

Sygn. akt: KIO 1619/18
KIO 1631/18

WYROK
z dnia 10 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia i 5 września 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2018 r. przez:

- A. **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
- B. **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23, 02-316 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale:

- 1) wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1619/18 oraz KIO 1631/18, po stronie odwołujących,
- 2) wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1619/18 oraz KIO 1631/18, po stronie odwołujących,
- 3) wykonawcy **Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1619/18 oraz KIO 1631/18, po stronie odwołujących,

- 4) wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1631/18, po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie KIO 1619/18**, wniesione przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa**,
2. kosztami postępowania w sprawie KIO 1619/18 obciąża wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** - na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. **uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 1631/18**, wniesione przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23, 02-316 Warszawa** w zakresie zarzutu nr 7 odwołania tj. naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wprowadzenie podstaw do częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiednio po wykonaniu danego Odcinka i po upływie odnośnego okresu rękojmi,
4. umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 4, 5 i 6 odwołania,
5. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
6. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:
 - 6.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23, 02-316 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

6.2 zasądza kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, na rzecz Odwołującego – **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23, 02-316 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

sygn. akt: **KIO 1619/18**

KIO 1631/18

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 146-335227 w dniu 1.08.2018 r.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów właściwych dla zamówień o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) zwanej dalej „Pzp”.

Dnia 1 sierpnia 2018 roku, Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

KIO1619/18

Dnia 13 sierpnia 2018 roku wykonawca Thales Polska Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący lub Odwołujący Thales) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niesporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a to poprzez zaniechanie wskazania w SIWZ terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z przysługującego mu prawa opcji, co znacząco utrudnia, o ile nie uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie i złożenie oferty albowiem nie jest wiadome, jak duże środki (materialne i ludzkie) ani w jakim czasie będzie musiał zabezpieczyć w celu wywiązania się z umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania.

W oparciu o powyższy zarzut Odwołujący Thales wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści SIWZ poprzez wskazanie, iż Zamawiający może złożyć oświadczenie o skorzystaniu z prawa Opcji (tj. może żądać rozpoczęcia wykonania Opcji

nr 1 lub Opcji nr 2) nie później niż w terminie 4 (czterech) miesięcy od dnia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą w postępowaniu. Przykładowo, Odwołujący wskazuje, iż oczekiwana zmiana mogłaby się dokonać poprzez następującą modyfikację zdania czwartego w Klauzuli 21 Tomu II SIWZ (Warunki Umowy, część obejmująca Warunki Szczególne):

- zamiast aktualnej treści:

„Zamawiający złoży pisemne oświadczenie o skorzystaniu z Prawa opcji po uzyskaniu zapewnienia finansowania dla danego zakresu Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2.”.

- proponowana treść:

„Zamawiający złoży pisemne oświadczenie o skorzystaniu z Prawa opcji po uzyskaniu zapewnienia finansowania dla danego zakresu Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2, jednak nie później niż w terminie 4 (czterech) miesięcy od Daty Rozpoczęcia. W razie niezłożenia powyższego oświadczenia w terminie do 4 (czterech) miesięcy od Daty Rozpoczęcia, wykonawca przyjmuje, że Zamawiający nie korzysta z prawa opcji.”.

oraz zmianę wszystkich zapisów w dokumentacji przetargowej dotyczących terminu skorzystania przez Zamawiającego z prawa Opcji 1 i/lub Opcji 2 w taki sposób aby były zgodne z powyżej zaproponowanym zapisem.

2. zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Odwołujący podnosi, że opis przedmiotu zamówienia, co determinuje dyspozycja art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawców przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze również to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Wskazuje, że jednym z elementów opisu przedmiotu zamówienia jest termin jego wykonania. Zaznacza, że zgodnie z orzecznictwem KIO, zamawiający musi ten termin ustalić z uwzględnieniem wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagań i okoliczności mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejszego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.

Zdaniem Odwołującego okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Wywodzi, że opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego. Podnosi, że zamawiający zobligowany jest do opisanie wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, które to elementy nie mogą być interpretowane przez wykonawców w sposób dowolny, które dodatkowo, na późniejszym etapie, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą mogły być interpretowane przez zamawiającego ze stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że prawo opcji, jak potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia. Z tego wywodzi, że zamawiający zobowiązany jest w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisać precyzyjnie zakres, jakiego prawo opcji dotyczy, natomiast wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Podnosi, że prawo opcji zamawiający winien opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy Pzp, a więc w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący podkreśla, że niezależnie od prawa Zamawiającego do odpowiedniego dokonania opisu przedmiotu zamówienia, winien on zostać dokonany w zgodzie z przepisami ustawy Pzp, dlatego też Odwołujący nie dąży do opisanie wymagań za Zamawiającego. Podnosi, iż jego celem jest opisanie tych wymagań przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem i możliwość rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia, tak aby oferta Odwołującego mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców, co przy obecnej treści SIWZ jest niemożliwe.

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew - Białystok od km 107,260 do km 178,500. Zamawiający przewidział, po pierwsze, zakres podstawowy zamówienia, który obejmuje kompleksową, wielobranżową modernizację linii kolejowej nr 6 na odcinku Czyżew - Łapy (bez stacji Łapy) od km 107,260 do km 151,900. Ponadto, Zamawiający przewidział także prawo opcji polegające na: Opcja nr 1 - wykonaniu robót budowlanych na odcinku stacja Łapy (km 151,900 -155,200) i szlak Łapy - p.odg Turczyn (km 155,200 - 173,000) i Opcja nr 2 - wykonanie robót budowlanych na odcinku p.odg Turczyn - Białystok (km 173,000 -178,500). Zamawiający wskazał, iż okres realizacji zamówienia wynosi: dla zakresu podstawowego - 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Warunków Szczególnych znajdujących się w Tomie II SIWZ; dla opcji nr 1 - 18 miesięcy od złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji; dla opcji nr 2 - 18 miesięcy od złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

Odwołujący informuje, że cena brutto za realizację zamówienia, które może zostać wykonane w ramach prawa opcji stanowi kryterium oceny ofert. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje kryteria - cena brutto za realizację Zakresu podstawowego - waga: 60%; cena brutto za realizację Opcji nr 1 - waga: 20%, cena brutto za realizację Opcji nr 2 - waga 20%.

Odwołujący uzupełnia, że w Warunkach Umowy Zamawiający przewidział, iż „Zamawiający złoży pisemne oświadczenie o skorzystaniu z Prawa opcji po uzyskaniu zapewnienia finansowania dla danego zakresu Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2” przy jednoczesnym wskazaniu, że „Realizacja zakresu zamówienia objętego Opcją nr 1 i/lub Opcją nr 2 stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego, z którego skorzystanie rodzi po stronie Wykonawcy obowiązek realizacji prac opisanych w niniejszej KLAUZULI”. Odwołujący podkreśla, że w żadnym z dokumentów przetargowych Zamawiający nie określił terminu na skorzystanie z prawa opcji.

Odwołujący wskazuje, że nieokreślenie terminu na skorzystanie z prawa opcji utrudnia mu oraz innym potencjalnym wykonawcom wycenę zamówienia, złożenie oferty, a w dalszej perspektywie realizację zamówienia. Oferenci nie mogą bowiem przewidzieć, w jakim terminie Zamawiający może skorzystać z prawa opcji w postępowaniu. Podnosi, że Zamawiający może (1) zobowiązać wykonawców do realizacji zamówienia w ramach Opcji 1 i/lub Opcji 2 bezpośrednio po zawarciu umowy w ramach niniejszego Postępowania, a zatem zobowiązać wykonawcę do wykonywania niejako trzech odcinków jednocześnie,

(2) zobowiązać wykonawców do realizacji zamówienia w ramach Opcji 1 i/lub Opcji 2 w trakcie wykonywania zamówienia podstawowego (w ciągu 17 miesięcy licząc od dnia podpisania umowy w ramach niniejszego postępowania) (3) zobowiązać wykonawców do realizacji zamówienia w ramach Opcji 1 i/lub Opcji 2 po wykonaniu zamówienia podstawowego (4) zobowiązać wykonawców do realizacji zamówienia w ramach Opcji 1 po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego, a zamówienia w ramach Opcji 2 po zakończeniu realizacji zamówienia w ramach Opcji 1 (lub na odwrót, gdy chodzi o kolejność opcji). Podnosi, że ma to o tyle istotne znaczenie, iż Zamawiający w SIWZ stwierdził, iż należy wycenić każdą opcję. Odwołujący podkreśla, że w orzecznictwie wskazuje się, iż prawo opcji jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia, a tym samym musi zostać opisane z uwzględnieniem dyrektyw wynikających z art. 29 ustawy Pzp. Odwołujący Thales zaznacza, że zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom uzyskać pewność co do poszczególnych elementów zamówienia, oczekiwań zamawiającego oraz obowiązków ciążących na wykonawcy, który będzie zamówienie realizował, obowiązkiem zamawiającego jest określenie, w jakich okolicznościach oraz w jakim terminie zdecyduje o rozszerzeniu zamówienia na jego część fakultatywną. Wywodzi, że istotą bowiem zastosowania prawa opcji jest ujęcie w umowie podstawowej zarówno wolumenu zamówienia fakultatywnego, okoliczności, w których zamawiający podejmie decyzję co do jego realizacji lub zaniechania oraz terminu, w jakim decyzja ta może nastąpić. Podnosi, że brak przewidzianego terminu, w którym Zamawiający będzie zobowiązany poinformować wykonawcę o skorzystaniu lub zaniechaniu skorzystania z prawa opcji nie pozwala wykonawcy obiektywnie wycenić kosztów realizacji zamówienia, których rozpiętość jest znaczna w zależności od przyjęcia jednego z możliwych wariantów. Wskazuje, że wykonawcy na etapie składania ofert nie mogą bowiem określić czasu, na jaki muszą zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia, które będzie realizowane przez kilkanaście miesięcy. Takie rozwiązanie dodatkowo przerzuca na wykonawcę ciężar związany ze wzrostem cen lub zaprzestaniem produkcji określonego sprzętu czy materiałów. Jednocześnie podnosi, że z uwagi brak dookreślenia terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji, element ten może być przez wykonawców interpretowany w sposób dowolny, co w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie mogło być interpretowane przez Zamawiającego ze stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że jako jedno z kryteriów oceny ofert Zamawiający wskazał

określenie ceny brutto za realizację Opcji 1 oraz określenie ceny brutto za realizację Opcji 2. Z tego wywodzi, że dowolna ocena elementu opisu przedmiotu zamówienia, jakim jest określenie terminu na skorzystanie z prawa opcji, przez wykonawców ma bezpośrednie przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje na istotność zakresu środków ludzkich i materialnych koniecznych do zmobilizowania przez wykonawcę w razie otrzymania oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji. Podnosi, że z treści Klauzuli 21 wynika, iż gdy chodzi o kierownictwo robót, wymaganych jest siedmiu kierowników robót w poszczególnych branżach oraz geodeta, zaś jeśli chodzi o sprzęt, między innymi, minimum jeden pociąg sieciowy, minimum jeden pociąg do wymiany toru, jeden zestaw składający się z co najmniej 10 wagonów samowładowczych i lokomotywy, itd.

Zdaniem odwołującego jest pełni uzasadnione aby wykonawca znał, przynajmniej w przybliżeniu, ramy czasowe, w których może być zobowiązany do mobilizacji ww. środków i wykonania robót. Podnosi, że wskazując na treść żądanej zmiany SIWZ przyjął możliwie długi okres akceptowalny z punktu widzenia kalkulacji oferty, jednocześnie starając się wskazać termin jak najmniej ograniczający Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 27.08.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że uwzględnił żądanie wprowadzenia terminu wykonania prawa opcji poprzez modyfikację Tomu I SIWZ – Instrukcji dla wykonawców w pkt 3.

Odwołujący w toku posiedzenia i rozprawy przed Izbą podtrzymał stanowisko, podnosząc, że uwzględnienie żądanych zmian ma charakter pozorny. Wskazał, że po zmianie zapisów nadal nie wiadomo, kiedy roboty przewidziane w opcjach będą wykonywane. Zamawiający wprowadził termin skorzystania z prawa opcji, ale rozdzielił ów terminu od terminu rozpoczęcia robót z opcji, w rezultacie czego wykonawcy w dalszym ciągu nie wiedzą, czy w jednym czasie wykonywać będą jedynie zakres podstawowy, czy razem z robotami z opcji. Podniósł, że wykonawca dopiero w przeciągu 6 miesięcy po podpisaniu umowy dowie się, jaką ilość środków ma zmobilizować dla wykonania zamówienia, co uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i powoduje, że złożone oferty będą nieporównywalne.

KIO 1631/18

Dnia 13 sierpnia 2018 roku, Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa (dalej „Odwołujący” lub „Odwołujący PZPB”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Warunków Umowy o realizację wskazanego zamówienia w zakresie odnoszącym się do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia podstawowego, robót przewidzianych do wykonania w Opcji nr 1 i Opcji nr 2, jak również innych uregulowań Umowy.

Odwołujący PZPB zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania terminu wykonania zamówienia w zakresie odnoszącym się do robót przewidzianych do wykonania w Opcji nr 1 i Opcji nr 2,
2. art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego i art. 387 § 1 kodeksu cywilnego poprzez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji części zamówienia tj. wykonania robót z zakresu podstawowego w terminie 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia,
3. naruszenie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 387 § 1 k.c., poprzez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia podstawowego,
4. art. 36 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania precyzyjnych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
5. art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania istotnych postanowień Umowy w zakresie dotyczącym biegu okresu rękojmi i gwarancji, zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania, w szczególności poprzez zaniechanie zdefiniowania robót z Opcji nr 1 i Opcji nr 2 jako Odcinków w rozumieniu Subklazuli 1.1.5.6. Warunków Kontraktu FIDIC,
6. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania we wzorze Umowy wymagań dotyczących biegu okresu rękojmi i gwarancji, a także wprowadzenie postanowień, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji, a także zakończenie tego okresu może ulec przedłużeniu o bliżej nieokreślony czas,

7. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania, przy jednoczesnym naruszeniu art. 151 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia we wzorze Umowy definicji Odcinka (lub podobnej regulacji), a w konsekwencji ustalenie terminu zwrotu zabezpieczenia nalezYTEgo wykonania Umowy oraz zabezpieczenia na okres rękojmi w sposób sprzeczny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,
8. art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienie porównywalnych ofert;
9. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z nalezYTEm starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania określenia przez Zamawiającego terminu wykonania robót z Opcji nr 1 i Opcji nr 2 oraz przerwienie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych brakiem określenia tych terminów, a tym samym niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. wskazania możliwego do zidentyfikowania przez wykonawców terminu wykonania zamówienia w części dotyczącej Opcji nr 1 oraz Opcji nr 2, w tym nakazanie dokonania zmiany Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, wzorca formularza oferty i wzoru Umowy oraz wszelkich innych dokumentów, w których wskazany jest termin wykonania robót przewidzianych w Opcji nr 1 i Opcji nr 2, np. poprzez wskazanie przez Zamawiającego maksymalnego terminu w ciągu którego Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z Prawa Opcji nr 1 oraz nr 2;
2. zmiany postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinka w rozumieniu Subklazuli 1.1.5.6. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC: Odcinek nr 1 - zakres podstawowy, Odcinek nr 2 - roboty przewidziane w Opcji nr 1, Odcinek nr 3 - roboty przewidziane w Opcji nr 2, a w konsekwencji nakazanie wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót z danego Odcinka i rozpoczęciu użytkowania przez Zamawiającego, jednocześnie nakazanie

wprowadzenia podstaw częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio po wykonaniu danego Odcinka i po upływie odnośnego okresu rękojmi w sposób zgodny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

ewentualnie

- wprowadzenia innego równoważnego postanowienia umożliwiającego rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do robót zakresu podstawowego, robót przewidzianych w Opcji nr 1 oraz robót przewidzianych w Opcji nr 2 oddzielnie, po odbiorze/przejęciu danej części i rozpoczęciu użytkowania przez Zamawiającego, jednocześnie nakazanie wprowadzenia podstaw częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio po wykonaniu danej części i po upływie odnośnego okresu rękojmi w sposób zgodny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp,

3. zmiany terminu wykonania zamówienia podstawowego na 38 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, a w konsekwencji nakazanie dokonania zmiany Ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym wzorca formularza oferty i wzoru Umowy oraz wszelkich innych dokumentów, w których wskazany jest termin wykonania robót z zakresu podstawowego, przy jednoczesnym nakazaniu wprowadzenia do wzoru Umowy postanowień o treści:

„1. Do czasu realizacji robót budowlanych nie wlicza się okresów zimowych.

2. Okres zimowy trwa od 15 grudnia do 15 marca, liczony jako trzy miesiące.

3. Jeżeli rozpoczęcie etapu realizacji robót przypada w okresie zimowym, wówczas etap ten rozpoczyna się następnego dnia po tym okresie zimowym”;

ewentualnie zamiast uwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 3:

4. nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu wykonania zamówienia podstawowego na 44 miesiące od Daty Rozpoczęcia, a w konsekwencji nakazanie dokonania zmiany Ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym wzorca formularza oferty i wzoru Umowy oraz wszelkich innych dokumentów, w których wskazany jest termin wykonania robót z zakresu podstawowego.

W odniesieniu do ww. wniosku nr 1 odwołania, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie przedstawił informacji co do terminu wykonania zamówienia w zakresie odnoszącym się do Opcji nr 1 oraz Opcji nr 2, co stanowi naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że na podstawie

zapisów SIWZ, Umowy i ogłoszenia o zamówieniu odnoszących się do terminu skorzystania z prawa opcji i ich realizacji, nie sposób ustalić terminu wykonania zamówienia w części odnoszącej się do Opcji nr 1 i 2. Wskazuje, że jedynym wyznacznikiem skorzystania z prawa Opcji jest uzyskanie przez Zamawiającego finansowania, a nie jest możliwe ustalenie, w jakim terminie nastąpi uzyskanie finansowania, ani w jakim terminie od momentu uzyskania finansowania Zamawiający zobowiązany będzie skorzystać z prawa opcji Zdaniem Odwołującego, tym zakresie uprawnienie Zamawiającego do złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji ma całkowicie dowolny charakter. Wskazuje, że w realiach niniejszej sprawy przedmiot zamówienia może obejmować alternatywnie:

- wykonanie wyłącznie zakresu podstawowego,
- wykonanie zakresu podstawowego oraz prac przewidzianych w Opcji nr 1,
- wykonanie zakresu podstawowego oraz prac przewidzianych w Opcji nr 2,
- wykonanie zakresu podstawowego oraz prac przewidzianych w Opcji nr 1 i 2.

Odwołujący podnosi, że wykonawca zobowiązany jest wycenić zarówno wykonanie prac zakresu podstawowego jak i prac przewidzianych w Opcji nr 1 i 2, nie mając informacji, kiedy i czy w ogóle nastąpi ewentualna realizacja zakresu Opcji nr 1 i Opcji nr 2, gdyż Zamawiający zastrzega sobie prawo skorzystania z Prawa opcji bez wskazania jakiegokolwiek terminu. Wywodzi, że Zamawiający będzie mógł skorzystać z Prawa Opcji w dniu zawarcia Kontraktu, jak i np. w 17 miesięcy czy 36 miesięcy po jego zawarciu, a nawet po jego wykonaniu, w okresie rękojmi. Dalej wskazuje, że ostateczny termin wykonania zamówienia może wynieść 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia w przypadku realizacji wyłącznie zakresu podstawowego. W przypadku skorzystania z Prawa Opcji termin ten może wynieść od 18 miesięcy, licząc od Daty Rozpoczęcia (w przypadku skorzystania z prawa opcji w dniu zawarcia Kontraktu) do terminu, który nie jest możliwy do skonkretyzowania na etapie kalkulacji oferty przetargowej. W opinii Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia nie zawiera podstawowych danych koniecznych do kalkulacji oferty przetargowej. Podnosi, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wskazanych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na wysokość ceny, z kolei SIWZ nie zawiera obligatoryjnej informacji wymaganej art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. terminu wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego wskazany przez Zamawiającego termin ma charakter iluzoryczny, albowiem nie jest możliwe określenie terminów wykonania zamówienia w części dotyczącej Opcji nr 1 i Opcji nr 2. Termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia

jedną z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej. Nie mając wymaganej informacji na temat terminu wykonania, Wykonawca nie ma możliwości realnego oszacowania kosztów wykonania zamówienia. Podnosi, że umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa, co jest podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekompensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. Podnosi, że zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres, czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Odwołujący wywodzi, że bazując na dokonanym przez Zamawiającego opisie terminu wykonania zamówienia możliwe jest przyjęcie niezliczonej ilości konfiguracji czasowych i możliwe jest przyjęcie np.:

1. 18 miesięcznego terminu wykonania całego zamówienia (zakres podstawowy + Opcja 1 i 2) w razie złożenia oświadczenia o skorzystaniu z Prawa Opcji w dniu zawarcia Kontraktu (17 miesięcy - zakres podstawowy + 1 miesiąc z Opcji nr 1 i 2),
2. 50 miesięcznego terminu wykonania całego zamówienia (zakres podstawowy + Opcja 1 i 2) w razie złożenia oświadczenia o skorzystaniu z Prawa Opcji nr 1 - 16 miesięcy po zawarciu Kontraktu, a z Opcji nr 2 - 16 miesięcy po skorzystaniu z Opcji nr 1 (16 miesięcy z zakresu podstawowego + 16 miesięcy z Opcji nr 1 + 18 miesięcy z Opcji nr 2)

Odwołujący wskazuje, że tak poważne rozbieżności w możliwych terminach wykonania zamówienia spowodują nieporównywalność ofert wykonawców gdyż profesjonalny wykonawca, chcąc złożyć ofertę na wykonanie zamówienia, będzie zmuszony złożyć ofertę opartą wyłącznie na spekulacjach - nie tylko w zakresie ewentualnych zmian cen robót budowlanych, które nastąpią w okresie np. 50 miesięcy, ale również w zakresie kosztów utrzymania robót, kosztów zapewnienia realizacji zobowiązań z tytułu rękojmi, a także kosztów zabezpieczenia należytego wykonania oraz zabezpieczenia na okres rękojmi.

W odniesieniu do wniosku nr 2 odwołania, Odwołujący podnosi, że w kontekście braku wskazania przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia w zakresie Opcji nr 1

i Opcji nr 2 sprzeciwić należy się wymogom Zamawiającego, które spowodują złożenie w niniejszym postępowaniu ofert spekulacyjnych. Zarzuty te odnoszą się do braku zdefiniowania przez Zamawiającego robót z Opcji nr 1 i 2 jako Odcinkach w rozumieniu Warunków Kontraktu FIDIC. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z Subklauzulą 1.1.5.6 Warunków Ogólnych Kontraktu „Odcinek” oznacza część Robót, wyszczególnioną w Załączniku do Oferty jako Odcinek (jeśli jest)”. Wskazuje, że konsekwencją zdefiniowania Odcinka jest:

- możliwość odbioru (przejęcia robót) w zakresie odnoszącym się do wykonanej części zamówienia (tutaj robót z zamówienia podstawowego, robót z Opcji nr 1 i Opcji nr 2),
- rozpoczęcie biegu terminów rękojmi i gwarancji,
- redukcja zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio do wartości odebranego (przejętego) Odcinka.

Odwołujący podnosi, że Załącznik do Oferty nie zawiera definicji „Odcinka”, co oznacza, że Zamawiający nie dokonał podziału robót na Odcinki, w konsekwencji czego wykonanie całego przedmiotu zamówienia może być ukończone w terminie 18 miesięcy lub też 50 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Wywodzi, że również w odniesieniu do terminu rękojmi i gwarancji możliwe jest przyjęcie 72 miesięcznego okresu (tak jak wskazał Zamawiający), jak i np. 105 miesięcznego okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zakresu podstawowego (w razie gdyby roboty podstawowe zostały ukończone i odebrane w terminie 17 miesięcy, a okres rękojmi rozpocząłby się faktycznie 33 miesiące po ich ukończeniu i odbiorze przez Zamawiającego). Z subklauzuli 1.1.3.7, 10.1 i 2.7 warunków kontraktu Odwołujący wywodzi, iż w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewiduje Odcinków w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Ogólnych FIDIC, zarówno odbiór końcowy robót, jak i wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót zgodnie z Subklauzulą 10.1 nastąpić może dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia. W sytuacji, gdy Zamawiający skorzysta z prawa Opcji nr 1 i 2 przejęcie robót nastąpi po wykonaniu zamówienia podstawowego jak i robót z Opcji 1 i 2. Przejęcie części robót, np. robót określonych w Etapach, o których mowa w Subklauzuli 8.13 WSK nie będzie stanowiło odbioru częściowego, który potwierdzałby częściowe wykonanie zamówienia, jak i rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji. Podnosi, że niezależnie od terminu wykonania poszczególnych części zamówienia, czy to 17 miesięcy (zakres podstawowy) czy 50 miesięcy (np. roboty z Opcji nr 2) od daty zawarcia Kontraktu Zamawiający przewidział jeden termin rozpoczęcia okresu rękojmi i gwarancji, którym jest dzień następujący po dacie

wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem. Reasumując, dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia rozpocznie bieg okres rękojmi i gwarancji. Powołuje się na brzmienie subklauzuli 10.2, 11.1 i 11.9 warunków kontraktu. Dalej wywodzi, że konsekwencją braku zdefiniowania Odcinka jest również konieczność utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w bliżej nieskonkretyzowanym okresie. W subklauzuli 4.2 Warunków Kontraktu zawarto wymogi odnoszące się do zabezpieczenia wykonania. Zdaniem Odwołującego, wskazane wyżej warunki realizacji zamówienia, opisane przez Zamawiającego w postanowieniach przyszłej Umowy, czynią zasadnym zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawy Pzp poprzez niewskazanie precyzyjnych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania, braku precyzyjnych wymagań umowy dotyczących rękojmi i gwarancji, a także zabezpieczenia należytego wykonania i tym samym zasadnym czynią zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Dalej Odwołujący podnosi, że zgodnie z przepisem art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie dwóch lat, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie pięciu lat, od dnia wydania rzeczy kupującemu. Wskazany w art. 558 § 1 k.c. zakres możliwych modyfikacji odpowiedzialności z tytułu rękojmi dotyczy: rozszerzenia, ograniczenia lub wyłączenia, przy czym dopuszczalne modyfikacje odpowiedzialności z tytułu rękojmi nie odnoszą się do początku biegu tego okresu, a zatem przyjęć należy, że moment wydania rzeczy (tutaj: odbioru części robót obejmujących zakres podstawy, z Opcji nr 1 lub Opcji nr 2) kupującemu (tutaj: Zamawiającemu) będzie początkiem biegu okresu rękojmi dla tej części Robót. Pogląd taki, zdaniem Odwołującego, uzasadnia właściwość, natura instytucji rękojmi oraz orzecznictwo sądowe. Podnosi, że istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady jest możliwość domagania się przez uprawnionego, aby dostarczony mu przedmiot umowy spełniał określone walory użytkowe, funkcjonalne, wartościowe w określonym w umowie lub przepisach k.c. czasie. Wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu okres rękojmi (Okres Zgłaszania Wad) ustalono na 72 miesiące, który stanowi czas próby w ciągu którego uprawniony z rękojmi (Zamawiający) będzie miał możliwość zbadania przedmiotu objętego rękojmią. Podnosi, że z drugiej też strony okres rękojmi wyznacza granice czasowe odpowiedzialności sprzedawcy (wykonawcy). Wywodzi, że odpowiedzialność ta nie ma charakteru nieograniczonego w czasie, a jej ramy czasowe stanowią odpowiednik instytucji przedawnienia roszczeń.

Skoro strony umawiają się na 5 letni okres rękojmi, to nieuzasadnione byłoby oczekiwanie by rozpoczęcie biegu tego terminu „przeciągało się” w czasie w bliżej nieokreślonym terminie, w szczególności z przyczyn, na które wykonawca nie ma wpływu. Powołuje się na uchwałę Sądu Najwyższego z 5.07.2002 r., II CZP 39/02. Odwołujący wskazuje, że w myśl art. 151 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należycie wykonane, zaś w myśl ust. 2 tego przepisu kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

W zakresie wniosków 3 i 4 odwołania, Odwołujący podnosi, że termin przewidziany na wykonanie zakresu podstawowego nie jest możliwy do zachowania - nawet przy założeniu wykonywania robót w kolejności: zakres podstawowy, roboty z Opcji nr 1, a następnie roboty z Opcji nr 2, wyznaczone przez Zamawiającego terminy wykonania poszczególnych części zamówienia nie są możliwe do zachowania. W szczególności odnosić się to ma do sytuacji, w której w dniu zawarcia Kontraktu, Zamawiający skorzystałby z Prawa Opcji nr 1 i nr 2, bowiem oznaczałoby to konieczność wykonania całego przedmiotu zamówienia w terminie 18 miesięcy od daty zawarcia Kontraktu. Odwołujący wskazuje, że zakres zamówienia, ilość prac przewidzianych do wykonania, szacunkowa wartość zamówienia pozwalają przyjąć, że niniejsze postępowanie jest jednym z największych ogłoszonych przez PKP PLK S.A. w ostatnich latach. Skorzystanie z Prawa Opcji z okresie realizacji zamówienia podstawowego, np. w dniu zawarcia Kontraktu będzie skutkowało koniecznością wykonywania robót o wartości 134.599.333,91 zł netto miesięcznie, co nie jest, zdaniem Odwołującego, możliwe do wykonania w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Wskazuje, że nie jest też możliwe osiągnięcie „przerobu” w wysokości 61 milionów (w przypadku realizacji wyłącznie zakresu podstawowego), ani tym bardziej 134 milionów złotych (w przypadku realizacji całego przedmiotu zamówienia). Analiza największych dotychczasowych postępowań ogłoszonych przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, że średni miesięczny przerób w ramach zawartych kontraktów oscyluje pomiędzy 11 a 35 milionami złotych. Z wyliczeń Odwołującego wynika, że wartość całości robót (zakres podstawowy i opcja nr 1 i 2) wynosi 2 422 788 010,33 zł, co przy jednoczesnym wykonywaniu daje przerób w wysokości 134 599 333,91 zł, wartość zakresu podstawowego to 1 037 289 165,46 zł – przerób miesięczny 61 017 009,73 zł, wartość zakresu

podstawowego i opcji nr 1 – 1 699 266 691,49 zł, przerób miesięczny przy jednoczesnym wykonywaniu – 94 403 705,08 zł.

Odwołujący podkreśla, że Wykonanie zamówienia podstawowego obejmuje modernizację linii dwutorowej, zelektryfikowanej, na odcinku od km 107,260 do km 152,650 (45,4 km linii). Na odcinku tym przewidziano w łącznie 98,0 km toru do wymiany, wyburzenie i budowę 25 nowych obiektów inżynierskich w ciągu linii (4 mosty kolejowe, 4 wiadukty kolejowe, 15 przepustów i 2 przejścia podziemne) oraz 1 wiaduktu nad torami, na całej długości modernizowanego odcinka wykonywana będzie warstwa ochronna. Podnosi, że cały zakres zadania podstawowego obejmuje ponadto przebudowę sieci trakcyjnej, odwodnienie torów, przebudowę urządzeń elektroenergetycznych, wyburzenie i budowę obiektów inżynierskich oraz zaprojektowanie (wraz z uzyskaniem wymaganych pozwoleń) i wykonanie robót branży SRK i telekomunikacji. Na wykonanie zakresu podstawowego Zamawiający przewidział zgodnie z § 2 pkt 1 Aktu Umowy - 17 miesięcy od podpisania Umowy, zgodnie z Subklauzulą 8.13 - 16 miesięcy roboczych od daty podpisania Umowy lub zgodnie z Tomem III ST 00.00, pkt 1.8.2 ok. 14 miesięcy. W Tomie III ST 00.00 pkt 1.8.2 „Okres mobilizacji Wykonawcy” wskazano: *„Zamawiający przewiduje okres mobilizacji wynoszący maksymalnie 90 dni od dnia podpisania Umowy i nie dłużej niż do pierwszego dnia planowanego zamknięcia torowego przewidzianego zgodnie z RRJ 2019/2020”* (Roczny Rozkład Jazdy 2019/2020, który na dzień wniesienia odwołania jeszcze nie istnieje.). Jednocześnie zgodnie z pkt 1.5 SIWZ tom III - Wymagania Ogólne, Zamawiający wymaga prowadzenia robót przy utrzymaniu ruchu na jednym torze. Odwołujący podnosi, że przyjęcie 3 miesięcznego okresu mobilizacji wg. ST 00.00 pkt 1.8.2 jest uzasadnione zakresem robót podstawowych, m.in. z uwagi na ilość materiałów, którą należy zgromadzić (na zakres podstawowy):

- ok. 227.000 t tłucznia, co odpowiada 142 transportom kolejowym (5,4 miesiąca przy codziennej dostawie jednego wahała),
- ok. 299.500 t niesortu na warstwę ochronną, co odpowiada 187 transportom kolejowym (7 miesięcy przy codziennej dostawie jednego wahała),

Odwołujący wskazuje, że problemem w ww. założeniach jest fakt, że okres mobilizacji pokrywał się będzie częściowo z Etapem 1, poza tym nie jest pewne, czy okres mobilizacji faktycznie wyniesie 3 miesiące, albowiem nie jest znany Roczny Rozkład Jazdy. Podnosi, że w związku z tym, że w realizacji analizowanego zamówienia nie ma możliwości składowania ilości materiałów niezbędnych do wykonania dwóch torów, dostawy będą musiały odbywać się oddzielnie dla toru nr 1 i toru nr 2, w konsekwencji konieczne będzie przeprowadzenie

ponownej mobilizacji dla wykonania prac związanych z modernizacją toru nr 2. Zgodnie z SIWZ TOM III ST 02.08 Budowa torów - nawierzchnia torów pkt 5 - Wykonanie robót zamawiający przewiduje jako technologię modernizacji toru: „Dopuszcza się następujące technologie budowy lub wymiany całych elementów nawierzchni w ramach modernizacji drogi szynowej

- na szlakach - za wyjątkiem miejsc niedostępnych dla kombajnu torowego - bezpręślowo przy użyciu kombajnu torowego.

- na stacjach i odcinkach szlakowych niedostępnych dla kombajnu torowego - bezpręślowo lub pręślowo przy użyciu zespołów dźwignic kroczących, suwnic torowych, dźwigów kolejowych lub innych urządzeń dźwigowych (samochodowych, dwudrogowych)”.

Podnosi, że pod pojęciem kombajnu torowego należy rozumieć maszynę, która porusza się po odcinku przebudowywanym i w jednym przejściu roboczym wymienia podkłady oraz szyny metodą bezpręślową, posiadając przy tym możliwość regulacji niwelety układanego toru. Zauważa, że kombajn torowy nie posiada możliwości wybierania lub wymiany podsypki jak również zabudowy warstwy ochronnej. Stosując kombajn torowy, roboty te należy wykonać innymi maszynami. Podnosi, że ze względu na ograniczenia techniczne opisane w dokumentacji przetargowej, nie jest możliwa wymiana toru kombajnem torowym na odcinkach stacyjnych, długość toru przewidzianego do modernizacji kombajnem torowym wynosi ok. 78 km toru. Dodaje, że ze względu na wymóg przeprowadzenia robót przy utrzymaniu ruchu na jednym torze konieczna będzie połówkowa przebudowa obiektów inżynierskich. Wywodzi, iż biorąc pod uwagę postanowienia specyfikacji dotyczące sprzętu i technologii, możliwe są 2 technologie modernizacji toru (ilości i wydajności na 1 tor):

a) Pierwsza technologia zakłada wymianę toru kombajnem torowym, zabudowa warstw ochronnych koparkami:

1. Mobilizacja - dostawy materiałów - 3 miesiące,
2. Wybranie podsypki oczyszczarką (2 przejścia, 2 maszyny) - $39 \text{ km} * 2 / 2 * 500 \text{ m/dzień}$ = 78 dni roboczych (3 miesiące),
3. Demontaż toru metodami tradycyjnymi lub bramkami suwnicowymi Donelli lub SBT: 800 mb/dzień = 2 miesiące,
4. - Rozbiórka i budowa nowych obiektów inżynierskich w ciągu linii - od 4 do 5 miesięcy/obiekt,
- Jednoczesna zabudowa warstwy ochronnej i subwarstwy z tłuczniem - 300 mb/dzień = 5 miesięcy (przy założeniu 4-godzinnych zamknięć drugiego toru),

5. Ponowny montaż zdemontowanego toru - 800 m/dzień = 2 miesiące,
6. Wymiana toru kombajnem torowym -1000 m/dzień = 1,5 miesiąca,
7. Zgrzewanie toru, balastowanie i podbicie toru - 800 m/dzień = 2 miesiące,

Całkowity czas modernizacji 1 toru w tej opcji wynosi 18,5 miesiąca. Nie uwzględnia jednak okresu zimowego, podczas którego prowadzenie większości robót jest niemożliwe. Konieczne jest więc dodanie rezerwy na czas zimowy - 3 miesiące. Dodatkowo uwzględnić należy czas potrzebny na certyfikację, odbiory oraz dokumentację powykonawczą - 1 miesiąc. Konkludując całkowity czas modernizacji części zasadniczej wynosi $(18,5 \text{ miesiąca} + 3 \text{ miesiące}) * 2 \text{ tory} + 1 \text{ miesiąc} = 44 \text{ miesiące}$.

b) Druga z technologii zakłada wymianę toru kombajnem torowym, zabudowę warstw ochronnych kombajnem podtorzowym:

1. Mobilizacja - dostawy materiałów - 3 miesiące,
2. Wybranie tłuczni oraz zabudowa warstwy ochronnej kombajnem podtorzowym - 250 m/dzień = 6 miesięcy,
3. Rozbiórka i budowa nowych obiektów inżynierskich w ciągu linii - od 4 do 5 miesięcy/obiekt,
4. Wymiana toru kombajnem torowym -1000 m/dzień = 1,5 miesiąca,
5. Zgrzewanie toru, zabudowa dolnej warstwy tłuczni, balastowanie i podbicie toru - 3 miesiące.

Całkowity czas modernizacji 1 toru w omawianej technologii wynosi 18,5 miesiąca. Nie uwzględnia jednak okresu zimowego, podczas którego prowadzenie większości robót jest niemożliwe. Należy więc dodać rezerwę na czas zimowy - 3 miesiące. Podobnie jak w pierwszej technologii należy uwzględnić czas niezbędny na certyfikację, odbiory oraz dokumentację powykonawczą - 1 miesiąc. A więc całkowity czas modernizacji części zasadniczej wynosi $(18,5 \text{ miesiąca} + 3 \text{ miesiące}) * 2 \text{ tory} + 1 \text{ miesiąc} = 44 \text{ miesiące}$.

Odwołujący podnosi, że wskazany opis realizacji zamówienia i przewidziane wydajności wymagają dużego nakładu sprzętu i prowadzenia robót w kilku miejscach w tym samym czasie - konieczne jest m. in. prowadzenie robót na wszystkich obiektach inżynierskich jednocześnie. Wskazuje, że przedstawione wyżej założenia harmonogramu prac przedstawiają tylko czas niezbędny do modernizacji odcinków szlakowych, przyjęto jednoczesne prace na stacjach. Nadmienia, że roboty w stacjach, zwłaszcza przebudowy głowic, powodują ograniczenia w dojazdach do maszyn torowych znajdujących się na szlakach, założono też prowadzenie robót 6 dni w tygodniu, w godzinach od 6:00 do 22:00,

zgodnie z Subklauzulą 6.5. Wskazuje, że w powyższych założeniach harmonogramu przyjęto, że roboty branżowe (roboty ziemne, przebudowa sieci trakcyjnej, budowa odwodnienia, roboty branży srk (którą trzeba najpierw zaprojektować), telekomunikacja) będą prowadzone równolegle. Dodatkowo zauważyć należy, że branże SRK i telekomunikacja mają zostać dopiero zaprojektowane, zgodnie z pkt 1.8.4 specyfikacji ST.00.00. Odwołujący podnosi, że Zamawiający określił datę zakończenia przedmiotu umowy, jako termin liczony w miesiącach od dnia zawarcia Umowy lub od daty założenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji, nie przewidując wyłączenia z czasu realizacji robót budowlanych okresów zimowych. Zdaniem Odwołującego brak takiej regulacji we wzorze Umowy prowadzi do znacznego skrócenia czasu realizacji robót o okres zimowy, w którym większość robót, ze względów technologicznych, nie może być prowadzona. Wskazuje, że dla przedmiotowego zamówienia wykonawcy muszą uwzględnić co najmniej 2 okresy zimowe, przyjmując na siebie ryzyka związane z tym okresem. Wywodzi, że okres zimowy oraz związane z nim dni obniżonych temperatur wraz z innymi niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi (np. opady śniegu i deszczu) oznacza, że z umownego terminu realizacji robót budowlanych może wystąpić co najmniej 6 miesięcy, w których nie będzie możliwe ich prowadzenie, w szczególności z uwagi na obowiązujące normy i przepisy. Zamawiający poprzez nieuregulowanie we wzorze Umowy kwestii okresów zimowych, skraca Wykonawcy możliwość prowadzenia robót o te miesiące. Odwołujący uważa za zasadne żądanie wprowadzenia do wzoru Umowy regulacji, w których Zamawiający przewidzi, że do czasu realizacji robót budowlanych nie wlicza się okresów zimowych, określając przy tym, że okres zimowy trwa od 15 grudnia do 15 marca, liczony jako trzy miesiące. Powyższe pozwoli, w ocenie Odwołującego, na uniknięcie nieuzasadnionego przerzucania na Wykonawców ryzyka związanego z dotrzymaniem terminu zakończenia robót ze względu na panujące w okresie zimowym warunki. Zdaniem Odwołującego w przypadku uwzględnienia wniosku o uzupełnienie Umowy o postanowienie, w myśl którego do okresu realizacji robót nie będą wliczane okresy zimowe, termin wykonania zamówienia podstawowego winien wynieść, co najmniej 38 miesięcy od daty podpisania Umowy.

Odwołujący wywodzi, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie

oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, analiza postanowień dokumentacji przetargowej, w szczególności Warunków Umowy w kwestionowanym zakresie czyni zasadnym zarzut, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób niezgodny w wymogami wskazanych na wstępie przepisów, w szczególności zaś przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Wywodzi, że nie jest możliwe złożenie w niniejszym postępowaniu konkurencyjnych ofert przy braku jednoznacznych podstaw ich kalkulacji, Zamawiający oczekuje od wykonawców uwzględnienia w ofercie ryzyk niemożliwych do oszacowania na podstawie aktualnych danych. Podnosi, że aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, Zamawiający winien uzupełnić dokumentację przetargową o informacje i dane, które stworzą podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert, w szczególności zaś dane dotyczące terminu wykonania zamówienia i jego poszczególnych części. W opinii Odwołującego alternatywną może być uzupełnienie dokumentacji przetargowej o postanowienia wprowadzające do umowy mechanizm umożliwiający dostosowanie zakresu obowiązków wykonawcy i wysokości jego wynagrodzenia do bieżących realiów. Podnosi, że treść dokumentacji przetargowej jednoznacznie wskazuje, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy w tym aspekcie jest niedookreślony. Ustalanie ceny ofertowej ze świadomością takiego ryzyka powoduje, że interpretacja zapisów SIWZ przez wykonawców może być różna. Odwołujący podnosi, że nadmierne ryzyko co do zakresu prac, które przyjdzie wykonawcy realizować w wyznaczonym czasie, niewiadomy zakres materiałów, które będzie mu wolno wykorzystać zniechęca wykonawców do wzięcia udziału w tym postępowaniu, gdzie zakres rzeczowy nie został w sposób przewidywalny i jednoznacznie ustalony, a tego typu działania prowadzą więc wbrew wytycznym art. 29 ust. 2 ustawy Pzp do ograniczenia uczciwej konkurencji, przez co są niekorzystne dla realizacji celów publicznych, gdyż im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa. Wskazuje, że Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny, zaś jeżeli istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót, wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych, celem umożliwienia wykonawcy wyliczenia ceny ofertowej, zapewniającej wykonawcy rentowność kontraktu.

Zamawiający w dniu 27.08.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie go w całości. Zamawiający poinformował, iż dokonał zmian SIWZ w zakresie terminu skorzystania z prawa opcji – analogicznie jak w ww. odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 1619/18. Wskazał także na zmianę pkt 22 Instrukcji dla Wykonawców, gdzie wprowadzono definicję pojęcia „Odcinek”. W oparciu o powyższe wywodzi, że zarzuty dotyczące gwarancji i rękojmi zostały uwzględnione poprzez wprowadzenie rzeczowej definicji, bowiem rękojmia i gwarancja będą rozpoczynały swój bieg odrębnie dla każdego z Odcinków, zgodnie z regulacjami Subklauzuli 10 i 11 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC.

W zakresie terminu realizacji zamówienia Zamawiający wskazał, że termin realizacji zamówienia nie nosi cech umowy o świadczenie niemożliwe, a Odwołujący nie wykazał, ażeby żaden inny podmiot nie był w stanie zrealizować zamówienia w przewidzianym terminie. Podniósł, iż błędnym jest podejście Odwołującego w zakresie nierealnych terminów realizacji, bowiem najistotniejszy powinien być zakres rzeczowy konieczny do realizacji zamówienia, nie zaś wysokość przerobów w miesiącu. Wskazuje, że w większości przetargów w ostatnim czasie złożone oferty przewyższają nawet dwukrotnie ceny określone w kosztorysach inwestorskich, co jest wynikiem wzrostu cen materiałów i robocizny, nie zaś wadliwie przygotowanych postępowań. Podnosi, że można przyjąć, że przygotowany w czerwcu br. przez Zamawiającego kosztorys inwestorski dla zakresu podstawowego uwzględnia wzrost cen materiałów i usług. Zamawiający wskazuje, że na czas realizacji wpływa przede wszystkim budowa obiektów inżynierskich i przebudowa stacji, który może zostać skrócony przy użyciu odpowiednich technologii, wprowadzeniu – przewidzianego w postępowaniu – dwuzmianowego systemu pracy, zastosowanie małej mechanizacji. Wskazał, że wyprzedzająco zakupił 292 tys. podkładów strunobetonowych, przeznaczonych do zabudowy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, oraz że dopuścił używanie półfabrykatów przy budowie obiektów inżynierskich, zaś wykonawca zobowiązany jest do zakupu i transportu rozjazdów w blokach oraz szyn długich, co wpływa na skrócenie czasu wykonania robót.

Odwołujący PZPB w toku rozprawy oświadczył o wycofaniu zarzutów dotyczących początku biegu terminu rękojmi za wady. W pozostałym zakresie podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozpraw w przedmiotowych sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniami, odpowiedziami na odwołania i pism procesowych, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestników postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący Thales posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Z kolei odwołujący PZPB był uprawniony do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp, jako podmiot wpisany na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (przed zmianami) Zamawiający określił okres realizacji zamówienia:

1. *Zakres podstawowy – 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Warunków Szczególnych znajdujących się w Tomie II SIWZ;*
2. *Opcja nr 1 – 18 miesięcy od złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji;*
3. *Opcja nr 2 – 18 miesięcy od złożenia oświadczenia Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.*

Tożsamą treść zawierał § 2 wzoru umowy.

Punkt 22 IDW zawierał uregulowania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy:

„22.1. Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku Postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia w 10% ceny brutto za realizację Zakresu podstawowego podanej w ofercie z zastrzeżeniem postanowień punktu 21 IDW”.

„22.10. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru Końcowego, zaś zabezpieczenie wykonania w Okresie Zgłaszania Wad będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad. Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70% w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory Końcowe dla Odcinków albo innych części Robót nie będących Odcinkami.

22.11. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady w wykonaniu Zamówienia wynosi 30% wysokości zabezpieczenia i zostanie zwrócona nie później niż 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady potwierdzonego wystawieniem Świadectwa Wykonania”.

Zgodnie z subklauzulą 1.1.6.24 Warunków Szczególnych Kontraktu: *„Odbiór końcowy – odbiór polegający na ocenie rzeczywistego wykonania Robót lub Odcinka w odniesieniu do zakresu (ilości), jakości Robót oraz parametrów opisanych w Umowie, o którym mowa w SubKLAUZULI 2.7 Warunków Szczególnych”.*

Zgodnie z subklauzulą 2.7 Warunków Szczególnych Kontraktu:

„W terminie 30 dni przed planowanym Odbiorem końcowym, Wykonawca prześle Inżynierowi dokumentację budowy oraz dokumentację powykonawczą odbieranych Robót lub Odcinka, w tym w zakresie, w jakim wymagane jest pozwolenie na użytkowanie, a także komplet dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych (jeżeli wymagane), zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.).

Inżynier najpóźniej w terminie 20 dni od daty dostarczenia tej dokumentacji dokona jej weryfikacji, następnie ją zatwierdzi bądź zwróci do poprawy, przedkładając na bieżąco, o ile będzie to możliwe, uwagi do tej dokumentacji. Wykonawca będzie niezwłocznie wprowadzać poprawki do dokumentacji na skutek uwag Inżyniera".

W subklauzuli 4.2 Warunków Szczególnych Kontraktu zawarto wymogi dotyczące zabezpieczenia wykonania:

„Wykonawca zapewni, że Zabezpieczenie Wykonania będzie ważne i wykonalne, aż do zrealizowania i ukończenia Robót przez Wykonawcę oraz usunięcia przez niego wszelkich wad. Zabezpieczenie Wykonania będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory końcowe dla Odcinków albo innych części Robót nie będących Odcinkami w zakresie należytego wykonania Umowy, a Zabezpieczenie Wykonania w Okresie Zgłaszania Wad (w wysokości 30% wartości Zabezpieczenia Wykonania) będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad.

(...)

Zamawiający zwróci Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania w wysokości 70% w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory Końcowe dla Odcinków albo innych części Robót niebędących Odcinkami. Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez Inżyniera zgodnie SubKLAUZULĄ 11.9 Warunków Szczególnych".

W Subklauzuli 8.1 Warunków Szczególnych Kontraktu wskazano, że „*Za Datę Rozpoczęcia uważać się będzie dzień podpisania Umowy przez drugą Stronę*".

Klauzula 21 Warunków Szczególnych opisuje Prawo Opcji:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do skorzystania z Opcji polegającego na zwiększeniu zakresu świadczenia Wykonawcy w zakresie Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2. Zamawiający może skorzystać z Prawa opcji w zakresie każdej opcji odrębnie.

Realizacja zakresu zamówienia objętego Opcją nr 1 i/lub Opcją nr 2 stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego, z którego skorzystanie rodzi po stronie Wykonawcy obowiązek realizacji prac opisanych w niniejszej KLAUZULI.

Zamawiający złoży pisemne oświadczenie o skorzystaniu z Prawa opcji po uzyskaniu zapewnienia finansowania dla danego zakresu Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2.

Nieskorzystanie przez Zamawiającego z realizacji zakresu zamówienia objętego Prawem opcji, nie powoduje żadnych roszczeń po stronie Wykonawcy.

Realizacja zakresu zamówienia w ramach Prawa opcji przebiegać będzie na zasadach oraz warunkach określonych w Umowie.

W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2, Wykonawca w ciągu 14 dni od złożenia oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, zwiększy Zabezpieczenie Wykonania o wysokość odpowiadającą 10% kwoty wskazanej odpowiednio w pkt 18 (Zakres Opcji 1) i/lub pkt 18 (Zakres Opcji 2) podsumowania Przedmiarów Robót wypełnionego przez Wykonawcę powiększoną o należny podatek od towarów i usług. Wnoszone Zabezpieczenie Wykonania musi być zgodne z postanowieniami SubKLAUZULI 4.2. Warunków Szczególnych.

W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2, Wykonawca w ciągu 30 dni od złożenia oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, zwiększy swój potencjał techniczny i zawodowy do poziomu pozwalającego na terminową realizację zamówienia, ale nie mniej niż o:

(...)

W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2, nie dopuszcza się wskazania tej samej osoby na stanowiska, o których mowa w pkt 1.1. – 1.8. do realizacji Zakresu podstawowego, Opcji nr 1 i Opcji nr 2”.

Po zmianach SIWZ wskazanych w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27.08.2018 r., powyższe zapisy przybrały brzmienie:

Pkt 3 IDW - „Opcja nr 1 – 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia określonej w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, ponadto:

- oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający złoży w ciągu maksymalnie 6 miesięcy od podpisania Umowy. Za zgodą Wykonawcy oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający może złożyć w późniejszym terminie niż 6 miesięcy od podpisania Umowy;

- *Data Rozpoczęcia zakresu objętego prawem opcji określona zostanie w obowiązującym Czasie Na Ukończenie dla Zakresu podstawowego*”.

Identyczny zapis Zamawiający nadał pkt 3.2, odnoszącemu się do Opcji nr 2. Zamawiający w związku z powyższymi zmianami dokonał analogicznej zmiany w Tomie II SIWZ – Warunki Umowy w § 2 Umowy (Aktu Umowy).

W stanowiącym element SIWZ załączniku nr 2 do oferty zdefiniowano pojęcie „Odcinek”:

- „1. Czyżew – Łapy (bez stacji Łapy) od km 107,260 do km 151,900
2. Stacja Łapy (ze stacją Łapy) – p.odg Turczyn od km 151,900 do km 173,000
3. P.odg Turczyn – Białystok (km 173,000 – 178,500)”.

Do Klauzuli 8.1 Warunków Szczególnych dodano zapis: „*W przypadku Zakresu podstawowego – za Datę Rozpoczęcia uważać się będzie dzień podpisania Umowy przez drugą Stronę, natomiast w przypadku Opcji nr 1 i Opcji nr 2 – termin wskazany w oświadczeniu Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji, o którym mowa w Klauzuli 21 Warunków Szczególnych*”.

Klauzula 21 Warunków Szczególnych została uzupełniona o wskazanie: „*Zamawiający złoży oświadczenie o skorzystaniu lub rezygnacji z realizacji Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2 w ciągu maksymalnie 6 miesięcy od podpisania Umowy. Za zgodą Wykonawcy oświadczenie o skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający może złożyć w późniejszym terminie niż 6 miesięcy od podpisania Umowy. W przypadku skorzystania z Opcji nr 1 i/lub Opcji, Zamawiający w złożonym oświadczeniu określi Datę Rozpoczęcia*”.

Ponadto w ww. subklauzuli, pomiędzy zwrotami „*i/lub pkt 18 (Zakres Opcji 2)*” a „*podsumowania Przedmiarów Robót*” dodano zdanie „*pomniejszoną o kwotę wskazaną odpowiednio w pkt 16 (Zakres Opcji 1) i/lub pkt 16 (Zakres Opcji 2)*”.

Izba zważyła, co następuje.

KIO 1619/18

Odwołanie, jako niezasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Thales zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opierał o zaniechanie wskazania w SIWZ terminu na skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji, co miało znacząco utrudniać, bądź nawet uniemożliwiać skalkulowanie i złożenie oferty. Niemożność ta miała być następstwem braku wiedzy, jak duże środki i w jakim czasie wykonawca będzie musiał zabezpieczyć w celu wywiązania się z umowy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że bezpodstawnymi są twierdzenia Zamawiającego, jakoby wobec zmiany treści SIWZ w zakresie terminu skorzystania z prawa opcji, odwołanie stało się bezprzedmiotowe, zaś twierdzenia Odwołującego z rozprawy wykaczały poza zakres odwołania. Przyznanie racji Zamawiającemu nie jest możliwe, bowiem Odwołujący Thales w treści odwołania nie odnosił się jedynie do braku wskazania terminu na skorzystanie z prawa opcji, ale również wywodził, że nie jest możliwe ustalenie terminu realizacji. Jakkolwiek po zmianie SIWZ termin ten jest już możliwy do ustalenia, to nie jest on zgodny z żądaniem wyrażonym w odwołaniu, zgodnie z którym termin do skorzystania z prawa opcji miał być ustalony jako 4-miesięczny. Kluczowym jest przy tym, iż zgodnie z SIWZ w brzmieniu sprzed omawianych zmian, chwila złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji była jednocześnie terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia – pkt 3 IDW. Po zmianach natomiast, Zamawiający dokonał rozdzielenia tych terminów, wskazując, że termin rozpoczęcia realizacji robót z opcji wskazany zostanie w oświadczeniu o skorzystaniu z prawa opcji, przy czym termin ten będzie mieścił się w czasie na ukończenie zakresu podstawowego, tj. 17 miesięcy. W odwołaniu wskazano, że żądany termin 4 miesiące w ocenie Odwołującego to „*możliwie długi okres akceptowalny z punktu widzenia kalkulacji oferty*”, przy czym uprzednio wskazał, że koniecznym jest określenie ram czasowych, w których wykonawca będzie znał ramy czasowe, w których może być zobowiązany do mobilizacji środków i wykonania robót. Upraszczając, Odwołujący wskazując we wniosku odwołania termin 4-miesięczny, przyjmował, iż będzie to jednocześnie termin rozpoczęcia robót. Wobec omówionej powyżej zmiany SIWZ, nie jest możliwym stwierdzenie, że żądanie odwołania zostało spełnione, bowiem termin rozpoczęcia realizacji może być określony dowolnie w zakresie 17 miesięcy, zatem znacznie szerzej, niż domagał się Odwołujący.

Jednakże, oceniając merytorycznie odwołanie, Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. Dokonując analizy stawianych w niniejszej sprawie zarzutów, należy mieć na uwadze specyfikę postępowania dotyczącego odwołania od treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że co do zasady Izba nie jest związana wnioskami odwołania, o tyle w przypadku odwołań od SIWZ, wniosek odwołującego dotyczący żądanej zmiany określa ramy oceny zasadności odwołania. W przypadku takich postępowań Izba nie analizuje jedynie wskazywanego naruszenia ustawy Pzp, ale również adekwatność, zasadność wprowadzenia żądanej zmiany. Zatem o ile odwołujący nie domaga się jedynie wykreślenia zapisu SIWZ naruszającego przepisy ustawy, ale domaga się jego modyfikacji, koniecznym jest wykazanie, że po dokonaniu zmiany SIWZ ów stan naruszenia przepisów zostanie zniesiony. Odwołujący zatem ma obowiązek zaproponowania takiej treści SIWZ, która będzie zgodna z przepisami i zasadami ustawy Pzp. Obowiązek ten polega również na wskazaniu precyzyjnego żądania zmiany treści SIWZ – nie może ono mieć charakteru blankietowego, zgodnie z przyjętą linią orzecniczą nie jest możliwe uzupełnienie takiego wniosku przez Izbę, która nie jest uprawniona do kształtowania SIWZ – por. np. wyrok KIO 85/18 z 26.01.2018 r., KIO 903/17 z 19.05.2017 r., KIO 624/16 z 11.05.2016 r. W przypadku braku dochowania ww. wymagań nie będzie możliwym ustalenie, czy żądana zmiana SIWZ jest zasadna.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zasadności żądań odwołania. Odwołanie w niniejszej sprawie zmierzało do wprowadzenia w SIWZ zapisu, zgodnie z którym realizacja robót budowlanych przewidzianych w Opcji nr 1 i nr 2 rozpocznie się najpóźniej w terminie 4 miesięcy od podpisania umowy. Dodać należy, że w toku rozprawy Odwołujący nie wskazywał innego terminu, który w jego ocenie również pozwalałby na uznanie, że SIWZ jest zgodny z ustawą Pzp. Niezależnie zatem od oceny dopuszczalności ewentualnej zmiany wniosku odwołania w zakresie modyfikacji SIWZ, wymaga stwierdzenia, że Odwołujący podtrzymał w całości stanowisko zawarte w odwołaniu. Jak wynikało już z pierwotnego brzmienia SIWZ – subklauzula 21 – oświadczenie Zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji uzależnione jest od uzyskania zapewnienia finansowania dla Opcji nr 1 i/lub nr 2. Jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy przed KIO, rozdzielenie terminu skorzystania z prawa opcji i rozpoczęcia realizacji objętych nimi robót, wynika z konieczności podpisania umowy o dofinansowanie, przed rozpoczęciem realizacji dodatkowego zakresu zamówienia. Niewątpliwie jest to obiektywna okoliczność, stanowiącą uzasadnioną potrzebę Zamawiającego, którą może uwzględnić sporządzając opis przedmiotu zamówienia i kreując treść SIWZ. Zamawiający powiadomi o skorzystaniu z prawa opcji, gdy otrzyma informację o uzyskaniu dofinansowania, i w rzeczonym powiadomieniu wskaże termin rozpoczęcia realizacji, który pozwoli mu na uprzednie

podpisanie umowy o dofinansowanie. Wiedzą notoryjną jest, że otrzymanie informacji o uzyskaniu dofinansowania nie jest jednoznaczne z podpisaniem umowy o dofinansowanie. Nie jest zatem możliwe, jak chce Odwołujący, aby rozpoczęcie realizacji robót z opcji nastąpiło w terminie 4 miesięcy od podpisania umowy – w tym terminie Zamawiający może nie mieć jeszcze nawet informacji o uzyskaniu dofinansowania, a tym bardziej nie będzie możliwe podpisanie umowy w tym zakresie, od którego uzależnione jest rozpoczęcie realizacji.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, że Odwołujący oraz Przystępujący nie wykazali, że termin rozpoczęcia realizacji zakresu opcji wpływał na możliwość sporządzenia oferty w stopniu wskazującym na naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Dla stwierdzenia naruszenia ww. normy koniecznym jest ustalenie, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedostatecznie dokładny, zrozumiwały bądź nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Termin realizacji zakresu opcji został określony w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i zrozumiwały. Nie został wskazany konkretną datą, ale w określonym przedziale czasowym, którego rozpoczęcie biegnie co prawda od niepewnej daty podpisania umowy, ale wynika to z natury opcji – z kolei data podpisania umowy, z uwagi na swój charakter, nie może zostać dookreślona – co nie było przez Odwołującego kwestionowane. Dalej, zbadania wymaga czy opis przedmiotu zamówienia uwzględnia „wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”. Niewątpliwie termin realizacji jest taką okolicznością – jednakże, został on określony, w sposób nie mniej ostry niż termin realizacji zakresu podstawowego – „od podpisania umowy”, co jak wskazano, również jest terminem nieprecyzyjnym, niepewnym. Należy zwrócić uwagę, że art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zapewni wykonawcom łatwość i maksymalną precyzję w konstruowaniu oferty. Wymóg taki byłby nieracjonalny i oderwany od realiów, bowiem to wykonawcy, jako podmioty działające na rynku dysponują narzędziami dla konstruowania ofert, nie zaś zamawiający. Nie stanowi zatem naruszenia omawianego wymogu uwzględnienia wymagań, okoliczności takie określenie terminu realizacji, które utrudni sporządzenie oferty. Należy zwrócić uwagę, że główną trudność w skalkulowaniu ceny oferty stanowi sam brak pewności co do realizacji robót z zakresu Opcji nr 1 i 2. Niepewność ta z kolei zostanie usunięta w przeciągu 6 miesięcy od daty podpisania umowy. Niezależnie zatem od określenia terminu realizacji robót z opcji, wykonawcy muszą uwzględnić

w kalkulacji roboty z opcji oraz wiążące się z nimi obowiązki. Odwołujący i przystępujący podnosili, że pozostawienie 17 miesięcznego okresu, w jakim może rozpocząć się realizacja robót, utrudnia oszacowanie ceny ze względu na możliwy w tym czasie wzrost cen materiałów, pracy itd. Zasadnie jednak zauważył Zamawiający, że tożsama okoliczność dotyczy zakresu podstawowego, gdzie termin rozpoczęcia realizacji również jest niepewny i może znacznie się wydłużyć (np. na skutek wnoszonych odwołań do KIO). Oczywiście, dodatkowe 17 miesięcy konieczne do uwzględnienia przy szacunku niewątpliwie stanowi dodatkowe utrudnienie – nie przesądza jednakże o niemożliwości sformułowania ofert. Odwołujący podnosił, że tak długi ww. okres przyczyni się do nieporównywalności ofert. W pierwszej kolejności wskazać należy, że nieporównywalności cenowej ofert nie można wywodzić z okoliczności, że wykonawcy mogą mieć trudności realizacyjne i organizacyjne, zaś wycena ofert jest utrudniona (por. wyrok z dnia 26.09.2017 r., KIO 1862/17). Dalej zważyć także należy, że obowiązkiem wykonawcy jest sformułowanie oferty w sposób, który zapewni możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów. Jeżeli oferta budzi wątpliwości w tym zakresie, Zamawiający uprawniony jest do wezwania wykonawcy do wyjaśnień oferty (art. 87 ustawy Pzp) lub do wyjaśnień ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp). W przypadku gdy zamawiający zaniecha odrzucenia oferty zawierającej cenę rażąco niską, pozostali wykonawcy mają uprawnienie do skontrolowania czynności zamawiającego poprzez wniesienie odwołania do KIO. Dodać należy, że twierdzenia odwołania w tym zakresie w znacznej mierze zdezaktualizowały się po zmianie SIWZ – Odwołujący wywodził bowiem, że rozpoczęcie robót z jednej z opcji może nastąpić nawet po 35 miesiącach od podpisania umowy (po 17 miesiącach realizacji zakresu podstawowego i 18 miesiącach jednej z opcji). Po zmianie SIWZ termin ten został skrócony o połowę, a ponadto Zamawiający określił 6 miesięczny termin w czasie którego wykonawcy uzyskają pewność co do zakresu i terminu realizowanych robót.

W uzasadnieniu odwołania podnoszono również, iż koniecznym jest ustalenie, czy nie doszło do naruszenia ogólnych zasad wynikających z art. 29 ustawy Pzp. Wobec powyższego koniecznym jest zbadanie, czy omawiany zapis SIWZ nie został sformułowany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Jak Izba ustaliła powyżej, omawiane terminy mogą utrudnić sporządzenie oferty. Nie sposób jednak przyjąć, że świadczy to jednocześnie o utrudnieniu uczciwej konkurencji. Zamawiający oraz pozostali wykonawcy dysponują narzędziami umożliwiającymi weryfikację realności oferty

i możliwe jest odrzucenie oferty sporządzonej nierzetelnie. Nie można zatem uznać, że ewentualne duże zróżnicowanie cenowe ofert świadczy o naruszeniu uczciwej konkurencji. Niewątpliwie utrudnienie uczciwej konkurencji może zająć w przypadku nadmiernego, nieuzasadnionego zawężenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał jednakże, by taka sytuacja miała miejsce, a nadto zważyć należy, że jak wskazano powyżej, ustalenie terminu realizacji robót z prawa opcji w rzeczony sposób wynika z uzasadnionej potrzeby. Ponadto, nie każde ograniczenie kręgu wykonawców będzie skutkowało stwierdzeniem naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie ma bowiem obowiązku ukształtowania SIWZ w sposób, który umożliwi realne ubieganie się o zamówienia każdemu potencjalnemu wykonawcy (por. np. wyrok z dnia 22 stycznia 2018 r. KIO 31/18, z 30 kwietnia 2015 r., KIO 798/15, z 30 marca 2015 r., KIO 510/15).

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż termin realizacji robót z opcji określony w pkt 3 IDW i subklauzuli 21 Warunków Szczególnych narusza ustawę Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

KIO 1631/18

Odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

I. Zarzut nr 1 odwołania PZPB dotyczył naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, mającego polegać na zaniechaniu wskazania terminu wykonania zamówienia odnoszącym się do robót przewidzianych do wykonania w Opcji nr 1 i nr 2.

Wobec dokonanej zmiany SIWZ i wprowadzeniu w pkt 3 IDW terminu skorzystania z prawa opcji oraz wskazania, iż wyznaczony termin realizacji robót będzie miał miejsce

w ciągu czasu na ukończenie zakresu podstawowego, należało uznać, że podstawa faktyczna omawianego zarzutu przestała istnieć. Wymaga przy tym zaznaczenia, iż obecnie rozpatrywane odwołanie odmiennie określało podstawę zarzutu w tym zakresie niż powyżej omówione odwołanie Thales (KIO 1619/18). Odwołujący PZPB, w przeciwieństwie do Thales nie wymagał wprowadzenia w SIWZ konkretnego terminu wykonania robót z opcji, ale „*możliwego do zidentyfikowania przez wykonawców terminu wykonania zamówienia w części dotyczącej Opcji nr 1 oraz Opcji nr 2 (...) np. poprzez wskazanie przez Zamawiającego maksymalnego terminu w ciągu którego Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z Prawa Opcji nr 1 oraz nr 2*”.

Terminy te zostały określone. Termin wykonania zamówienia w części dotyczącej opcji nr 1 i 2 – 18 miesięcy od daty wskazanej w oświadczeniu o skorzystaniu z prawa opcji, wyznaczony nie później niż 17 miesięcy od podpisania umowy (czas na ukończenie zakresu podstawowego). Zamawiający wskazał również maksymalny termin w ciągu którego będzie uprawniony do skorzystania z prawa opcji – 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Podkreślić należy, że w treści odwołania nie określano, jakie terminy należy uznać za dopuszczalne – poza ww. wskazaniem odnośnie terminu „możliwego do zidentyfikowania”, które to żądanie zostało zaspokojone. Nie są aktualne twierdzenia o całkowicie dowolnym charakterze uprawnienia do złożenia oświadczenia o skorzystaniu z prawa opcji, że nie wskazano jakiegokolwiek terminu. Omawiane terminy nie są iluzoryczne i nie zachodzą „niezliczone ilości konfiguracji czasowych” terminu wykonania robót z opcji. Podnoszone w toku rozprawy twierdzenia, że określone przez Zamawiającego terminy są zbyt szerokie wykraczają poza zakres odwołania, stanowiąc tym samym nieuprawnione rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutu i jako takie nie mogły być przez Izbę rozpoznane – art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

II. Zarzuty nr 2 i 3 odwołania dotyczyły naruszenia art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez wskazanie przez Zamawiającego niemożliwego do otrzymania terminu realizacji robót z zakresu podstawowego, a w konsekwencji naruszenie art. 14 ust. 1 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ § 1 i art. 387 § 1 k.c., poprzez wskazanie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji zamówienia podstawowego. Jako powiązane i rozpatrywane łącznie Izba uznała zarzuty nr 8 i 9 odwołania, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba rzeczone zarzuty uznała za bezpodstawne.

Odwołujący wywodził, iż przedmiotowe zamówienie jest jednym z największych ogłoszonych przez Zamawiającego w ostatnich latach. Wskazywał, że w przypadku uruchomienia opcji np. w dniu zawarcia umowy będzie skutkowało koniecznością wykonywania robót o wartości 134 599 333,91 zł netto miesięcznie, te ilości zaś nie są możliwe do wykonania w terminach wskazanych przez Zamawiającego. Podniósł, że nie jest też możliwe osiągnięcie przerobu miesięcznego w wysokości 61 milionów – w przypadku realizacji jedynie zakresu podstawowego. Odwołujący wskazał, że analiza największych dotychczasowych postępowań ogłoszonych przez Zamawiającego pozwala na przyjęcie, że średni miesięczny przerób w ramach zawartych kontraktów wynosił pomiędzy 11 a 35 milionami złotych. Na tę okoliczność powołał 4 inne zamówienia – w jednym przerób miesięczny wynosił ponad 11 mln złotych przy 34-miesięcznym terminie realizacji, w drugim ponad 27 mln złotych – 22-miesięczny termin realizacji, w trzecim – ponad 34 miliony złotych przy 22 – miesięcznym terminie realizacji, w czwartym – ponad 35 mln złotych, 40-miesięczny termin realizacji. Wskazał, że zakres robót jest bardzo szeroki, obejmuje 25 obiektów inżynierskich, 1 wiadukt, wymianę warstwy ochronnej oraz przebudowę sieci trakcyjnej, odwodnienie torów, oraz zaprojektowanie i wykonanie robót branży SRK i telekomunikacji. Wskazał, że przewidziane są 3 miesiące mobilizacji, co w efekcie daje 14 miesięcy na wykonanie robót. Odwołujący przedstawił wyliczenia, zgodnie z którymi całkowity czas modernizacji 1 toru wynosi 18,5 miesiąca (plus 3 miesiące czasu zimowego, a ponadto dodatkowy miesiąc na certyfikację, odbiory oraz dokumentację powykonawczą), całkowity czas przewidzianych robót – 44 miesiące.

W ocenie Izby Odwołujący PZPB nie sprostął ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania, że założony przez Zamawiającego termin realizacji jest nierealny. Również przyjmując, że dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie ograniczenia uczciwej konkurencji, nie można uznać, że owo uprawdopodobnienie nastąpiło. Zaznaczyć należy, że uprawdopodobnienie nie oznacza samego zakwestionowania, podniesienia zarzutu, koniecznym wykazanie okoliczności, pozwalających na przyjęcie, że takie ograniczenie może zachodzić (tak też KIO np. w wyrokach z dnia 10.06.2018 r., KIO 1112/15, z dnia 22.05.2015 r., KIO 938/15, z dnia 23.01.2015 r., KIO 43/15).

W pierwszej kolejności Izba za pozbawione mocy dowodowej uznała wyliczenia Odwołującego w zakresie przerobu miesięcznego. Odwołujący nie wskazał jakich lat dotyczą powołane zamówienia, co ma kluczowe znaczenie, biorąc pod uwagę podnoszoną przez strony i uczestników okoliczność znacznego wzrostu cen materiałów budowlanych, robocizny itp. Wzrost ten może powodować, że odnoszenie wartości robót niniejszego postępowania, w którym aktualizacja kosztorysów nastąpiła w czerwcu bieżącego roku, do zamówień sprzed kilku, a może kilkunastu lat jest całkowicie nieadekwatne. Dodać należy, że Odwołujący zarzuca jedynie brak realności terminu wykonania zamówienia podstawowego, zatem powoływanie się na łączny przerób – z uwzględnieniem opcji, nie znajduje uzasadnienia. W odniesieniu do powołanych zamówień Odwołujący nie wskazał również, czy były one realizowane w formule „Projektuj i Buduj” czy jedynie „Buduj”, co może mieć duże znaczenie dla ustalenia średniego miesięcznego przerobu.

Dalej należy wskazać, że przedstawione przez Odwołującego wyliczenia są dalece nieprzekonujące. Odwołujący nie określił, jakie dokładnie przyjął założenia dokonując omawianych wyliczeń, powołał się na zapisy Specyfikacji Technicznej które wskazywały, że m.in. *„dopuszcza się następujące technologie budowy”* (ST.02.08 pkt 5), *„wykonawca robót winien dostosować sprzęt służący do zagęszczania gruntów mineralnych”* (ST 02.04 pkt 3), *„poniżej wymieniono sprzęt i maszyny niezbędne do wykonania robót budowlanych”* (ST.02.07 pkt 3). Jednocześnie Odwołujący PZPB nie wyjaśnił, w jaki sposób ww. zapisy przekładają się na przedstawione wyliczenia, nie wskazał czy przyjął sprzęt „niezbędny”, czy możliwym jest rozszerzenie katalogu sprzętu bądź zastosowanie rozwiązań bardziej wydajnych. Mając powyższe na uwadze, Izba nie może nadać owym wyliczeniom znaczenia pozwalającego na uznanie twierdzeń Odwołującego za chociażby uprawdopodobnione, a tym bardziej uzasadniające nakazanie zamawiającemu ponad dwukrotnego wydłużenia omawianego terminu. Podobnie harmonogram robót przedłożony w toku rozprawy przez Przystępującego Strabag nie pozwala na przyjęcie za uzasadnione twierdzeń Odwołującego. Harmonogram ten nie został opatrzony żadnym komentarzem, poza wskazaniem, że uwzględnia on potencjały przewidziane w SIWZ, dotyczy jednego toru, nie dotyczy stacji i nie uwzględnia okresu zimowego. Przystępujący nie przedstawił nawet legendy do harmonogramu, wobec czego niemożliwym jest ustalenie, czy np. zastosowane na nim kolory mają określone znaczenie. Dodać należy, że ów harmonogram przewiduje możliwość ukończenia robót dla jednego toru) w terminie 17 miesięcy, tymczasem Odwołujący wywodził że konieczne jest 18,5 miesiąca i 1 miesiąc dodatkowy. Ukazuje to rozbieżność w

wyliczeniach i podważa ich wiarygodność. Odwołujący oraz przystępujący nie przedstawili dowodów pozwalających na przyjęcie ich twierdzeń za udowodnione.

Wartość dowodowa twierdzeń Odwołującego i przystępujących jest dodatkowo osłabiona przez okoliczności przytoczone przez Zamawiającego. Powołał on dwa projekty, mające wykazać, że przewidziany termin realizacji robót jest realny. Pierwszym była modernizacja linii kolejowej Skierniewice – Łódź Widzew. Zgodnie z przedłożonymi przez Zamawiającego dowodami, projekt ten obejmował zaprojektowanie i wykonanie 62,8 km linii dwutorowej z torami stacyjnymi, wymianę 160 rozjazdów, 2 nowe tunele dla pieszych, modernizację 4 obiektów mostowych, 5 wiaduktów, 30 peronów, 40 przepustów oraz prace modernizacyjne na pięciu szlakach stacyjnych. Termin realizacji trwał od kwietnia 2006 r. do września 2008 r. – łącznie 29 miesięcy.

Drugi z projektów dotyczył linii Siedlce – Terespol, w ramach którego zaprojektowano i wykonano modernizację 117 km linii kolejowej, 16 mostów, 41 przepustów i 51 rozjazdów. Realizacja trwała od kwietnia 2006 r. do grudnia 2009 r. – łącznie 45 miesięcy.

Przedmiotowe postępowanie obejmuje 45 km linii, 25 obiektów inżynierskich (4 mosty, 4 wiadukty, 15 przepustów i 2 przejścia podziemne) i 51 rozjazdów. Przewidziany termin to 17 miesięcy.

Bezsporną w toku postępowania była okoliczność, że mającym znaczący wpływ na czas wykonania modernizacji linii kolejowych jest etap projektowania, wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych – Zamawiający wskazał, że w przypadku tego postępowania trwało to 2 lata – koresponduje to z twierdzeniami Przystępującego Strabag, iż „Zamawiający na etapie projektowania utracił 27 miesięcy”. Zatem przyjmując niekorzystną dla Zamawiającego wersję, iż etap projektowania trwał 24 miesiące, taki okres należy wziąć pod uwagę porównując przedmiotowe zamówienie z ww. wskazanymi – które realizowane były w formule Projektuj i Buduj, a zatem wskazany powyżej czas wykonania zamówienia obejmował również etap projektowania i uzyskiwania decyzji administracyjnych. A zatem, prace na linii Skierniewice – Łódź Widzew obejmowały o 17 km linii, 25 przepustów i 100 rozjazdów więcej niż w niniejszym postępowaniu, zaś termin realizacji był o 12 miesięcy dłuższy. Termin ten jednakże obejmował etap projektowania, zasadnym jest zatem przyjęcie, że termin pozostały na wykonanie robót budowlanych był zbliżony do terminu w niniejszym postępowaniu. Z kolei na linii Siedlce – Terespol było to o 72 km, 12 mostów, 26 rozjazdów więcej. Termin był dłuższy o 28 miesięcy, zatem prawie trzykrotnie dłuższy – jednakże obejmował ponad dwa razy więcej kilometrów linii kolejowej i 4 razy więcej obiektów

mostowych – przy czym uwzględnił również etap projektowania. Gdy zaś odjąć czas projektowania, jaki potrzebny był dla niniejszego postępowania od ww. projektów, okazało by się, że znacznie większe projekty wykonywano w czasie nieznacznie dłuższym. Izba ma świadomość, że nie jest możliwe przełożenie „jeden do jednego” czasu projektowania na różnych projektach, jednakże powołane okoliczności uwidaczniają, że nie jest możliwym, wobec przedstawionych twierdzeń i dowodów Odwołującego i przystępujących stwierdzenie, że założony w SIWZ termin realizacji zakresu podstawowego jest nierealny. Ponadto, szczególnie czas projektowania i realizacji na linii Siedlce – Terespol wskazuje na niezasadność żądania ustalenia 44-miesięcznego terminu realizacji dla niniejszego zamówienia. Wyeksponować należy również okoliczność, że ww. roboty, tak jak w niniejszym zamówieniu, realizowane były przy zamknięciu jednego toru. Wpływa to również na ocenę miarodajności ww. wyliczeń dokonanych przez Odwołującego, skoro możliwym było zaprojektowanie i zrealizowanie modernizacji ponad dwukrotnie dłuższej linii kolejowej w okresie jedynie o 5 miesięcy dłuższym niż żądany przez Odwołującego dla wykonania modernizacji przedmiotowej linii.

W zakresie żądań dotyczących okresu zimowego, podobnie jak w odniesieniu do realności terminu, Odwołujący nie sprostował ciężarowi dowodu. Zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, okres zimowy uniemożliwia prowadzenie większości robót, wobec czego żądał, aby do czasu realizacji robót nie wliczał się 3 – miesięczny okres zimowy. Odwołujący nie wskazał przy tym realnego wpływu okresu zimowego na czas prowadzenia robót, żądał przyjęcia *a priori*, że roboty nie mogą być w tym czasie prowadzone. Nie wykazał, dlaczego należy wyłączyć ów okres całkowicie z prowadzenia robót, chociaż część robót – zgodnie z oświadczeniem zawartym w odwołaniu, może być w tym czasie prowadzona. Należy również zwrócić uwagę, że żądanie Odwołującego stoi w sprzeczności z interesem Zamawiającego, który dąży do zredukowania czasu modernizacji linii, zatem tym bardziej powinna zostać wykazana zasadność wydłużenia terminu realizacji robót o czas zawieszenia na okres zimowy. Twierdzenia w zakresie okresu zimowego nie zostały poparte żadnymi dowodami. Dodać należy, że subklauzula 8.4 lit. c warunków szczególnych kontraktu uwzględnia możliwość przedłużenia czasu na ukończenie w przypadku wystąpienia wyjątkowo niekorzystnych warunków atmosferycznych.

Tytułem uzupełnienia dodać należy, że wyznaczenie możliwie krótkiego terminu realizacji modernizacji rzeczonyj linii kolejowej ma duże znaczenie społeczne, bowiem wydłużające się zamknięcia torowe powodują znaczne niedogodności po stronie pasażerów.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym i przystępującymi, iż jedyną motywacją Zamawiającego jest obawa przed utratą dofinansowania z Unii Europejskiej, krótki termin realizacji modernizacji rzeczony linii leży w interesie Zamawiającego i społecznym. Jednocześnie, jak w sprawie KIO 1619, powtórzyć należy, że nie każde ograniczenie kręgu wykonawców może być traktowane jako ograniczenie uczciwej konkurencji (por. też np. wyrok z dnia 31.08.2017 r., KIO 1670, uchwała z dnia 17.09.2014 r., KIO/KD 78/14). W orzecznictwie Izby wskazuje się nawet na dopuszczalność takiego opisu przedmiotu zamówienia, że wyłącznie jeden wykonawca będzie mógł złożyć zgodną z nim ofertę (por. wyrok KIO z dnia 12.01.2018 r., KIO 2737/17, z dnia 1.02.2011 r., KIO 79/11). Nawet zatem przy przyjęciu, że rzeczywiście określony termin realizacji wpływa na ograniczenie konkurencji, to należy wskazać, że istnieje uzasadniony interes Zamawiającego, który ewentualne ograniczenie uzasadnia.

Odnosząc się do podniesionych w toku rozprawy argumentów Odwołującego w zakresie odpowiedzialności za kary umowne (w szczególności przypadku utraty dofinansowania), to zwrócić należy uwagę, że cechą charakterystyczną kar umownych jest brak możliwości ich nałożenia w przypadkach sytuacji, za które wykonawca nie odpowiada (por. np. Komentarz do art. 483 KC, red. W. Gniewek, 2017 r., Legalis). Co więcej, w przypadku przewidzianej w subklauzuli 8.7 warunków kontraktu możliwości dochodzenia odszkodowania w przypadku utraty dofinansowania z Unii Europejskiej, zamawiający wprost zaznaczył, że dotyczy to przypadku, *„gdy utrata tego dofinansowania nastąpiła z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”*. Wobec powyższego twierdzenia Odwołującego w odniesieniu do odpowiedzialności z subklauzuli 8.7 nie mają wpływu na ocenę ryzyk płynących z wyznaczenia omawianego terminu realizacji robót, a tym bardziej na ocenę realności tego terminu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzuty dotyczące terminu wykonania zamówienia nie znalazły potwierdzenia.

III. Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów 4, 5 i 6 odwołania PZPB, wobec złożonego na posiedzeniu oświadczenia o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących początku biegu terminów okresu rękojmi i gwarancji. Zgodnie z treścią odwołania, ww. terminom poświęcone były właśnie zarzuty 4, 5 i 6 odwołania. Odwołujący oświadczenie w tym zakresie potwierdził w toku rozprawy, a także

w piśmie z dnia 4.09.2018 r. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ZamPublU, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie w części podlega umorzeniu i orzekła jak w sentencji.

IV. Izba za zasadny uznała zarzut nr 7 odwołania – tj. naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1, art. 139 ust. 1 i art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu ustalenia terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący podnosił, iż wobec uregulowań zawartych w Subklauzuli 4.2 Warunków Kontraktu, nie będzie możliwa redukcja zabezpieczenia należytego wykonania odpowiednio dla wykonanego Odcinka. Rzeczona klauzula zawiera bowiem regulacje, zgodnie z którymi zabezpieczenie wykonania umowy będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo ostatniego Odbioru końcowego – jeżeli były dokonywane Odbiory końcowe dla Odcinków w zakresie należytego wykonania umowy, zaś zabezpieczenie wykonania w okresie zgłaszania wad (w wysokości 30% wartości zabezpieczenia wykonania umowy) będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad. Dalej ww. klauzula stanowi, że Zamawiający zwróci wykonawcy zabezpieczenie wykonania w wysokości 70% w ciągu 30 dni od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory końcowe dla Odcinków. Pozostała kwota zabezpieczenia (30% zabezpieczenia wykonania umowy) zostanie zwrócona wykonawcy nie później niż w terminie 15 dni po upływie okresu zgłaszania wad pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych świadectwem wykonania.

Odwołujący wywodził, iż wobec ustalenia w subklauzuli 10.1 warunków szczególnych, że przejęcie robót może dotyczyć Odcinków, a także wskazania w subklauzuli 2.7 w zw. z 1.1.6.24, że odbiór końcowy może dotyczyć wykonania Odcinka, przy jednoczesnym uzależnieniu rozpoczęcia biegu okresu zgłaszania wad (równoznacznego z okresem rękojmi za wady) od daty wskazanej w protokole odbioru końcowego dla danego odcinka, to brak jest podstaw dla utrzymywania zabezpieczenia w odniesieniu do odebranych już Odcinków. Skoro bowiem roboty objęte danym odcinkiem są odbierane przez Zamawiającego

i rozpoczyna się wówczas bieg okresu rękojmi dla tychże robót, to nie istnieje podstawa dla utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy po tym, jak roboty te zostały należycie wykonane i odebrane przez Zamawiającego. W zakresie zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odnoszącej się do robót objętych danym Odcinkiem, Odwołujący podnosił, że nie istnieje podstawa do utrzymywania zabezpieczenia przedmiotowych roszczeń po upływie okresu rękojmi.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego. Zgodnie z art. 151 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Zamawiający argumentował, że redukcja zabezpieczenia nie jest możliwa, gdyż ww. przepis wymaga zwrotu zabezpieczenia po wykonaniu całości zamówienia – za które, w niniejszym postępowaniu należy rozumieć zarówno zakres podstawowy, jak i Opcje (w przypadku ich uruchomienia). W ocenie Izby Zamawiający błędnie odczytuje normę zawartą w rzeczonym przepisie.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na sposób sformułowania art. 151 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca wprowadził dwie przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie, ażeby zaktualizował się obowiązek zwrotu zabezpieczenia po stronie Zamawiającego: wykonanie zamówienia i uznania go przez zamawiającego za należyte wykonane. Ponadto, zwrot powinien nastąpić w przeciągu 30 dni od wystąpienia ww. okoliczności. W niniejszej sprawie kluczowe znaczenie ma przesłanka „wykonania zamówienia”, pozostałe okoliczności nie wywołują sporu. Nie budzi wątpliwości, że wobec wprowadzenia definicji Odcinków w SIWZ, możliwe jest uznanie przez Zamawiającego za należyte wykonanie danego Odcinka (tj. zakresu podstawowego zamówienia, robót z opcji 1, robót z opcji 2). Użycie przez ustawodawcę w rzeczonym przepisie sformułowania „wykonanie zamówienia” *prima facie* sugeruje, iż przesłanka ta dotyczy wykonania całości zamówienia. Jednakże, przyjęcie takiej wykładni w niniejszej sprawie sprzeczne byłoby z celem wprowadzenia omawianej regulacji, a także naruszałoby zasadę równości stron zawieranej umowy. Niewątpliwie celem art. 151 ust. 1 ustawy Pzp jest bowiem ochrona wykonawcy, pogląd ten jest również zgodny ze stanowiskiem doktryny - *„Przepisy o zwrocie zabezpieczenia chronią interes majątkowy wykonawcy przed nadmiernie długimi okresami, na które może być ustanawiane zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Odbiór przedmiotu świadczenia wykonawcy i uznanie jego zobowiązania za należyte wykonane powoduje, iż odpada podstawa istnienia zabezpieczenia dla roszczeń z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia. Zabezpieczenie powinno więc zostać zwrócone wykonawcy”*

(J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych, W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, LEX). Przy przyjęciu interpretacji Zamawiającego interes wykonawcy zostałyby niewątpliwie naruszone, bowiem zabezpieczenie będzie utrzymywane ponad czas przewidziany w ustawie. Odbiór przedmiotu świadczenia i uznanie za należycie wykonane powoduje, że brak jest podstawy dla dalszego utrzymywania zabezpieczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy. Taka zaś sytuacja będzie miała miejsce w przypadku odbioru Odcinka przez Zamawiającego w odniesieniu do zabezpieczenia wniesionego tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w zakresie robót objętych tym Odcinkiem. Co więcej, brak możliwości redukcji zabezpieczenia spowoduje niezgodność z art. 150 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten określa, że zabezpieczenie ustala się w wysokości do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Nie ma zatem możliwości zwiększenia wysokości zabezpieczenia ponad wskazaną wysokość. Zgodnie z pkt 22.1 Instrukcji dla wykonawców, zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania ustalone zostało w wysokości 10% ceny brutto za realizację zakresu podstawowego podanej w ofercie. Z kolei klauzula 21 warunków szczególnych stanowi m.in., że *„W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 i/lub Opcji nr 2, Wykonawca w ciągu 14 dni od złożenia oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, zwiększy Zabezpieczenie Wykonania o wysokość odpowiadającą 10% kwoty wskazanej odpowiednio w pkt 16 (Zakres Opcji 1) i/lub pkt 16 (Zakres Opcji 2). Z analizy powyższych zapisów SIWZ, przy przyjęciu braku możliwości redukcji zabezpieczenia, wynika, że np. po skorzystaniu z opcji 1, po odbiorze zakresu podstawowego Zamawiający będzie utrzymywał zabezpieczenie w wysokości znacznie przekraczającej nawet 20% wartości opcji nr 1 – w dalszym ciągu bowiem będzie utrzymane zabezpieczenie dla zakresu podstawowego. Sytuacja taka może dotyczyć również zabezpieczenia dla zakresu podstawowego i jednej z opcji, po ich odbiorze, a przed odbiorem drugiej opcji.*

Dalej, zestawienie art. 151 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 147 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że pierwszy z powołanych przepisów odnosi się do sytuacji typowej, w której w ramach jednego zamówienia wnoszone jest „jedno” zabezpieczenie. W niniejszej sprawie zaś ostatecznie wniesiona przez wykonawcę wysokość zabezpieczenia zależna jest od zakresu realizacji, na jaki zdecyduje się Zamawiający (klauzula 21), Wykonawca może być zobowiązany do nawet trzykrotnego (w przypadku uruchamiania obu opcji i w konsekwencji zwiększania wysokości zabezpieczenia) wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania

kolejnych Odcinków. Wobec powyższego przyjąć należy, że art. 151 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu takim jak niniejsze, gdzie obowiązek wniesienia zabezpieczenia oraz jego wysokość zależne są od zakresu realizacji, odnosi się do zwrotu zabezpieczenia w wysokości odpowiadającej wykonanemu zakresowi. Podkreślić należy, że dokonana przez Izbę wykładnia art. 151 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przypadku, gdy wysokość zabezpieczenia zmienia się w zależności od zakresu realizacji, a ponadto możliwy jest odbiór końcowy poszczególnych „części” zamówienia, dla których osobno powstawał obowiązek wniesienia zabezpieczenia.

Powyższe rozważania należy w całości odnieść również do utrzymania zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, w zakresie zabezpieczenia wniesionego w ramach wykonania danego Odcinka, o więcej niż 15 dni od upływu okresu rękojmi za wady dotyczące robót wykonanych w zakresie tego Odcinka. Jako niezgodne z art. 151 ust. 2 ustawy Pzp Izba ocenia utrzymywanie zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi wniesionego w związku z wykonaniem robót na danym Odcinku po upływie 15 dni od upływu okresu rękojmi obejmującej roboty wykonane w związku z realizacją tego Odcinka. Skoro bowiem roszczenia z tytułu rękojmi w przedmiotowym zakresie wygasną z upływem 72 miesięcy od chwili dokonania odbioru danego Odcinka, nie istnieje podstawa dla zatrzymania przez zamawiającego zabezpieczenia tych roszczeń.

Reasumując, ukształtowanie zapisów SIWZ, dopuszczające utrzymanie w całości zabezpieczenia należytego wykonania w stosunku do Odcinków uznanych przez Zamawiającego za należycie wykonane po upływie 30 dni od dnia wykonania poszczególnych Odcinków, a także dopuszczające utrzymanie zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady w zakresie danego Odcinka (w odniesieniu do zabezpieczenia wniesionego przez Wykonawcę w związku z realizacją danego Odcinka) po upływie 15 dni od upływu okresu rękojmi, są niezgodne z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w związku z tym także z art. 353¹ k.c. i art. 139 ust. 1 i 14 ust. 1 ustawy Pzp, wobec sformułowania warunków umowy w sposób sprzeczny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: