

Sygn. akt: KIO 418/16

WYROK
z dnia 4 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 31 marca 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2016 roku przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.
Nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie terminu realizacji Zadania nr 2 przez określenie minimalnego terminu jako 9 miesięcy i maksymalnego terminu jako 14 miesięcy.
Nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 wykreślenie w pkt 2.4 PFU akapitu: *Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego* oraz wykreślenie w pkt 2.5 PFU akapitu: *Przerwy w pracy sprzętu zapewnianego przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie.*

Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 wprowadzenie do pkt 3 PFU, na końcu, postanowienia: *Prace związane z przywróceniem ciągłości nawierzchni toru należą do zakresu robót zlecanych Wykonawcy zadania nr 1.*

Nakazuje Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 w pkt 6.7 PFU zastąpienie postanowienia: Zamawiający poinformuje Wykonawcę o wybranych robotach z zakresu opcjonalnego (zakres B), które należy wykonać dla każdego z obiektów, po wykonaniu przeglądów specjalnych *następującym postanowieniem*: Zamawiający może odmówić zlecenia wykonawcy robót opcjonalnych (zakres B) odnoszących się do danego obiektu tylko w sytuacji, gdy konieczność wykonania robót opcjonalnych nie będzie wynikała z zasad sztuki budowlanej.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 gr 00 (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków - Lublin Północny na odcinku Łuków-Parczew*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2015 roku pod numerem 2015-129149.

Zmiana ogłoszenia o zamówieniu z dnia 11 marca 2016 roku opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016-032174

21 marca 2016 roku na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. od postanowień zmienionej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 11.03.2016r.), które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 14 ustaw przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie:

- 1) określenia niemożliwego do dochowania terminu realizacji przedmiotu zamówienia,
- 2) wprowadzenie sprzecznych ze sobą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) odnoszących się do roszczeń, jakie będą przysługiwały Wykonawcy w razie opóźnienia w dostawie materiałów przez Zamawiającego i przestojów sprzętu,
- 3) nieprecyzyjnego rozdzielenia zakresu obowiązków spoczywających na Wykonawcy zadania nr 1 i zadania nr 2,

4) przyznania Zamawiającemu całkowitej swobody w określeniu, jakie roboty opcjonalne przy wykonaniu obiektów inżynierskich zleci Wykonawcy, przy jednoczesnym obciążeniu Wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia określonych efektów, co jednocześnie wiąże się z przerzuceniem na wykonawców całości ryzyka gospodarczego związanego m. in. z określeniem przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, opóźnień w dostawie materiałów przez Zamawiającego, czy nie powierzeniem Wykonawcy wykonania całości robót niezbędnych do osiągnięcia zamierzonego efektu, co z kolei zaprzecza zasadzie równości stron stosunku zobowiązaniowego, w szczególności w świetle kalkulacji ceny ofertowej (wynagrodzenie ryczałtowe) i postanowień SIWZ ograniczających prawo wykonawcy do podnoszenia w pewnych sytuacjach wszystkich możliwych roszczeń.

Taki opis przedmiotu zamówienia utrudnia nadto uczciwą konkurencję, prowadząc do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert.

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu przez:

- 1) określenie, że termin realizacji przedmiotu zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę nie może być dłuższy niż 14 miesięcy i krótszy niż 9 miesięcy,
- 2) jednoznaczne przyznanie Wykonawcy prawa do zgłaszania roszczeń terminowych, roszczeń o przedłużenie czasu na ukończenie i roszczeń finansowych w sytuacji, gdy opóźnienie w dostawie materiałów przez Zamawiającego przekroczy 10 dni roboczych,
- 3) doprecyzowanie, że prace związane z przywróceniem ciągłości nawierzchni toru należą do zakresu robót zleczanych Wykonawcy zadania nr 1,
- 4) doprecyzowanie, że Zamawiający może odmówić zlecenia Wykonawcy robót opcjonalnych (zakres B) odnoszących się do danego obiektu tylko w sytuacji, gdy konieczność wykonania tych robót nie będzie wynikała z zasad sztuki budowlanej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. *Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...).* (wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu

zamówienia utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności przez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadniał

W dniu 11 marca 2016r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia pn.: *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków — Lublin Północny na odcinku Łuków - Parczew*

Podstawową zmianą było dokonanie podziału zamówienia na dwa zamówienia częściowe - Zamówienie częściowe nr 1: Zaprojektowanie i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na linii kolejowej nr 30 od km 1.811 do km 52,578 oraz Zamówienie częściowe nr 2: Zaprojektowanie i wykonanie wszystkich robót niezbędnych do wykonania zadania (z wyłączeniem SRK, telekomunikacji) w tym: wykonanie robót branży torowej, (nawierzchnia kolejowa, podtorze, odwodnienie), branży drogowej (skrzyżowania w poziomie szyn, drogi technologiczne), sieci, obiektów inżynieryjnych, robót okołotorowych wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na linii kolejowej nr 30 od km 1.811 do km 52,578.

Zamawiający, dokonując zmiany, o której mowa powyżej, dokonał także innych, dodatkowych zmian w zakresie wymogów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, przy czym zgodność części tych zmian z wymogami obowiązującego prawa budzi poważne wątpliwości. I tak:

1) Termin realizacji zamówienia.

Zgodnie z pierwotnymi postanowieniami SIWZ, termin realizacji zamówienia wynosił 14 miesięcy (2 miesiące projektowania, 12 miesięcy robót).

Po dokonanych zmianach, termin realizacji zamówienia wynosi nie mniej niż 6 miesięcy i nie więcej niż 9 miesięcy (pkt 20.8.2 SIWZ- IDW), przy czym termin ten jest jednym z kryteriów oceny ofert, a co za tym idzie to wykonawcy biorący udział w postępowaniu w swoich ofertach deklarują termin, w jakim mają zamiar wykonać przedmiot zamówienia (termin ten musi mieścić się w podanym przedziale czasu).

W ocenie Odwołującego, terminy realizacji zamówienia podane przez Zamawiającego w SIWZ są nierealne, niemożliwe do dotrzymania.

Po pierwsze, zakres robót objętych zmodyfikowanym opisem przedmiotem zamówienia nie uległ istotnej zmianie w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia objętego pierwotnymi postanowieniami SIWZ. Faktem jest, że prace mają być wykonywane obecnie przez dwóch Wykonawców, niemniej uwzględniając technologię wykonywania robót oraz zakres robót możliwych do wykonania równoległe przez obu wykonawców, zmiana ta nie będzie decydująca dla terminu wykonania zadania.

Po drugie, sam Zamawiający przesądza, że w ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca ma wykonać dokumentację projektową - w tym projekty budowlane i wykonawcze oraz uzyskać zgody i stosowne pozwolenia administracyjne (str. 15-16 PFU, pkt 1.2.2.PFU). Biorąc pod uwagę chociażby zakres robót, jaki może zostać zlecony Wykonawcy w związku z modernizacją/przebudową obiektów inżynierskich, na etapie realizacji zamówienia konieczne może okazać się uzyskanie pozwolenia na budowę. Co prawda na stronie 78 PFU Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie prace objęte zamówieniem nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę, niemniej jednocześnie Zamawiający podkreśla, że *wybór procedury zezwalającej na wykonanie niezbędnych robót pozostaje po stronie Wykonawcy*. Mając na uwadze, że dopiero specjalne przeglądy pozwolą na dokonanie oceny, jakie ostatecznie roboty będą do wykonania przy obiektach inżynierskich, nie sposób wykluczyć, że pozwolenie na budowę będzie jednak wymagane, przy czym z przepisu art. 35 prawa budowlanego wynika wprost, że właściwy organ ma 65 dni na wydanie pozwolenia na budowę. Konieczność uzyskania pozwolenia na budowę, czy nawet dokonanie zgłoszenia, o którym mowa w przepisach prawa budowlanego spowoduje, że termin wykonania zamówienia, w tym wykonania dokumentacji projektowej nie będzie możliwy do dochowania, przy czym wobec postanowień SIWZ, Wykonawcy nie będzie w razie konieczności uzyskania wymaganych prawem zezwoleń służyło roszczenie o przedłużenie Czasu na ukończenie.

Po trzecie, zgodnie z pkt 1.2.4 „Materiały” PFU (Tom III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) w zakresie Zamawiającego pozostaje dostarczenie Wykonawcy poniższych materiałów, których pozyskanie objęte jest osobnym postępowaniem przetargowym:

- *Szyny wraz z dostawą (...), która odbywać się będzie w cyklach tygodniowych (planowana odstawa w ilości ok. 9600 mb/tydzień na podstawie obustronnych uzgodnień i jest uzależniona od postępu innych robót realizowanych na tym odcinku linii. Roboty będą trwały od czerwca do listopada br. Powiadomienie Dostawcy o terminie dostawy odbędzie się z wyprzedzeniem 10 dni roboczych. Rozładunek szyn odbywać się przez Dostawcę na zewnątrz toków szynowych, podłoże musi zostać przygotowane przez Wykonawcę zadania 2, którego zakres robót opisuje niniejszej PFU.*

- *Podkłady wraz z dostawą (...) która odbywać się będzie na podstawie obustronnych uzgodnień jest uzależniona od postępu innych robót realizowanych na tym odcinku linii. Powiadomienie Dostawcy o terminie dostawy musi odbyć się z wyprzedzeniem 10 dni roboczych. Dostawa podkładów wraz z akcesoriami odbywać się będzie w ilości 25 tys. sztuk na miesiąc. (...).*
- *Tłuczeń wraz z dostawą (...) w wagonach samowładowczych (...). Realizacja dostaw odbywać się będzie w ilości 3 wahadła na tydzień na podstawie obustronnych uzgodnień i jest uzależniona od postępu innych robót realizowanych na tym odcinku linii. Powiadomienie Dostawcy o terminie dostawy musi odbyć się z wyprzedzeniem 10 dni roboczych. (...)*
- *Rozjazdy wraz z dostawą, która odbywać się będzie do 15 sierpnia na stację Radzyń Podlaski 7 sztuk rozjazdów, w terminie do 30 września pozostałe 7 sztuk rozjazdów na stację Bezwola. Powiadomienie Dostawcy o terminie dostawy musi odbyć się z wyprzedzeniem 10 dni roboczych. W zakresie Dostawcy rozjazdów brak jest podrozdnic długich poza KR, jak i też krótkich przed PR, których zapewnienie jest w zakresie Wykonawcy zadania 2.”*

Jak wynika z powyższego, Wykonawca musi dostosować harmonogram swoich robót do zasad dokonywania przez Zamawiającego dostaw materiałów, co oznacza, iż - nawet, jeśli dostawy będą dokonywane terminowo - nie będzie on mógł w pełni wykorzystać czasu zarezerwowanego na realizację kontraktu (wydajność PUN pozwalałaby na realizację robót z wykorzystaniem większej ilości materiałów niż Zamawiający zamierza Wykonawcy dostarczać w wyznaczonych okresach). Nadto, Wykonawca - bez dodatkowych roszczeń „terminowych” - ma założyć w harmonogramie możliwość opóźnień każdej z dostaw o 10 dni roboczych. Powyższe oznacza, że Wykonawca tylko pozornie może skrócić termin realizacji przedmiotu zamówienia i otrzymać dodatkowe punkty w kryterium pozacenowym. W rzeczywistości, termin realizacji zamówienia określony przez Zamawiającego jest niemożliwy do zachowania przy uwzględnieniu wszystkich wymogów SIWZ, przy czym dotyczy to zarówno terminu minimalnego i maksymalnego podanego w SIWZ - IDW. Zamawiający zapowiedział przedstawienie zmodyfikowanego wzoru umowy, który - jak można zakładać - będzie analogicznie, jaki pierwotny wzór zakładał kary umowne za niedochowanie terminów wykonania zamówienia.

- 2) Sprzeczność postanowień SIWZ odnoszących się do roszczeń związanych z opóźnieniem w dostawie materiałów.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z pkt 1.2.4 PFU w zakresie Zamawiającego pozostaje dostarczenie Wykonawcy zadania 2 kluczowych materiałów do realizacji zamówienia (szyn, podkładów, tłucznia, rozjazdów).

W tym samym punkcie PFU czytamy: *Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.*

Natomiast trzy akapity niżej, Zamawiający stwierdza: *„Wykonawca robót będących w zakresie niniejszego PFU w pierwszym, miesiącu od podpisania umowy wraz z dokumentacją projektu budowlanego przedstawi szczegółowy harmonogram robót wraz z określeniem terminów planowanych dostaw materiałów i pracy sprzętu zapewnionego przez Zamawiającego. Roboty powinny być tak zorganizowane, aby uwzględnić możliwość opóźnień w dostawie materiału i pracy sprzętu do 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), za które nie przysługuje Wykonawcy prawo do jakichkolwiek roszczeń. Kolejne opóźnienia w dostawie materiału i prac sprzętu uprawniają do roszczeń terminowych i finansowych.*

Z kolei w pkt 2.5 PFU znajduje się stwierdzenie: *„przerwy w pracy sprzętu zapewnianego przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.*

Zestawienie powyższych postanowień PFU, prowadzi do wniosku, że postanowienia te są wewnątrznie niespójne. Zamawiający bowiem z jednej strony gwarantuje Wykonawcy możliwość podnoszenia roszczeń finansowych, jeśli opóźnienie w dostawie materiałów, a co za tym idzie i pracy sprzętu przekroczy 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), gdy jednocześnie w innych postanowieniach Zamawiający wyklucza jakiegokolwiek roszczenia finansowe Wykonawcy w tym zakresie.

Na wypadek przyjęcia, że Wykonawcy nie przysługują roszczenia finansowe - po 10 dniach opóźnienia w dostawie materiałów - Odwołujący wskazuje, że takie rozwiązanie wskazywałoby na rażące pokrzywdzenie Wykonawcy robót. Roszczenie „terminowe” lub roszczenie o „wydłużenie czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie” nie zabezpiecza w pełni interesu Wykonawcy, skoro w okresie opóźnienia w dostawie materiałów, które może być dłuższe niż 10 dni roboczych i nie sposób ustalić w chwili obecnej, ile może ono wynieść maksymalnie, Wykonawca będzie pozostawał w gotowości do wykonania robót, ponosząc z tego tytułu wymierne koszty - koszty zatrudnienia pracowników, zapewnienia innych sprzętów, koszty zaplecza budowy. O ile koszty z tym związane oraz ryzyko samego wystąpienia opóźnienia w dostawie materiałów do 10 dni roboczych, Wykonawca jest w stanie przewidzieć i ująć w cenie ofertowej, o tyle koszty

wykraczające poza wskazany okres nie są możliwe do oszacowania, a co za tym idzie Wykonawca musi mieć w tym zakresie możliwość podnoszenia roszczeń względem podmiotu dostarczającego materiał - tu: Zamawiającego.

3) Nieprecyzyjne rozdzielenie zakresu obowiązków spoczywających na Wykonawcy zadania nr 1 i zadania nr 2.

W pkt I PFU (str. 10), Zamawiający podkreśla konieczność współpracy i koordynacji prac projektowych i robót pomiędzy Wykonawcami obu zadań, w szczególności określając zasady koordynacji robót nawierzchniowych (zadanie 2) z robotami związanymi z budową przepustów kablowych i rur ochronnych w miejscach, które stanowią miejsca ulegające zakryciu (zadanie nr 1), tj. terminy wzajemnych powiadomień, maksymalne terminy wykonania robót przez Wykonawcę zadania nr 1.

Zamawiający nie dookreśla jednak, czy Wykonawca zadania nr 1, poza wykonaniem samych przepustów kablowych i rur ochronnych w miejscach, które stanowią miejsca ulegające zakryciu, ma wykonać także prace związane z przywróceniem ciągłości nawierzchni toru. Przywrócenie ciągłości nawierzchni toru jest tymczasem niezbędne, skoro Zamawiający założył wykonanie robót przy użyciu pociągu do potokowej wymiany nawierzchni (PUN).

Okoliczność, który z wykonawców ma odpowiadać za przywrócenie ciągłości nawierzchni toru (i co oczywiste ponieść koszty z tym związane) jest niezbędna dla ustalenia zakresu świadczeń poszczególnych Wykonawców.

4) Prawo opcji.

Jak wynika z postanowień SIWZ - IDW, Zamawiający przewidział w postępowaniu prawo opcji w rozumieniu art. 34 ust. 5 ustawy (pkt 2.2.2. IDW), przy czym zasady zastosowania tego prawa zostały zawarte w PFU.

W pkt I. 6.7 Obiekty inżynieryjne PFU czytamy: *„Zamawiający przewiduje zakres robót na każdym z obiektów wskazanych w tabeli powyżej. Dla części obiektów inżynieryjnych określono roboty konieczne do wykonania z podziałem na roboty podstawowe (zakres A) i opcjonalne (zakres B), których wykaz przedstawiono poniżej. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o wybranych robotach z zakresu opcjonalnego (zakres), które należy wykonać dla każdego z obiektów, po wykonaniu przeglądów specjalnych. Oferent musi wycenić osobno każdą ze wskazanych robót, zarówno w zakresie A i B. Cena dla każdej z robót jest ceną ryczałtową odpowiadającą zakresowi roboty na danym obiekcie.”*

W ślad za powyższymi postanowieniami, w PFU zostały podane roboty przypisane do każdego z zakresów (zakres A i B). Natomiast w Rozbiciu ceny ofertowej, Wykonawca ma podać cenę łączną za każdy z obiektów, a w załączniku do Rozbicia cent ofertowej cenę ryczałtową za każdy zakres robót dla każdego z obiektów. W świetle SIWZ, Zamawiający ma

całkowitą swobodę w wyborze, które roboty z zakresu opcjonalnego (B) zleci Wykonawcy do realizacji. Może więc zlecić wykonawcy wykonanie wszystkich robót opcjonalnych lub tylko niektórych względem danego obiektu, przy czym decyzja odnośnie zakresu robót, jakie zostaną ostatecznie zleczone nie musi być - wobec braku dodatkowych postanowień w SIWZ w tym zakresie - podyktowana względami technicznymi. Wobec braku stosownych postanowień SIWZ, Zamawiający może zlecić Wykonawcy wykonanie tylko niektórych robót opcjonalnych, kierując się przykładowo kosztami ich wykonania zaoferowanymi przez Wykonawcę.

Rozwiązanie to nie jest możliwe do akceptacji, skoro to Wykonawca ponosi odpowiedzialność za doprowadzenie linii do parametrów i funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego. W tej sytuacji, Wykonawca powinien mieć zagwarantowane SIWZ, że Zamawiający zleci mu cały zakres robót opcjonalnych (zakres B) przewidziany dla danego obiektu, jeśli ich wykonanie okaże się niezbędne w świetle ustaleń przeglądów specjalnych oraz zasad sztuki budowlanej lub zwolni go z odpowiedzialności za osiągnięcie wymogów PFU odnoszących się do danego obiektu i linii jako takiej.

Brak takiej gwarancji powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny, tj. nie uwzględnia wszystkich elementów niezbędnych do wykonania zamówienia, a Zamawiający oczekuje przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności nie leżące po jego stronie, co prowadzi do rażącego pokrzywdzenia tej strony umowy.

Reasumując powyższe wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia stanowiący jeden z głównych elementów dokumentacji w sprawie zamówienia publicznego, stał się przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W chwili obecnej orzecznictwo to ma już ugruntowany charakter i w sposób jasny wskazuje, jak powinien zostać sporządzony opis przedmiotu zamówienia. *Warto w tym miejscu wskazać przykładowo wyrok KIO z dnia z dnia 27 marca 2015 r. o sygnaturze KIO 496/15, w którym czytamy: Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań niejednoznacznych, niedokładnych i niedostatecznie zrozumiałych utrudniających konkurencję i nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego stwierdzić należy, że podniesiony zarzut jest zasadny. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot "mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję" wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji*

poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. W ocenie Izby miejsce realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych. Natomiast stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić za wyrokiem Sadu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku svsn. akt CSK 626/13, że w przepisach PZP. ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując drugiej zmiany treści SIWZ w zakresie ustalenia, gdzie ma się znajdować biuro w którym będą wykonywane czynności związane z realizacją tego zamówienia ustalił parametr graniczny iż lokal przeznaczony na biuro ma znajdować się w promieniu 1200 m od siedziby Straży Miejskiej w Częstochowie. Zamawiający na rozprawie stwierdził, że za takim ustaleniem przemawiał ważny uzasadniony argument. Wynikał przede wszystkim z tego, że odległość 1200 m jest odległością, którą pracownik Straży Miejskiej może pokonać do tego biura pieszo (nie korzystając z dodatkowych środków komunikacji). Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że w SIWZ nie mogą być postawione wymogi tylko po to aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie.

Odwołujący podniósł, że kwestia terminu realizacji przedmiotu zamówienia stanowi jeden z elementów składowych opisu przedmiotu zamówienia i w związku z tym podlega powyżej wskazanych zasadom odnoszącym się do sposobu sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Zatem postanowienia dotyczące terminu realizacji powinny, podobnie jak całość opisu przedmiotu zamówienia, być dokonywane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, odzwierciedlający obiektywnie uzasadnione potrzeby zamawiającego dokonane za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Element terminu realizacji zamówienia ma istotny wpływ na cenę ofertową i może stanowić znaczący składnik decydujący o końcowej wysokości ceny ofertowej, które to stwierdzenie wydaje się być dość oczywistym. Określenie terminu realizacji zamówienia może zostać zatem dokonane w sposób sprzeczny z zasadami wskazanymi powyżej i niezgodny z art. 29 ustawy. Ma to miejsce w sytuacji, gdy wskazany termin realizacji zamówienia ma charakter nierealny, czyli nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Naruszenie zasady swobody umów wyrażonej w art. 353(1) k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy.

Postanowienia umowy, których cel lub treść narusza zasady współżycia społecznego, będą nieważne w całości lub w części zgodnie z art. 58 § 1 i 3 k.c. wskutek przekroczenia granic swobody umów wskazanych w art. 353¹ k.c. W wyroku z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/10, Sądu Najwyższego wskazuje, że moralnie negatywnie należy ocenić niekorzystną dla jednej ze stron treść umowy, jeżeli do krzywdzącego ukształtowania stosunków umownych doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. W takim wypadku umowa będzie sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w tej sprawie, o czym była mowa powyżej.

Odwołujący jest świadomy, że w orzecznictwie KIO dominuje pogląd, zgodnie z którym wykonawca w proponowanym przez Zamawiającego projekcie obciążony ryzykiem w większym stopniu niż druga strona umowy, powinien skalkulować swoją ofertę, wyceniając ryzyka i uwzględnić związane z nimi koszt w cenie oferty. W tym przypadku kwestionowane postanowienia SIWZ nie pozwalają jednak na skalkulowanie ryzyk wynikających z tych postanowień.

Natomiast oczywiście błędne będą, są takie postanowienia SIWZ, które przenoszą na wykonawcę ryzyka normalnie będące po stronie Zamawiającego, jeśli jednocześnie postanowienia umowne nie pozwalają na wycenę i oszacowanie konsekwencji ich przejęcia, co podkreśla KIO w wyroku z dnia 14 sierpnia 2012r., KIO 1529/12, KIO 1535/12, 1546/12. Ryzyka takiego nie da się bowiem skalkulować. Podobnie: wyrok KIO z dnia 14 sierpnia

2012r., KIO 1529/12, 1535/12, 1546/12, wyrok KIO z dnia 19 września 201 r., KIO 1918/11. W ocenie KIO (vide: przywołane wyżej wyroki) błędne są również klauzule, które przenoszą całkowicie na wykonawcę ryzyko nieprzewidywalnych warunków w zakresie, w którym wykonawca nie jest w stanie ich wykryć, ocenić, mimo zachowania należytej staranności.

W tym miejscu żądania odwołania znajdują szczególne uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 2 marca 2010 r., KIO/UZP 184/10, gdzie stwierdza się m.in.: Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, podziela pogląd wyrażony wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2009 r.: "...obwarowanie opisu przedmiotu zamówienia zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi, które jednak z dużym prawdopodobieństwem wystąpią w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwala na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty" (wyrok KIO z 14 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09).(...) Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, iż każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 7 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp. (...) Postanowienia § 1 ust. 6 wzoru umowy, Izba uznaje za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 art. 31 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wymagają od wykonawcy realizacji na jego koszt prac w wyniku zaleceń organów uprawnionych, a nie ujętych w dokumentacji ani nie podanych wyrost w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, iż zalecenia te zostały wydane wskutek stwierdzenia wadliwości prowadzenia robót, czy innych przyczyn leżących po stronie wykonawcy. (...) Izba nie podziela poglądu zamawiającego, iż wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność. Skrajnie prowadziłoby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 K.c. odnosi się do rozszerzenia odpowiedzialności strony umowy za nienależyte wykonanie własnego zobowiązania. Natomiast nie dotyczy to przejęcia odpowiedzialności za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy) i z wykonawcą robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o który wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu. Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż nie może on ponosić odpowiedzialności, nawet rozszerzonej, zwalniając zamawiającego od wypełnienia je20 obowiązków wzajemnych i współdziałania przy realizacji umowy. Umowne rozszerzenie odpowiedzialności dopuszczalne jest w granicach zasady swobody umów, jednakże Izba uznaje, iż żądanie rozszerzenia umownej odpowiedzialności wykonawcy na przypadki

nieujawnionych wad i luk projektów technicznych, w odniesieniu do których służą zamawiającemu roszczenia względem projektanta o ich naprawienie, narusza przepisy i stanowi nadużycie przez zamawiającego prawa do kształtowania wzoru umowy oraz stanowi przejaw czynienia ze swego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa. ”

W świetle powyżej poczynionych uwag, nie sposób przyjąć, że Wykonawca może i powinien w tej sprawie brać na siebie odpowiedzialność (ryzyko) dodatkowych opóźnień w dostawie przez Zamawiającego materiałów, nie zlecenia mu robót niezbędnych do wykonania w celu osiągnięcia zakładanych efektów, czy niemożliwości wykonania umowy w zakładanym terminie, co w pełni zasadnym czyni niniejsze odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 marca 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz wykonawcę Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający, na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 31 marca 2016 roku złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie” wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał w dniu 11 marca 2016 roku podziału zamówienia na części, Zamawiający w punkcie 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Tom I Instrukcja dla Wykonawców dopuścił składanie ofert częściowych.

Odwołanie wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zostało złożone w zakresie Zmówienie nr 2 - *Zaprojektowanie i wykonanie wszystkich robót niezbędnych do wykonania zadania (z wyłączeniem SRK, telekomunikacji) w tym: wykonanie robót branży torowej (nawierzchnia kolejowa, podtorze, odwodnienie), branży drogowej (skrzyżowania w poziomie szyn, drogi technologiczne), sieci, obiektów inżynieryjnych, robót okołotorowych wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na linii kolejowej nr 30 od km 1,811 do km 52,578.*

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

- art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,*
- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- art. 14 ustawy - *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,*

- art. 353¹ Kodeksu cywilnego – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Izba wskazuje, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...). Natomiast w oparciu o art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia Zamawiający nie może opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Izba poddała analizie stanowiska prezentowane przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów odwołania i uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu

Podstawową zmianą było dokonanie podziału zamówienia na dwa zamówienia częściowe -
Zamówienie częściowe nr 1: Zaprojektowanie i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacji wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na linii kolejowej nr 30 od km 1.811 do km 52,578 oraz Zamówienie częściowe nr 2: Zaprojektowanie i wykonanie wszystkich robót niezbędnych do wykonania zadania (z wyłączeniem SRK, telekomunikacji) w tym: wykonanie robót branży torowej, (nawierzchnia kolejowa, podtorze, odwodnienie), branży drogowej (skrzyżowania w poziomie

szyn, drogi technologiczne), sieci, obiektów inżynieryjnych, robót okołotorowych wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na linii kolejowej nr 30 od km 1.811 do km 52,578.

Zamawiający, dokonując zmiany, o której mowa powyżej, dokonał także innych, dodatkowych zmian w zakresie wymogów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

1. W zakresie wskazywanego zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pierwotnymi postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), termin realizacji zamówienia wynosił 14 miesięcy (2 miesiące projektowania, 12 miesięcy robót).

Izba ustaliła, że w następstwie podziału zamówienia na części, dokonanej zmiany z dnia 11 marca 2016 roku, Zamawiający zmienił termin realizacji zamówienia i zgodnie z pkt. 20.8.2 SIWZ Tom I Instrukcje dla wykonawców (dalej: IDW) określił termin realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert oraz podał, że *w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 9 miesięcy lub poniżej 6 miesięcy - oferta zostanie odrzucona*. Tym samym termin realizacji zamówienia po zmianach SWIZ wynosi od 6 do 9 miesięcy, a wykonawca zobowiązany jest zadeklarować w formularzu oferowany termin realizacji zamówienia.

Odwołujący poza argumentacją przedstawioną w odwołaniu podkreślając, że zakres robót objętych zmodyfikowanym zamówieniem nie uległ istotnej zmianie wskazywał na rozprawie, że utrudnieniem jest fakt, że wykonawca realizujący zamówienie według postanowień SWIZ musi bazować na materiałach dostarczanych przez Zamawiającego, co w ocenie Odwołującego ma znaczenie dla określenia terminów realizacji zamówienia i w ocenie Odwołującego nie przyczyni się to do skrócenia terminu. Odwołujący wskazał, że konieczność bazowania w trakcie realizacji zadania na materiałach dostarczanych przez Zamawiającego w zasadzie stanowi utrudnienie po stronie wykonawcy realizującego zamówienie, które może prowadzić do opóźnień w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: uczestnik postępowania odwoławczego) argumentowali w zakresie materiałów jakie ma dostarczać Zamawiający a niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, że istnieje realne zagrożenie niedotrzymania terminów realizacji przedmiotowej inwestycji z uwagi na określone przez Zamawiającego ilości materiałów oraz czasu ich dostawy. W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający przewidział dostawę 9600 mb szyny na tydzień

czyli 4,8 km toru na tydzień, co miesięcznie daje 20 km toru, jednocześnie Zamawiający określił w SWIZ, że dostarczać będzie 25 000 sztuk podkładów na miesiąc, a uwzględniając co wskazał uczestnik postępowania odwoławczego, na wykonanie 1 km toru potrzebny jest 1700 szt. podkładów, co w efekcie, biorąc pod uwagę dostawy jakie przewidział Zamawiający dla realizacji tego zadania pozwala w miesiącu wykonać 14,5 km torów. W tym miejscu Izba zaznacza, że Zamawiający w trakcie rozprawy potwierdził, że jest niezgodność w ilości materiałów. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 24 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Tom III SIWZ (dalej: PFU) Zamawiający przewidział, że tłuczeń będzie dostarczany przez 23 tygodnie (6 miesięcy). Powyższe w ocenie Izby w sposób jednoznaczny wskazuje, że realizacja dostaw materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia przez Zamawiającego, w sposób i ilościach jakie przewidział, ma realne znaczenie dla określonego terminu realizacji zamówienia. W zasadzie termin ten, jak wskazywał podczas rozprawy Zamawiający jest jedynie realny w górnej jego granicy (9 miesięcy) ponieważ sam fakt dostarczania tłucznia przez 6 miesięcy, uwzględniając zakres zadania nr 2 wyklucza możliwość zaoferowania terminu 6 miesięcy na realizację zamówienia, którego zakres jest o wiele szerszy niż realizacja prac, w której wykorzystywany jest tłuczeń. Tym samym, określony przez Zamawiającego na realizację zamówienia minimalny termin 6 miesięcy staje się nierealny. Izba wskazuje, że nierealność określonego terminu realizacji zamówienia podkreśla również – wskazywane jako atut przez Zamawiającego, pozwalający na skrócenie terminów – a w efekcie potwierdzające stanowisko Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego postawienie przez Zamawiającego do dyspozycji wykonawcy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia pociągu do potokowego układania nawietrzni torowej (dalej: PUN). Wskazać bowiem należy, że PUN może być wykorzystywany do realizacji prac jedynie w dni robocze (od poniedziałku do piątku), co argumentował Odwołujący a Zamawiający nie kwestionował. Zamawiający podczas rozprawy argumentował, że przy użyciu pociągu PUN wykonuje się średnio około 1 km pracy na zmianę (gdzie zmiana to 8h / 1 dzień pracy); zaznaczyć należy, że zamówienie obejmuje około 50 km linii. Izba w tym miejscu wskazuje, że uwzględniając powyższe jak również sposób realizacji dostaw, jak również ilości dostarczanych materiałów, możliwości wykorzystania pociągu PUN oscyluje praktycznie w terminie 15 dni roboczych w miesiącu – na co wskazywał Odwołujący. Jednocześnie nie należy zapominać o pracach, które wykonywane są bez użycia pociągu PUN to znaczy wszystkie prace przygotowawcze jak również prace na obiektach inżynierskich.

Kolejnym elementem mającym niewątpliwie wpływ na termin realizacji inwestycji są wspomniane wyżej prace na obiektach inżynierskich.

Zgodnie z przedmiotem zamówienia pociąg po oddaniu szlaku ma jeździć z prędkością 120 km/h a nacisk na jedną oś ma wynosić 22,5 tony; dlatego też w zakresie prac jakie określił

Zamawiający w tym postępowaniu wymaga m. in. grubszej warstwy tłucznia, cięższych szyn, obiektów o większej wytrzymałości. Jednocześnie Zamawiający w trakcie rozprawy potwierdził, że ten szlak kolejowy nie był używany od co najmniej 15 lat, a Odwołujący wskazał, że niektóre z obiektów inżynierskich na tym szlaku kolejowym pochodzą z XIX wieku natomiast (pkt 4.4 PFU – Badania infrastruktury) obowiązek analizy stanu technicznego obiektów pozostaje po stronie wykonawcy realizującego zamówienie. Tym samym, jak argumentował Odwołujący, może powstać konieczność realizacji zadań określonych przez Zamawiającego (pkt 6.7 PFU – Obiekty inżynierskie) jako prace opcjonalne (Zakres B), który może prowadzić do konieczności uzyskania pozwolenia na budowę. Fakt tego, że realnie zostało przewidziane w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, że taka okoliczność może mieć miejsce wynika z postanowień PFU (pkt 4.5 – Dokumentacja projektowa oraz pkt. 7.1 – Obowiązki i odpowiedzialność wykonawcy, 2.2 – Dokumentacja projektowa), tym samym zakres prac jakie będą winne do wykonania z Zakresu B determinuje konieczność sporządzenia odpowiednich dokumentów i uzyskania stosownych pozwoleń. Nie sposób nie zgodzić się z Odwołującym, że ma to realne znaczenie dla określenia terminu realizacji zamówienia, a Zamawiający określający dane zamierzenia do wykonania również powinien ten niezbędny, choćby minimalny termin uzyskania odpowiednich pozwoleń brać pod uwagę.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy oraz przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego stanowiącego, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* a stanowiącego źródło regulacji z art. 190 ust 1 ustawy, należy wskazać, że przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Uwzględniając stanowiska przedstawione przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że Odwołujący wykazał nierealność określonego przez Zamawiającego przedziału terminu realizacji zamówienia w zadaniu 2. W ocenie Izby niewątpliwie dla rozpoznania tego zarzutu ma znaczenie fakt, że Zamawiający sam przyznał niespójność w zakresie ilości materiałów, które mają być dostarczone przez

Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania a których dostawa jest realizowana w odrębnym postępowaniu oraz przyznał Zamawiający, że ilość dostarczanych podkładów nie jest zgodna z ilością dostarczanych szyn. Jednakże, co należy zauważyć poza wskazaną wcześniej rozbieżnością na nierealność określenia terminu realizacji zamówienia i jego fikcyjność wskazuje fakt, że sposób wykonania prac przy użyciu pociągu PUN również nie pozwala na przyspieszenie prac z uwagi na sposób jego wykorzystania oraz możliwość użycia materiałów, które będą dostarczane w określonych terminach przez Zamawiającego (tłuczeń – 6 miesięcy) oraz z założeniami opóźnień w dostawach, które wykonawcy muszą przewidywać zgodnie z decyzją Zamawiającego, a co również ma niewątpliwie wpływ na określenie terminu realizacji zamówienia. Również nie można pominąć przy rozpatrywaniu tego zarzutu, że konieczność wykonania prac na obiektach inżynierskich może prowadzić do konieczności uzyskania odpowiednich pozwoleń, co w efekcie może mieć wpływ na ukształtowanie terminu realizacji zamówienia. Fakt, że prace na obiektach inżynierskich mogą wymagać uzyskania stosowanych pozwoleń nie może zostać pominięta dlatego tylko, że tak może a nie musi być. Jest to jeden z elementów opisu przedmiotu zamówienia, który został określony przez Zamawiającego i nie można go pomijać z uwagi na to, że jest to warunkowy element oraz biorąc pod uwagę, że prace mają być wykonywane na obiektach inżynierskich, które od wielu lat nie są użytkowane, co wskazał sam Zamawiający, a w niektórych przypadkach zostały wybudowane w XIX wieku niewątpliwie pozwala na przypuszczenie, że w celu osiągnięcia wymagań Zamawiającego dla tego szlaku kolejowego, który ma być główną trasą przejazdu pociągów towarowych na czas remontu linii nr 7 w zestawieniu z przewidzianymi pracami w „Zakresie B” wymagać może uzyskania stosownych pozwoleń, co niewątpliwie będzie miało realny wpływ na okres realizacji zamówienia. Jednocześnie podnoszona na rozprawie argumentacja przez Zamawiającego, że *określony w poprzednim wzorze umowy okres etapowania realizacji zamówienia w czasie projektowania przewidywał również dokonanie ekspertyz obiektów powoduje skrócenie terminu czasu projektowania o około 1 do 1,5 miesiąca* przy czym na dzień rozpoznania odwołania nie zostały zamieszczone przez Zamawiającego wzory umów do zadania nr 1 i zadania nr 2 (informacja Zamawiającego z dnia 11 marca 2016 roku *Jednocześnie Zamawiający informuje, że Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Tom II SIWZ Warunki Umowy dla Zamówienia Częściowego nr 1 i Zamówienia Częściowego nr 2 oraz odpowiedzi na pytania złożone w przedmiotowym postępowaniu zostaną udostępnione w terminie późniejszym*), tym samym brak jest w dokumentacji postępowania informacji o skróceniu okresu projektowania o podnoszony przez Zamawiającego okres, jak również brak jest w obliczu postanowień dokumentacji pewności, że prace na obiektach inżynierskich będą jedynie remontem a nie przebudową wymagającą uzyskania

stosownych pozwoleń. Dodatkowymi argumentami przemawiającymi za wydłużeniem przedziału terminów realizacji zamówienia jest podnoszony przez Odwołującego (pkt 10.12 PFU) obowiązek przeprowadzenia szkolenia personelu Zamawiającego w tym szkolenie maszynistów umożliwiające im zapoznanie się ze szlakiem w terminie co najmniej miesiąca od planowanego zakończenia robót i prowadzenia ruchu objazdowego na linii, jak również uwzględnienie w terminie realizacji zamówienia opóźnień w dostawach materiałów, których to uwzględnienia wymaga Zamawiający w postanowienia PFU (pkt 2.4 PFU).

W obliczu powyższego Izba nakazała zmianę w zakresie terminu realizacji Zadania nr 2 przez określenie minimalnego terminu jako 9 miesięcy i maksymalnego terminu jako 14 miesięcy co w konsekwencji prowadzi do zmodyfikowania wszystkich postanowień SWIZ odnoszących się do terminu realizacji zamówienia.

2. W zakresie wskazywanego zarzutu dotyczącego sprzeczności postanowień SIWZ odnoszących się do roszczeń związanych z opóźnieniem w dostawie materiałów.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.4 PFU

Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego. (...)

Wykonawca robót będących w zakresie niniejszego PFU w pierwszym, miesiącu od podpisania umowy wraz z dokumentacją projektu budowlanego przedstawi szczegółowy harmonogram robót wraz z określeniem terminów planowanych dostaw materiałów i pracy sprzętu zapewnionego przez Zamawiającego. Roboty powinny być tak zorganizowane, aby uwzględniać możliwość opóźnień w dostawie materiału i pracy sprzętu do 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), za które nie przysługuje Wykonawcy prawo do jakichkolwiek roszczeń. Kolejne opóźnienia w dostawie materiału i prac sprzętu uprawniają do roszczeń terminowych i finansowych.

Natomiast w punkcie 2.5 PFU:

Przerwy w pracy sprzętu zapewnianego przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu wskazał: *Zamawiający nie odnajduje niespójności w zapisach SWIZ w kwestii poruszonej przez Zamawiającego.*

W opinii Zamawiającego klarowne jest, iż zgodnie z postanowieniami PFU w zakresie dostaw materiałów, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, wykonawca nie będzie miał żadnych innych roszczeń poza terminowymi w przypadku opóźnienia do 10 dni roboczych. Natomiast w przypadku, gdy opóźnienia te przekroczą 10 dni roboczych, wykonawca uzyskuje uprawnienia do wnoszenia pozostałych roszczeń, poza terminowymi. Powyższe wynika z przytoczonych przez Odwołującego zapisów PFU, a w szczególności „Kolejne opóźnienia w dostawie materiału i prac sprzętu uprawniają do roszczeń terminowych i finansowych.”

Zamawiający na rozprawie argumentował, że *jeżeli realizacja przekroczy 10 dni to przy pierwszym opóźnieniu wykonawca ma prawo wnosić o wydłużenie terminu realizacji robót, natomiast przy kolejnym opóźnieniu prawem wykonawcy jest wnoszenie o wydłużenie terminu realizacji, jak i roszczeń finansowych. (...) zgodnie z pkt 2.5 PFU roszczenia finansowe po stronie wykonawcy przysługują również w przypadku nieterminowego postawienia do dyspozycji wykonawcy sprzętu, którym dysponuje zamawiający.*

Izba wskazuje, że taka argumentacja Zamawiającego nie koreluje z postanowieniami PFU, bowiem tam Zamawiający w sposób jednoznaczny podał, że *Roboty powinny być tak zorganizowane, aby uwzględniać możliwość opóźnień w dostawie materiału i pracy sprzętu do 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), za które nie przysługuje Wykonawcy prawo do jakichkolwiek roszczeń.* - czyli za opóźnienie w dostawie materiału czy też opóźnienie pracy sprzętu do 10 dni, liczonych ponad to co określone w warunkach dostawy, wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia, czyli ani roszczenia finansowe ani terminowe. Tym samym nie sposób wyczytać z tego postanowienia, co wskazywał Zamawiający w trakcie rozprawy, że w okresie opóźnienia do 10 dni ponad to co zostało określone w warunkach dostawy, wykonawcy będą przysługiwały roszczenia terminowe. Jednocześnie ww. postanowienie PFU jest niespójne z regulacją Zamawiającego, że *Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie.* Raz bowiem Zamawiający nie przyznaje wykonawcy jakichkolwiek roszczeń przy opóźnieniu do 10 dni ponad to co określone w warunkach dostawy a w innym miejscu przyznaje wykonawcy prawo do roszczeń terminowych i wydłużenie czasu na ukończenie robót zawartych w kontrakcie, niezależnie od terminu w jakim nastąpi opóźnienie w realizacji dostaw, jak również w odniesieniu do postanowienia z pkt 2.5 PFU, gdzie Zamawiający wskazał, że przerwy w pracy sprzętu są podstawą do roszczeń terminowych i wydłużenie czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Do tego dochodzą również roszczenia finansowe wykonawcy, które zgodnie z

ww. postanowieniem pkt 2.4 PFU nie przysługują wykonawcy za opóźnienie w dostawie materiału czy też opóźnienie pracy sprzętu do 10 dni, liczonych ponad to co określone w warunkach dostawy natomiast Kolejne opóźnienia w dostawie materiału i prac sprzętu uprawniają do roszczeń terminowych i finansowych. Przy czym w innym miejscu PFU pkt 2.4 Zamawiający wskazał, że opóźnienia w dostawie materiałów nie stanowią dla wykonawcy podstaw do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego oraz w pkt 2.5 PFU wskazał, że przerwy w pracy sprzętu zapewnionego przez Zamawiającego nie stanowią podstaw dla wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.

Uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy wskazywał, popierając argumentację Odwołującego, że dla osiągnięcia rozstrzygnięcia tego zarzutu właściwa byłaby korekta postanowień PFU przez wykreślenie w pkt 2.4 PFU akapitu *Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.*

W ocenie Izby Odwołujący zasadnie wskazał na brak spójności powyżej określonych postanowień PFU – co też Izba wykazała we wcześniejszym akapicie uzasadnienia – i Izba uznała zarzut za zasadny. W obliczu powyższego Izba nakazała zmianę postanowień PFU przez wykreślenie:

- w pkt 2.4 PFU akapitu: *Opóźnienie w dostawie materiałów do wbudowania zapewnianych przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego oraz*
- w pkt 2.5 PFU akapitu: *Przerwy w pracy sprzętu zapewnianego przez Zamawiającego są podstawą dla Wykonawcy do roszczeń terminowych i wydłużenia czasu na ukończenie robót zawartego w kontrakcie. Nie stanowią natomiast podstawy dla Wykonawcy do jakichkolwiek roszczeń finansowych w stosunku do Zamawiającego.*

Izby wskazuje, że postanowienie z pkt 2.4 PFU (*Wykonawca robót będących w zakresie niniejszego PFU w pierwszym, miesiącu od podpisania umowy wraz z dokumentacją projektu budowlanego przedstawi szczegółowy harmonogram robót wraz z określeniem terminów planowanych dostaw materiałów i pracy sprzętu zapewnionego przez Zamawiającego. Roboty powinny być tak zorganizowane, aby uwzględniać możliwość opóźnień w dostawie materiału i pracy sprzętu do 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), za które nie przysługuje Wykonawcy prawo do jakichkolwiek roszczeń.* Kolejne opóźnienia w dostawie materiału i prac sprzętu uprawniają do roszczeń

terminowych i finansowych.) odnosi się zarówno do roszczeń terminowych i finansowych dotyczących zarówno opóźnień w dostawie materiałów jak również pracy sprzętu postawionego przez Zamawiającego względem harmonogramu, który ma przedstawić wykonawca prac. Wskazać należy również, że taka konstrukcja uprawniająca wykonawcę do zgłaszania roszczeń finansowych w zakresie opóźnień, czyli po upływie 10 dni roboczych (poza 10 dni wskazanych w warunkach dostawy), które mają być zgodnie z postanowieniami PFU przedstawionymi w PFU uwzględnione przy organizacji pracy pozwalają wykonawcy na skalkulowanie wszelkiego rodzaju kosztów, jakie będzie musiał ponosić w czasie przestoju spowodowanego opóźnieniem ze strony Zamawiającego. W zasadzie takie ukształtowanie wymagania, co do uwzględnienia w zakresie prac możliwości określonych opóźnień stanowi także argument w zakresie pierwszego z zarzutów a dotyczącego terminów realizacji zamówienia.

3. W zakresie wskazywanego zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego rozdzielenie zakresu obowiązków spoczywających na Wykonawcy zadania nr 1 i zadania nr 2.

Izba ustaliła, że w PFU w pkt 3 Zamawiający wskazał: *Wykonawca zadania 1 przed wykonaniem robót nawierzchniowych przez Wykonawcę zadania 2, terminie nie dłuższym niż 14 dni roboczych, ułoży wszystkie możliwe przepusty kablowe i rury ochronne w miejscach, które stanowią miejsca ulegającego zakryciu, tak aby po wykonaniu robót nawierzchniowych przez Wykonawcę zadania 2 nie zachodziła konieczność ingerencji w wykonany zakres prac torowych. Wykonawca zadania 2 poinformuje Wykonawcę zadania 1 o konieczności wykonania powyższych robót i przedstawi harmonogram wykonywanych prac. W przypadku gdy Wykonawca zadania 1 nie wykona powyższych prac w ww. terminie, musi zastosować inne niż odkrywkowe metody wykonania przepustów kablowych i rur ochronnych lub liczyć się z poniesieniem kosztów wbudowania kolidujących kabli w wykonaną już przez Wykonawcę zadania 2 nawierzchnię.*

W piśmie Zamawiający wskazując na powyższą regulację wyjaśniał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie zapisał w PFU, że wykonawca zadania 1 nie jest odpowiedzialny za przywrócenie ciągłości nawierzchni toru, jak i za związane z takim przywróceniem koszty.

Odwołujący na rozprawie podniósł, że istota zarzutu sprowadza się do tego, że brak jest określenia przez Zamawiającego w PFU informacji na temat tego, do jakiego zakresu wykonawca zadania 1 ma odtworzyć nawierzchnię w taki sposób, aby możliwa była

realizacja zadania 2 z użyciem pociągu PUN. Odwołujący argumentował tym, że koszty przygotowania frontu robót do użycia pociągu PUN muszą obciążyć któregoś z wykonawców, a z dokumentacji postępowania nie wynika, kto je będzie ponosił i kto powinien je skalkulować. W odpowiedzi Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że zgodnie ze sztuką budowlaną realizacja zadania pierwszego nie będzie następowała w taki sposób, że będzie konieczne „cięcie” torów, tym samym nie istnieje problem odtworzenia warstwy torowiska. Odwołujący argumentował, że usunięcie torów z torowiska jest jedną z metod i może być wykorzystana przez wykonawcę zadania 1.

Izba wskazuje, że choć mało prawdopodobna - co twierdził Zamawiający - jest realizacja zadania 1 w taki sposób, że tory zostaną pocięte i usunięte, to zgodnie z wyjaśnieniami z rozprawy nie można takiego sposobu wykluczyć, tym bardziej, że nie został on wyłączony w dokumentacji przez Zamawiającego. Izba wskazuje również, że z postanowień SWIZ, do których odwoływał się Zamawiający w ocenie Izby nie wynika, kto jest zobowiązany do odtworzenia nawierzchni (w przypadku jej naruszenia) tak aby możliwe było wykorzystanie przy realizacji zadania nr 2 pociągu PUN, a co za tym idzie nie zostało przewidziane, który z wykonawców ma uwzględnić koszty. Dlatego też Izba zarzut uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 wprowadzenie do pkt 3 PFU, na końcu, postanowienia: *Prace związane z przywróceniem ciągłości nawierzchni toru należą do zakresu robót zlecanych Wykonawcy zadania nr 1*”.

4. W zakresie wskazywanego zarzutu dotyczącego prawa opcji.

Izba ustaliła, że zgodnie z IDW pkt 2.2.2 Zamawiający wskazał:

Zamawiający przewiduje PRAWO OPCJI w rozumieniu art. 34 ust. 5 Ustawy, w zakresie wykonania robót zgodnie z opisem zawartym w Tomie III SIWZ Program Funkcjonalno - Użytkowy dla:

- Obiektów inżynierskich

Skrzyżowań w poziomie szyn

Wszelkie informacje na temat zakresu Opcji zawiera Tom III SIWZ Program Funkcjonalno – Użytkowy.

W pkt 6.7 PFU Zamawiający podał:

„Zamawiający przewiduje zakres robót na każdym z obiektów wskazanych w tabeli poniżej. Dla części obiektów inżynierskich określono roboty konieczne do wykonania z podziałem na roboty podstawowe (zakres A) i opcjonalne (zakres B), których wykaz przedstawiono poniżej. Zamawiający poinformuje Wykonawcę o wybranych robotach z zakresu opcjonalnego (zakres B), które należy wykonać dla każdego z obiektów, po wykonaniu przeglądów

specjalnych. *Oferent musi wycenić osobno każdą ze wskazanych robót, zarówno w zakresie A i B. Cena dla każdej z robót jest ceną ryczałtową odpowiadającą zakresowi roboty na danym obiekcie.* Wykonawca potwierdzi, że wskazany zakres robót jest zgodny z PN EN 15528, a jego wykonanie spełnia wymagania niniejszego PFU w zakresie maksymalnej prędkości pociągów, maksymalnego nacisku osi, dopuszczalnego nacisku liniowego, skrajni budowli. ”

Zgodnie z SWIZ to Zamawiający decyduje o wyborze robót z zakresu robót opcjonalnych określonych w zakresie B, które zostaną zlecone do wykonania wykonawcy zadania 2. Przy czym podkreślić należy w tym miejscu, że to po stronie wykonawcy pozostawił Zamawiający obowiązek doprowadzenia linii kolejowej do parametrów i funkcjonalności wymaganych przez Zamawiającego; pociąg po oddaniu szlaku ma jeździć z prędkością 120 km/h a nacisk na jedną oś ma wynosić 22,5 tony, na co wskazywał Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca realizujący zamówienie powinien mieć zagwarantowane w dokumentacji postępowania, że Zamawiający zleci mu zakres robót opcjonalnych (zakres B) przewidziany dla danego obiektu, jeśli ich wykonanie okaże się niezbędne w świetle ustaleń przeglądów specjalnych oraz zasad sztuki budowlanej lub też Zamawiający zwolni wykonawcę z odpowiedzialności za osiągnięcie wymogów PFU odnoszących się do danego obiektu i w konsekwencji linii kolejowej. Odwołujący wyjaśnił, że brak takiej regulacji stanowi niepełny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, natomiast Zamawiający oczekuje przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności nie leżące po jego stronie, w tym również uzyskania odpowiednich certyfikatów (pkt 10.9 PFU).

Izba ponownie podkreśla, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*, na co wskazywała w argumentacji poczynionej na okoliczność rozpoznania zarzutu nr 1), a która to argumentacja pozostaje niezmiennie aktualna przy rozpoznaniu każdego z zarzutów. Izba wskazuje również, że podstawą, w oparciu o którą rozpoznawane są zarzuty odwołania jest dokumentacja tego odwołania przedstawiona przez Zamawiającego, której brzmienie aktualne jest w toku postępowania. Tym samym na dzień rozpoznania odwołania, nie znajduje uzasadnienia w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania fakt, że Zamawiający zlecił ekspertyzy stanu technicznego istniejących przepustów, bowiem tych ekspertyz nie ma w dokumentacji postępowania. Zamawiający wskazał, że założył, że nie chce on podnosić standardów przepustów (obiektów inżynierskich) ale chce doprowadzić do odtworzenia parametrów podstawowych, czyli chce zrobić jedynie remont tych przepustów, dlatego też prace z zakresu B są opcjonalne. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z tą argumentacją

Zamawiającego, a wręcz Zamawiający sam sobie przeczy, bowiem jak wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego w czasie rozprawy, a Zamawiający przyznał, linia kolejowa, która jest przedmiotem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotychczasowo była linią kolejową średnią, czyli taką gdzie nacisk na jedną oś wynosił 20 lub 21 ton. Natomiast w wyniku wykonanych prac nacisk na jedną oś ma wynosić 22,5 tony a zgodnie z przedmiotem zamówienia pociąg po oddaniu szlaku ma jeździć z prędkością 120 km/h, dlatego też w zakresie prac jakie określił Zamawiający w tym postępowaniu wymaga m. in. grubszej warstwy tłucznia, cięższych szyn, obiektów o większej wytrzymałości, bowiem jak oświadczył Zamawiający szlak ten ma być główną trasą przejazdu pociągów towarowych na czas remontu linii nr 7. Podkreślić również należy, że wykonanie robót opcjonalnych dotyczy 12 obiektów inżynierskich z 21 na tym szlaku kolejowym objętym zamówieniem. W efekcie prace, które mają być wykonane w celu uzyskania określonych przez Zamawiającego założeń mogą wymagać w przypadku obiektów inżynierskich wykonania prac z zakresu B, tym samym pozostawienie jedynie decyzji co do zlecenia wykonania tych prac Zamawiającemu, w zasadzie na podstawie uznania Zamawiającego jest niezasadne. Uwzględniając stanowiska przedstawione przez Strony uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że opis ten nie jest precyzyjny i wskazuje na uznaniowość działań Zamawiającego, która nie jest w żadnym stopniu powiązana z ewentualną realnością potrzeb realizacji określonych prac (zakres B). Dlatego też Izba zarzut uwzględniła i nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania nr 2 w pkt 6.7 PFU zastąpienie postanowienia: Zamawiający poinformuje Wykonawcę o wybranych robotach z zakresu opcjonalnego (zakres B), które należy wykonać dla każdego z obiektów, po wykonaniu przeglądów specjalnych *następującym postanowieniem*: Zamawiający może odmówić zlecenia wykonawcy robót opcjonalnych (zakres B) odnoszących się do danego obiektu tylko w sytuacji, gdy konieczność wykonania robót opcjonalnych nie będzie wynikała z zasad sztuki budowlanej. *W wyniku takiej zmiany nadal decyzja o wykonaniu danych robót z zakresu robót opcjonalnych pozostaje po stronie Zamawiającego i to nadal Zamawiający musi zlecić wykonanie takich robót, jednakże Zamawiający może odmówić zlecenia ich wykonania tylko w przypadku, gdy w efekcie przeprowadzonych przeglądów i sporządzenia stosownych ekspertyz zasadność prowadzenia danych prac nie będzie wynikała z zasad sztuki budowlanej.*

Reasumując, Izba uznała, że wyniku czynności dokonanej przez Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów wskazanych na wstępie odwołania przez Odwołującego, dlatego też Izba nakazała zmiany postanowień zawartych w dokumentacji postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: