany wynagrodzenia”. Tym samym bezcelowej jest jej powtarzanie.

Izba zwraca uwagę, że biorąc pod uwagę powyższe zmiany SIWZ, ich charakter i rozmiar zasadnym jest przedłużenie przez Zamawiającego na podstawie art. 38 Pzp termin składania ofert o czas niezbędny dodatkowy czas do tego, aby wykonawcy mogli wprowadzić zmiany w ofertach.

Podsumowując, Izba potwierdziła, że zarzuty podnoszone w odwołaniu, przez wykonawcę Skanska, w części potwierdziły się. Izba doszła do przekonania, że stwierdzone naruszenia, które zostały opisane powyżej, mogą mieć wpływ na wyniki postępowania dlatego na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji zawartą w treści wyroku.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 a) i b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W związku z uwzględnieniem przez Izbę zarzutów odwołania, które nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego należało obciążyć kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego. Konsekwencją powyższego jest zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczonego przez Odwołującego wpisu w kwocie 20.000 zł. a następnie zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 20.000 zł, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczonego wpisu.

.....