

Sygn. akt: KIO 2065/20

WYROK
z dnia 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 sierpnia 2020 r.** przez wykonawcę **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie,**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących następujących postanowień wzoru umowy: §1 ust. 10, §2 ust. 1 pkt 7b, §2 ust. 1 pkt 9, §2 ust. 2 pkt 4, §2 ust. 2 pkt 9g, §2 ust. 2 pkt 9h, §2 ust. 2 pkt 9n, §2 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, §4 pkt 8, §15 ust. 3 pkt 3i, §15 ust. 4 oraz w zakresie ppkt 6.13 i 7.5 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.**
2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
3. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budmieux S.A., z siedzibą w Warszawie i:**
 - 3.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budmieux S.A., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;**
 - 3.2 **zasądza od wykonawcy Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie**

kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 24 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji zadania nr 2: budowa gazociągów wysokiego ciśnienia: DN 300 o długości około 33,9 km oraz DN 100 o długości około 1,25 km w ramach przedsięwzięcia inwestycyjnego pod nazwą „Budowa gazociągu relacji Mójcza - Kielce”, Numer zamówienia PSGKI.ZZSP.901.024.20 (dalej: „**Postępowanie**”) przepisów ustawy Pzp w następujący sposób:

- 1) opisanie wymogów Załącznika nr 1: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz obowiązków Wykonawcy, treść tego załącznika stanowi jednocześnie Załącznik nr 1 do Umowy w sposób niepełny, nieprecyzyjny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, zakładający doprecyzowanie opisu zamówienia na późniejszym etapie lub w innych dokumentach niż SIWZ wraz z załącznikami, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. i 2, art. 31 ust 1 i 4, art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp;
- 2) sformułowanie postanowień SIWZ w zakresie załącznika nr 6 Umowa- wzór, w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz obarczony wadą w postaci niezgodności postanowień umownych z przepisami prawa i zasadami współżycia społecznego - czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust, 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ustawy Pzp, a także inne normy i zasady wskazane w uzasadnieniu odwołania;
- 3) prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a poprzez nieprecyzyjny i niejasny opis przedmiotu zamówienia i postanowień umowy uniemożliwienie dokonania rzetelnej wyceny ofert i złożenia porównywalnych między wykonawcami ofert - czym naruszono art. 7 ust. 1; art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania oraz przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny do ich przygotowania nie krótszy niż 30 dni od daty ostatecznego ustalenia treści SIWZ.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny, niejasny a przez to naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonał opisu przedmiot zamówienia i istotnych postanowień przyszłej umowy w niniejszym Postępowaniu. Odwołujący zaznacza, że poprzez szereg niejasności i braku precyzyjnego opisu obowiązków i obciążeń po stronie Wykonawcy, nie jest on w stanie przygotować i precyzyjnie wycenić przedmiotu swojej oferty. Określenie treści SIWZ wraz z załącznikami, w tym w szczególności treści umowy w sprawie zamówienia, która zostanie podpisana w wybranym wykonawcą jest jednym z uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 36 ust 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył jednak, że Zamawiający nie może czynić z powyższego uprawnienia użytku, który byłby sprzeczny ze społecznego gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie może być uznane za wykonywanie prawa, ale również nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

W ocenie Odwołującego, wskazane w dalszej części odwołania postanowienia OPZ i przyszłej umowy, poza licznymi naruszeniami przepisów ustawy Pzp, naruszają również podstawowe zasady prawa cywilnego, takie jak zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego, a także stanowią nadużycie prawa podmiotowego. Dodatkowo poprzez brak doprecyzowania postanowień przyszłego zamówienia, Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie posiadają precyzyjnych informacji pozwalających im prawidłowo wycenić ofertę. Konsekwencją takiej sytuacji może być m.in. uzyskanie przez Zamawiającego zamówienia na kwotę znacznie wyższą (obejmującą wiele niesprecyzowanych elementów i ryzyk wymagających podwyższenia ceny oferty), niż ta, za którą mógłby uzyskać zamówienie przygotowując jednoznaczna i pozbawiona niedomówień dokumentację Postępowania. W skrajnym przypadku konsekwencją powyższych naruszeń może być nawet niezłożenie ofert przez wykonawców w Postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający (mimo iż jest dysponentem Postępowania o udzielenie zamówienia) nie został przez ustawodawcę wyposażony w kompetencję do stosowania

pełnej dowolności przy ustalaniu treści dokumentacji postępowań, w tym w szczególności istotnych postanowień Umowy, które to powinny być zgodne z ustawą Pzp, ale i również z innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Przy kształtowaniu zapisów umowy zamawiający powinien pamiętać o ekwiwalentności świadczeń, jak też o niewprowadzaniu zapisów naruszających uczciwą konkurencję. W przeciwnym wypadku narusza jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych (tak W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd V, lex 2020). Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011, sygn. akt KIO 1758/11 oraz orzeczenie z dnia 21 listopada 2019 roku KIO 2244/19.

Odwołujący wskazał, że przedstawione poniżej postanowienia dokumentacji Postępowania obciążają wykonawców rażąco niewspółmiernymi i niekorzystnymi obowiązkami, co jest bezpośrednim wynikiem jednostronnego ustanawiania przez Zamawiającego bardzo uciążliwych, a wręcz niemożliwych do wykonania przez oferentów wymagań. W szczególności Odwołujący kwestionuje podział ryzyka związanego z niejasnym podziałem kosztów przypadających na odszkodowania lub koszty zajęcia nieruchomości osób trzecich. Zamawiający przerzuca takie koszty na wykonawcę, przy czym bliżej nie określa do jakiej wysokości lub jakiego rzędu będą to kwoty. Taki opis wymagań powoduje, że każdy wykonawca wyceni inaczej ryzyko ponoszenia kosztów wyłączeń i innych obciążeń nieruchomości osób trzecich, powodując, że oferty złożone w Postępowaniu będą nieporównywalne a Postępowanie będzie obarczone nieusuwalną wadą powodującą unieważnienie zawartej umowy, co implikuje konieczność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący zakwestionował i żądał zmiany postanowień: Załącznika nr 1 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz obowiązków Wykonawcy, treść tego załącznika stanowi jednocześnie Załącznik nr 1 do Umowy oraz Załącznik nr 6: Umowa - Wzór w następującym zakresie:

Załącznik nr 1 OPZ i Załącznik nr 6 - Wzór umowy:

Z OPZ wynika, że dla części odcinków brakuje odpowiednich pozwoleń na budowę oraz zgłoszeń w tym m.in.:

1.3. Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,9 km wraz z budową kabla światłowodowego.

1.5. Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Łączna o długości około 0,2 km wraz z budową kabla światłowodowego.

1.14. Przebudowa kabla światłowodowego o długości około 0,25 km w m. Dąbrowa gm. Masłów.

1.15. Przebudowa kabla światłowodowego o długości około 0,45 km w m. Dąbrowa gm. Masłów.

Podczas gdy możliwość odstąpienia od umowy w § 1 ust 5 wzoru umowy dotyczy niepełnej listy odcinków, którym brakuje odpowiedniej decyzji. Prosimy doprecyzowanie zapisu wzoru umowy w następujący sposób:

§ 1 ust 5. Realizacja zakresu określonego w punkcie 1) ust c), e), f) iw punkcie 1) ust. n) oraz w punkcie 2) ust. a), b) obejmującego budowę:

c) gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,9 km wraz z budową kabla światłowodowego

e) gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy

Łączna o długości około 0,2 km wraz z budową kabla światłowodowego;

f) gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Zagnańsk o długości około 3,8 km wraz z budową kabla światłowodowego;

n) kabla światłowodowego o długości około 2,5 km wzdłuż istniejącego gazociągu w/c DN 300 na terenie gminy Zagnańsk

a) kabla światłowodowego o długości około 0,25 km w m. Dąbrowa gm. Masłów;

b) kabla światłowodowego o długości około 0,45 km w m. Dąbrowa gm. Masłów.

Odwołujący wniósł zatem o doprecyzowanie w § 1 ust 5 umowy poprzez wskazanie, że prawo opcji i odstąpienia od umowy będzie dotyczyło wszystkich odcinków dla jakich nie ma lub obecnie procesuje się dopiero odpowiednie decyzje, w tym pozwolenia na budowę. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niewydania owych pozwoleń przez co wnosi także o dodatnie zastrzeżenia w § 1 ust 5 umowy po treści:

- uzależniona jest od uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na budowę (gazociąg wysokiego ciśnienia) i zgłoszenia rozpoczęcia robót budowlanych (kabel światłowodowy) dla tego zakresu.

Zdania: *„Brak wydania odpowiednich pozwoleń na budowę lub prawomocnego zgłoszenia rozpoczęcia robót w zakładanym przez Zamawiającego terminie nie będzie obciążało wykonawcy i nie będzie rodziło negatywnych skutków na gruncie zawartej umowy, w tym naliczenia kar umownych. Ponadto będzie uprawniało wykonawcę do zmiany terminów*

harmonogramu lub terminów wynikających z§ 5 w zakresie, w jakim zmiana nie wynika z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność".

Ponadto, Odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania nie zawiera opisu sposobu rozliczenia z Wykonawcą w zakresie wszystkich możliwych odstępień Zamawiającego od Umowy. Nie wiadomo na jakich zasadach i w jakim procencie wykonawcy mają wyliczać swoje wynagrodzenie w sytuacji gdy dojdzie do odstąpienia od umowy w wybranym zakresie. Ponieważ Odwołujący nie jest gospodarzem Postępowania nie proponuje odpowiednich zapisów wskazując, iż dokumentacja tym zakresie zawiera istotne braki.

Wykonawca wobec jasno wydanych pozwoleń na budowę i ustalonego sposobu wykonania zamówienia żąda usunięcia także w § 1 ust 10 w brzmieniu:

Podano w ust. 4 oraz w Załącznikach do umowy długości gazociągów są szacunkowe i mogą ulec zmianie, w szczególności w przypadku zmiany uwarunkowań formalno—prawnych, terenowych i/lub środowiskowych; Stwierdzona na etapie odbiorów różnica długości wybudowanych gazociągów nieprzekraczająca 1,5% podanej długości nie stanowi zmiany umowy, w tym w szczególności nie stanowi podstawy do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, za wyjątkiem przypadków w których zamawiający odstąpił od umowy w zakresie określonym w ust 6 lub ust 7.

2 ust 1 pkt 7b wzoru umowy

Zamawiający żąda wyceny prac związanych z wycinką drzew lecz zaniechał przekazania wraz z dokumentacją planu gospodarki zielenią wraz z szczegółową inwentaryzacją drzew i krzewów do wycinki wraz z planami nasadzeń. Inwentaryzacja drzew i krzewów, jest elementem obligatoryjnym kalkulacji kosztu wycinki jaki powinien być uwzględniony w ofercie. Odwołujący żąda więc wskazania owej inwentaryzacji lub innych dokumentów/zestawień/planów/projektów, które będą podstawą do oszacowania kosztów związanych z wycinką.

Odwołujący wniósł w związku z powyższym o nadanie brzmienia pkt 7b):

Wykonawca uzyska w imieniu i na rzecz Zamawiającego wymagane przez przepisy prawa decyzje, zezwolenia itd. dotyczące ochrony środowiska, których posiadanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania Umowy, w tym również dokona stosownych uzgodnień z właściwymi organami w przypadku wszelkiej ingerencji w zieleń (drzewa, krzewy, trawniki

itp.) lub kolizji na trasie sieci gazowej z drzewostanem w oparciu o przekazaną Wykonawcy inwentaryzację drzew i krzewów na etapie postępowania przetargowego.

§ 2 ust 1 pkt 9 wzoru umowy

Zamawiający żąda poniesienia wszystkich kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, opłat administracyjnych i skarbowych niezastrzeżonych w sposób jednoznaczny do poniesienia przez Zamawiającego.

Przy czym w dokumentacji postępowania nie jasno jest opisany podział ryzyk i kosztów, jakie obciążają wykonawcę. W szczególności z zapisów umowy i OPZ nie da się wywieść czy koszty odszkodowań płaconych właścicielom nieruchomości ponosi Zamawiający czy wykonawca. Jeżeli ten drugi to wycena poszczególnych wykonawców i wycena ryzyka będzie nieporównywalna a oferty będą się różniły i wykazywały horrendalnie wysokie kwoty. Nie jest normą w żadnym tego typu przetargu, aby koszty wykupu nieruchomości jak i sama procedura wykupu była przeprowadzana przez wykonawcę robót budowlanych. Stąd też wykonawca wnosi o zmianę zapisu poprzez dodanie zdania:

„poniesienia wszystkich kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, opłat administracyjnych i skarbowych niezastrzeżonych w sposób jednoznaczny do poniesienia przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega, że wykonawca nie będzie ponosił kosztów wykupu nieruchomości, kosztów ewentualnych odszkodowań za zajęcie nieruchomości na potrzeby wykonania robót, w tym pasa montażowego niezbędnego do realizacji robót jak również kosztów z tytułu ustanowienia służebności przesyłu.

oraz wprowadzenie odpowiednich zapisów w pozostałej części dokumentacji tak, aby wyżej wymienione czynniki kosztotwórcze nie obciążały wykonawcy.

§ 2 ust 2 pkt 4 wzoru umowy

Zamawiający wymaga prowadzenia Robót wyłącznie na nieruchomościach, co do których uzyskana została zgoda właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy na ich prowadzenie, zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał jednak dołączenia wykazu nieruchomości, dla których uzyskana została zgoda a więc jest brak owej "informacji przekazanej przed

Zamawiającego". Uniemożliwia to właściwe przygotowanie i kalkulację oferty. Odwołujący wnosi o nadanie brzmienia powyższemu zapisowi:

- 4) prowadzenia Robót wyłącznie na nieruchomościach, co do których uzyskana została zgoda właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy na ich prowadzenie, zgodnie z wykazem i treścią tych zgód informacją przekazanych przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego,

§ 2 ust 2 pkt 9g wzoru umowy

Wykonawca zobowiązany jest do wykonania rozbiórki nawierzchni, wykopów z wywozem ziemi, a po zakończeniu robót ziemnych doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego w tym: odtworzenia nawierzchni utwardzonych, nasadzeń i trawników itp., zgodnie z wytycznymi zarządcy, użytkownika wieczystego lub właściciela terenu. Zamawiający zaniechał jednak przekazania inwentaryzacji w zakresie nasadzeń stąd niemożliwa jest wycena oferty w tym zakresie. Odwołujący żąda dołączenia dokumentów/informacji z których będą wynikać wskazane w postanowieniu wytyczne i nadania postanowieniu brzmienia:

9g) wykonania rozbiórki nawierzchni, wykopów z wywozem ziemi, a po zakończeniu robót ziemnych doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego w tym: odtworzenia nawierzchni utwardzonych, nasadzeń i trawników itp., zgodnie z wytycznymi zarządcy, użytkownika wieczystego lub właściciela terenu, w zakresie zgodnym z treścią zawartych porozumień i przekazanych przez Zamawiającego Wykonawcy na etapie postępowania przetargowego.

§ 2 ust 2 pkt 9h wzoru umowy oraz pkt 6.10 OPZ- jako Załącznik nr 1 do SIWZ i Umowy

Wykonawcy nie są znane kwoty wyliczone przez właścicieli nieruchomości lub też te, które mogą być wyliczone na etapie realizacji. Żaden racjonalny Wykonawca nie zobowiąże się do poniesienia kosztów niemożliwych do oszacowania na etapie przygotowania oferty. Przedmiot zamówienia jest nieprecyzyjnie opisany wobec czego odwołujący wnosi o usunięcie fragmentu „poniesienia opłat w związku z zajęciem terenu na czas realizacji Przedmiotu Umowy w wysokości wyliczonej przez właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcę terenu” lub udostępnienie dokumentów z określeniem kosztów opłat jakie Wykonawca ma uwzględnić w ofercie. Podobnie wykonawca wnosi o usunięcie takiego wymogu w reszcie dokumentacji w tym w pkt 6.10 OPZ poprzez nadaniu mu wyłącznie brzmienia „Uzyskania pozwoleń i uiszczania wszelkich opłat za zajecie pasa ruch drogowego od zarządców dróg”

§ 2 ust 2 pkt 9m wzoru umowy

Zamawiający nie udostępnił umów i uzgodnień z ww. podmiotami. Wykonawca nie ma możliwości wyliczenia kosztu robót czy innych zobowiązań wynikających z umów z właścicielami. W celu prawidłowego określenia zobowiązania w ofercie jak i jej wyceny Odwołujący żąda udostępnienia umów lub uzgodnień z właścicielami lub innego określenia zakresu robót [np. określenia rzeczowego lub ograniczenia procentowego w stosunku do całości umowy) i nadaniu pkt 9m brzmienia:

m) do wykonania uzgodnionych z właścicielem, użytkownikiem wieczystym lub zarządcą terenu,, które zostały określone w umowach, decyzjach i uzgodnieniach z w/w podmiotami, które to umowy decyzje i uzgodnienia zostały przekazane Wykonawcy na etapie postępowania przetargowego

§ 2 ust 3 pkt 2 wzoru umowy

Odwołujący uważa za nadmierny i niekompatybilny z treścią ustalonej i przekazanej specyfikacji technicznej robót obowiązek uzyskiwania zgody na zakup materiałów. Taka zgoda może być wymagana w przypadku zmiany dokumentacji projektowej, w tym rozwiązań zamiennych lub równoważnych. Rozciąganie takiego obowiązku na materiały ustalone z góry jest wyrazem nadmiernego formalizmu, co przełoży się na brak sprawności i efektywności realizowanego zamówienia.

Odwołujący wniósł o następujące ukształtowanie zapisu:

2) jeżeli Wykonawca zamierza dokonać zakupów materiałów równoważnych lub zmienionych w stosunku do pierwotnej Dokumentacji będącej postawą udzielenia zamówienia to przed ich zakupem materiałów Wykonawca zobowiązany jest do wystąpienia na piśmie do Zamawiającego o wyrażenie zgody na zakup tych materiałów; Zamawiający udzieli pisemnie pod rygorem nieważności zgody na zakup materiałów w terminie 10 (słownie: dziesięciu) Dni roboczych od dnia wystąpienia przez Wykonawcę o wyrażenie zgody; Zamawiający nie ponosi kosztów materiałów nabytych przez Wykonawcę bez zgody Zamawiającego.

§ 2 wzoru umowy poprzez dodanie w nim ustępu punktu o treści: sporządzenia oraz przekazania Zamawiającemu i Wykonawcy Nadzoru Inwestorskiego, w terminie 90 dni od dnia zawarcia Umowy (a w zakresie obiektów typu: zespół zaporowo- upustowy, śluza

nadawcza łub odbiorcza tłoka - w terminie 120 dni), szczegółowego raportu z Dokumentacji Przetargowej, wraz ze wskazaniem ewentualnych błędów (braków, sprzeczności, nieprawidłowości, nieodpowiedniości lub innych przeszkód, w tym w zaprojektowanych rozwiązaniach materiałowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych), które wpłyną łub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji Inwestycji zgodnie z Umową łub Harmonogramem bazowym, z uwzględnieniem analizy Terenu Budowy, z zastrzeżeniem, że Wykonawca nie jest zobowiązany do dokonywania badań odkrywkowych.

§ 4 wzoru umowy poprzez dodanie pkt 8 w brzmieniu:

8) posiadania i przekazania Wykonawcy umów i porozumień z właścicielami/użytkownikami/zarządcami nieruchomości, niezbędnych na potrzeby realizacji zamówienia.

§ 7 ust. 2 wzoru umowy

Odwołujący wskazał, że Zamawiający faktycznie na etapy końcowe związane z próbami tj. po wykonaniu całości inwestycji pozostawia 30 % wynagrodzenia umownego. Taki podział wynika z § 7 ust 2 wzoru umowy w związku z Harmonogramem TRF (Załącznik nr 2 do umowy). Harmonogram przewiduje, że próby ciśnieniowe, na które pozostawiono aż 10 % wartości wynagrodzenia mogą być przeprowadzane w tej samej dacie co odbiór techniczny wybudowanych gazociągów. Faktycznie jednak próby ciśnieniowe, odbiór techniczny i odbiór końcowy są czynnościami zamykającymi realizację inwestycji, przy czym całe spektrum zadań związanych z wybudowaniem i uruchomieniem gazociągów odbywa się na wcześniejszych etapach. Tym samym faktyczne pozostawienie 30 % wynagrodzenia wykonawcy na etapy końcowe jest sprzeczne z art. 143 a ust 3 ustawy Pzp i narusza równowagę ekonomiczną w sposób rażąco niekorzystny dla wykonawcy. W takim układzie płatności wykonawca zmuszony jest kredytować inwestycję, co jest sprzeczne z zasadami kontraktowania w tego typu umowach. W związku z tym Odwołujący wnosi o zmianę zapisów w następujący sposób:

2. Wynagrodzenie płatne będzie w częściach, z zastrzeżeniem że:

- 1) 90 % wynagrodzenia płatne będzie po wykonaniu i podpisaniu bez zastrzeżeń protokołów odbiorów częściowych, na podstawie prawidłowo sporządzonych faktur częściowych,
- 2) 5 % wynagrodzenia płatne będzie po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego, na podstawie prawidłowo sporządzonej faktury,

3) 5 % wynagrodzenia płatne będzie po wykonaniu i podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy, na podstawie prawidłowo sporządzonej faktury końcowej.

oraz o zmianę w Załączniku nr 2 Wzór Harmonogramu TRF:

poz.1.4 Próby ciśnieniowe wybudowanych gazociągów (infrastruktury technicznej] wraz z przygotowaniem protokołów z przeprowadzonych prób. Wartość netto wynagrodzenia [%] - 3%

poz.1.3 Ułożenie gazociągu w wykopie wraz z zasypaniem i uporządkowaniem terenu - podwyższenie etapu realizacji o 17% czyli zmiana do 46 % wartości netto wynagrodzenia [%] W ten sposób zmieniony TRF (rozliczenie płatności) odzwierciedla płatności zgodnie z rzeczywistym postępowaniem prac i nie generuje u Wykonawcy wyjątkowo niekorzystnych przepływów pieniężnych i konieczności finansowania inwestycji w prawie całym okresie realizacji.

Odwołujący wniósł także o dodanie do §7 postanowienia dotyczącego wypłaty zaliczki Wykonawcy w wysokości 10% (rozliczanej proporcjonalnie z każdej faktury) potrzebnej na wypłatę zaliczek podwykonawcom-dostawcom materiałów w tym rur koniecznych do realizacji inwestycji.

§15 ust 3 pkt 3i wzoru umowy:

Zamawiający wskazuje na możliwość zmiany terminu w przypadku konieczności zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich - w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania Umowy, z całokształtu umowy nie da się wieść, kto ponosi takie koszty związane z zaspokojeniem roszczeń lub oczekiwań osób trzecich i jaka będzie ich wysokość. Mając na zasadzie cywilistyczny rozkład ryzyka, ewentualne roszczenia osób trzecich nie powinny obciążać wykonawcę, wobec czego Odwołujący żąda jednoznacznego stwierdzenia, że koszty te ponosić będzie Zamawiający poprzez nadanie brzmienia:

konieczność zaspokojenia roszczeń lub oczekiwań osób trzecich przez Zamawiającego- w tym grup społecznych lub zawodowych nie artykułowanych lub niemożliwych do jednoznacznego określenia w chwili zawierania Umowy,

§ 15 ust 4 wzoru umowy poprzez dodanie pkt d) w brzmieniu: d)w przypadku wydłużenia terminu realizacji umowy z powodu braku koniecznych do realizacji umów czy porozumień z właścicielami nieruchomości, przy czym zawarcie tych umów i porozumień jest obowiązkiem Zamawiającego

ppkt 6.13 OPZ - załącznik nr 1 do SIWZ i Umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

Uzyskania zezwoleń na ewentualne usunięcie drzew i krzewów wraz z przygotowaniem niezbędnych do tego celu dokumentów i opracowań włącznie z uzyskaniem zgód właścicieli nieruchomości na wycinkę drzew oraz pokrycia kosztów związanych z ewentualnym usunięciem drzew i krzewów, zgodnie z inwentaryzacją drzew i krzewów przekazaną przez zamawiającego na etapie postępowania przetargowego, z wyłączeniem opłat administracyjnych wynikających z decyzji o zezwoleniu na usunięcie drzew i krzewów (opłaty administracyjne pokrywa Zamawiający) jak również ewentualnych odszkodowań za wycinkę dla właścicieli nieruchomości. Odszkodowania te, ujęte będą operatach szacunkowych wyceny szkód wyrządzonych w trakcie budowy wykonanych przez uprawnionego rzeczoznawcę na zlecenie Zamawiającego.

ppkt 7.5 OPZ

Zamawiający żąda respektowania zapisów zawartych w umowach pomiędzy właścicielami działek a Zamawiającym/Inwestorem nie przekazując tych umów ani wytycznych w tym zakresie. Odwołujący wnosi zatem o przestawienie umów z właścicielami lub określenia zasad wejścia na tereny ich działek, których koszty mają być uwzględnione w cenie oferty. Umowy te powinny zostać udostępnione przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego. Odwołujący wniosł zatem o ustalenia następującego brzmienia zapisu:

Respektowania zapisów zawartych w umowach wejścia w teren zawartych pomiędzy właścicielami wszystkich działek, na których planowane jest prowadzenie robót, a Zamawiającym/Inwestorem i przekazanych na etapie postępowania przetargowego.

Ponadto z uwagi na nieprecyzyjnie opisany przez zamawiającego zakres zamówienia Wykonawca wnosi o doprecyzowanie i jednoznaczne określenie długości odcinków wraz z podaniem lokalizacji wraz z stosownym uzupełnieniem dokumentacji projektowej. Do dokumentacji został dołączony Schemat poglądowy gazociągu Parszów - Masłów, jakkolwiek odcinki gazociągu tam wskazane nie pokrywają się z Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia. Nie zostały również podane dokładne długości (kilometraż) poszczególnych odcinków będących w zakresie Inwestycji.

Przykładowo w gminie Zagnańsk wg Schematu należy wykonać 6,2 km gazociągu ND 300, natomiast wg Szczegółowego Opisu Zamówienia, pkt 1 ppkt 1.6 i 1.9 do wykonania jest 3,8 km gazociągu DN 300, 0,45 km DN 100. Dodatkowo na owym schemacie np. jest pokazany odcinek gazociągu przebiegający przez miasto Kielce od SRP Masłów - do SRP Loefflera - jednak brak jednoznacznej informacji czy odcinek jak również SRP Loefflera jest w zakresie przedmiotu zamówienia, itd.

Dodatkowo zgodnie z § 1 ust. 7 wzoru umowy „Zamawiający jest uprawniony do jednostronnego odstąpieniu od umowy w części dotyczącej rurociągu potrzebnego dla zabudowy układu zaporowo - upustowego wraz z armaturą odcinającą w celu przyłączenia PGE Energia Ciepła S.A., Oddział Elektrociepłownia w Kielcach. Wykonawca nie znajduje dokładnego opisu zakresu tego odcinka jak również dokumentacji projektowej.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba ustaliła, że w pkt 3 SIWZ Zamawiający określił przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest budowa, dokonanie niezbędnych sprawdzeń i rozruchów oraz oddanie do użytkowania gazociągów wysokiego ciśnienia DN 300 o długości ok. 33,9 km oraz DN 100 o długości około 1,25 km wraz z infrastrukturą towarzyszącą stanowiące Zadanie nr 2 przedsięwzięcia inwestycyjnego pn. „Budowa gazociągu relacji Lubienia – Masłów oraz gazociągu relacji Mójcza - Kielce”.

Zamówienie jest częścią projektu „Budowa gazociągu relacji Lubienia – Masłów oraz gazociągu relacji Mójcza - Kielce” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego na lata 2014-2020 w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, działanie 7.1 Rozwój inteligentnych systemów magazynowania, przesyłu i dystrybucji energii, umowa o dofinansowanie Nr POIS.07.01.00-00-0012/16-00 z dnia 29.03.2018 r.

W pkt 3.4 SIWZ Zamawiający wskazał, przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

- 1) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Wąchock o długości około 0,8 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 2) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 12,0 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 3) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,9 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 4) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Łączna o długości około 6,3 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 5) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Łączna o długości około 0,2 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 6) budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Zagnańsk o długości około 3,8 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 7) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Masłów o długości około 9,9 km wraz z budową kabla światłowodowego;
- 8) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 100 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,8 km wraz z budową kabla światłowodowego;

Zamawiający zastrzega sobie, w przypadku nie uzyskania pozwolenia na budowę możliwość jednostronnego odstąpieniu od umowy w części określonej w punkcie 3.4.6) i w punkcie 3.4.13) oraz Zamawiający zastrzega sobie, w przypadku potrzeby przyłączenia do sieci PGE Energia Ciepła S.A., Oddział Elektrociepłownia w Kielcach, możliwość jednostronnego odstąpienia od umowy w części dotyczącej rurociągu niezbędnego dla zabudowy układu zaporowo - upustowego wraz z armaturą odcinającą w celu wykonania ww. przyłączenia

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia.

W pkt 1 Podstawowy zakres zamówienia Zamawiający wskazał:

- 1.1 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Wąchock o długości około 0,8 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.2 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 12,0 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.3 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,9 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.4 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Łączna o długości około 6,3 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.5 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Łączna o długości około 0,2 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.6 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Zagnańsk o długości około 3,8 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.7 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Masłów o długości około 9,9 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.8 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 100 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów o długości około 0,8 km wraz z budową kabla światłowodowego
- 1.9 Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN 100 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Zagnańsk o długości około 0,45 km wraz z budową kabla światłowodowego.
- 1.10 Budowa śluzy nadawczo – odbiorczej tłoka wraz z budową drogi dojazdowej i zagospodarowaniem terenu na terenie gminy Wąchock.
- 1.11 Budowa układu zaporowo- upustowego na gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów.
- 1.12 Budowa dwóch układów zaporowo – upustowych na gazociągu wysokiego ciśnienia DN 100 PN 6,3 MPa MOP 6,0 MPa na terenie gminy Suchedniów.
- 1.13 Budowa kabla światłowodowego o długości około 2,5 km wzdłuż istniejącego gazociągu w/c DN 300 na terenie gminy Zagnańsk.
- 1.14 Przebudowa kabla światłowodowego o długości około 0,25 km w m. Dąbrowa gm. Masłów.

- 1.15 Przebudowa kabla światłowodowego o długości około 0,45 km w m. Dąbrowa gm. Masłów.
- 1.16 Budowę systemu ochrony katodowej.

W pkt 2 Zamawiający zawarł listę ostatecznych decyzji o pozwoleniu na budowę. Zamawiający wymienił 11 decyzji. Zamawiający jednocześnie wskazał, że stara się o uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę dla zakresu określonego w punktach 1.3, 1.5 i 1.6. Planowana data uzyskania pozwoleń na budowę 31.12.2020 r. Zamawiający stara się o uzyskanie zgłoszenia rozpoczęcia robót budowlanych dla zakresów określonych w punktach 1.13., 1.14., 1.15. Planowana data uzyskania prawomocnego zgłoszenia rozpoczęcia robót – 31.12.2020 r.

W załączniku nr 6 do SIWZ, Zamawiający zawarł wzór umowy. Postanowienia zakwestionowane przez Odwołującego w treści odwołania dotyczące wzoru umowy zostały przytoczone w sposób prawidłowy. W ocenie Izby nie ma potrzeby ponownego przytaczania ich w treści uzasadnienia wyroku.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących następujących postanowień wzoru umowy: §1 ust. 10, §2 ust. 1 pkt 7b, §2 ust. 1 pkt 9, §2 ust. 2 pkt 4, §2 ust. 2 pkt 9g, §2 ust. 2 pkt 9h, §2 ust. 2 pkt 9 m, n, §2 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy, §4 pkt 8, §15 ust. 3 pkt 3i, §15 ust. 4 oraz w zakresie ppkt 6.13 i 7.5 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Podczas posiedzenie z udziałem stron, pełnomocnik

Odwołującego złożył do protokołu oświadczenie o cofnięciu ww. zarzutów.

W ocenie Izby rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego wyrażono identyczne stanowisko w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Odwołanie co do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu podlegało oddaleniu.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zaś wykonawcy jest dokonanie analizy dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego. W przypadku zaś stwierdzenia nieprawidłowości czy niejasności w treści udostępnianej dokumentacji, wykonawca ma prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej i weryfikacji przyjętych przez zamawiającego rozwiązań. Zaznaczyć przy tym należy, że obowiązkiem wykonawcy jest jasne i precyzyjne wskazanie czego konkretnie nie zawiera dokumentacja przetargowa przekazana przez Zamawiającego i w jaki sposób owe uchybienia naruszają przepisy ustawy Pzp. W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, Odwołujący takich konkretnych i zindywidualizowanych nieprawidłowości w zakresie przekazanej przez Zamawiającego

dokumentacji przetargowej nie wykazał. Zdaniem Izby ogóle odczucie wykonawcy co do niesprawiedliwego podziału ryzyka biznesowego czy też generalne stwierdzenia o błędach w dokumentacji przetargowej nie mogą stanowić podstawy do uznania przez Izbę naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

Zarzut dotyczący §1 ust. 5 wzoru umowy

W ocenie Izby nie ma podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były wyartykułowane w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W kontekście powyższych rozważań oraz zarzutu sformułowanego przez Odwołującego dotyczącego zapisów zawartych w §1 ust. 5 wzoru umowy, wskazać należy po pierwsze, iż

zarzut Odwołującego oraz przywołane przez niego okoliczności faktyczne dotyczą wyłącznie pozwoleń, które nie zostały jeszcze uzyskane przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem w SIWZ – OPZ pkt 2 wskazał, że stara się o uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę dla zakresu określonego w punktach 1.3, 1.5 i 1.6. Planowana data uzyskania pozwoleń na budowę 31.12.2020 r. Zamawiający stara się o uzyskanie zgłoszenia rozpoczęcia robót budowlanych dla zakresów określonych w punktach 1.13., 1.14., 1.15. Planowana data uzyskania prawomocnego zgłoszenia rozpoczęcia robót – 31.12.2020 r.

Zarzut Odwołującego oraz jego zakres, w ocenie Izby, odnosił się wyłącznie do brakujących pozwoleń, o których mowa ww. punktach SIWZ. Argumentacja Odwołującego oraz przywołane przez niego okoliczności faktyczne uzasadniające słuszność zarzut nie odnoszą się w żaden sposób do posiadanych już przez Zamawiającego pozwoleń i ich ewentualnej ważności. W żadnym miejscu Odwołujący nie formułuje zarzut dotyczącego listy pozwoleń zawartych w pkt 2 OPZ.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, że żądanie zmiany SIWZ jest ściśle skorelowane z treścią zarzut. Skoro zatem treść zarzutu Odwołującego odnosiła się wyłącznie do brakujących decyzji i zgłoszeń, to nie ma podstaw to uwzględnienia żądania Odwołującego co do decyzji, którymi Zamawiający już dysponuje. Podkreślić należy, że Odwołujący w treści odwołania nie przywołał żadnych konkretnych okoliczności, z których wynikałaby rzekoma nieaktualność posiadanych przez Zamawiającego decyzji wskazanych w SIWZ, nie wskazał, które konkretnie decyzje są nieaktualne i na jakiej podstawie opiera zasadność swoich twierdzeń. Jak Izba wskazał powyżej, treść zarzutu musi być skonkretyzowana poprzez przywołanie okoliczności faktycznych uzasadniających słuszność twierdzeń wykonawcy. Z treści zarzutu postawionego przez Odwołującego dotyczącego zapisów §1 ust. 5 umowy wynika, iż w OPZ dla części odcinków brakuje odpowiednich pozwoleń na budowę oraz zgłoszeń, a w związku z tym wykonawca wnosi, aby zmienić zapisy wzoru umowy w tym zakresie. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż dokonana zmiany wzoru umowy. Treść zaproponowanych zmian koreluje z treścią zarzut postawionego przez Odwołującego. Izba w tym zakresie nie znajduje podstaw do uwzględnienia stanowiska Odwołującego dotyczącego żądania wprowadzenia w treści wzoru umowy proponowanych zapisów. W ocenie Izby Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wskazał we wzorze umowy wszystkie odcinki dla których brakuje pozwoleń na budowę lub zgłoszeń rozpoczęcia robót budowlanych oraz skutków, w tym podziału odpowiedzialności, za brak uzyskania takich zgód i pozwoleń. W ocenie Izby, w okolicznościach sprawy nie ma podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego w zakresie zaproponowanych zmian w SIWZ.

Zarzut dotyczący wprowadzenia w §2 wzoru umowy zapisów: „sporządzenia oraz przekazania Zamawiającemu i Wykonawcy Nadzoru Inwestorskiego, w terminie 90 dni od dnia zawarcia Umowy (a w zakresie obiektów typu: zespół zaporowo- upustowy, śluza nadawcza lub odbiorcza tłoka - w terminie 120 dni), szczegółowego raportu z Dokumentacji Przetargowej, wraz ze wskazaniem ewentualnych błędów (braków, sprzeczności, nieprawidłowości, nieodpowiedniości lub innych przeszkód, w tym w zaprojektowanych rozwiązaniach materiałowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych), które wpłyną lub mogą niekorzystnie wpłynąć na proces realizacji Inwestycji zgodnie z Umową lub Harmonogramem bazowym, z uwzględnieniem analizy Terenu Budowy, z zastrzeżeniem, że Wykonawca nie jest zobowiązany do dokonywania badań odkrywkowych”.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Po pierwsze, Odwołujący w żaden sposób nie uzasadniał w treści odwołania konieczności wprowadzenia ww. zmiany we wzorze umowy, jak również nie wskazał w jaki sposób brak ww. klauzuli narusza przepisy ustawy Pzp. Izba w tym zakresie przywołuje swoje stanowisko wyrażone powyżej dotyczące prawidłowego sposobu formułowania zarzutów. Zarzut nie może polegać na zaproponowaniu przez wykonawcę jakiegoś zapisu do wzoru umowy bez jakiegokolwiek odniesienia do naruszenia regulacji ustawy Pzp czy uzasadnienia do jego wprowadzenia. To obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie Izbie jakie przepisy zostały naruszone. Takiego naruszenia Odwołujący nie wykazał. Na marginesie wskazać należy, że przewołany przez Odwołującego na rozprawie zapis §1 ust. 9 wzoru umowy odnosi się do dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do czasu zawarcia umowy. Jeśli Odwołujący na etapie udostępnienia tej dokumentacji ma zastrzeżenia co do jej treści, to ustaw Pzp umożliwia mu złożenie odwołania co do treści dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego. Jednakże obowiązkiem wykonawcy jest wskazanie konkretnych zapisów niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, nie zaś ogólnikowe stwierdzenia, że jakieś proponowane zapisy powinny być wprowadzone do umowy przez Zamawiającego, z bliżej nieokreślonych przyczyn.

Zarzut dotyczący §7 ust. 2 wzoru umowy

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. W istocie zarzut Odwołującego sprowadzał się do modyfikacji postanowień zawartych we wzorze umowy dotyczących przyjętego przez Zamawiającego harmonogramu płatności w celu przerzucenia na Zamawiającego większego ryzyka związanego z kredytowaniem inwestycji. Sam Odwołujący potwierdził podczas rozprawy, że zapisy dotyczące harmonogramu płatności formalnie naruszają przepisów ustawy Pzp, w tym przywoływanego art. 143a ustawy Pzp, a jedynie wpływają na podział ryzyka związanego z kredytowaniem inwestycji. W tym zakresie Izba wskazuje, że po

pierwsze, wykonawca obliczając koszty realizacji zamówienia ma możliwość obliczenia i uwzględnienia w kosztach realizacji zamówienia również kosztów jego kredytowania przez instytucje zewnętrzną. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego przejęcia ryzyka związanego z kredytowaniem kosztów realizacji zamówienia. Po drugie, ponownie Izba podkreśla, że obowiązkiem wykonawcy było wykazanie zasadności podniesionego zarzutu poprzez przywołanie i udowodnienie okoliczności faktycznych uzasadniających jego stanowisko. Zarzut zaś Odwołującego sprowadzał się do jednozdaniowego stwierdzenia, że próby ciśnieniowe, odbiór techniczny i odbiór końcowy to *de facto* ten sam końcowy etap realizacji inwestycji. Jak wskazał jednakże Zamawiającego, próby ciśnieniowe stanowią istotny element potwierdzający prawidłowość realizacji inwestycji. Zamawiający ma prawo określenia harmonogramu płatności w ten sposób, aby zabezpieczyć swoje interesy poprzez wstrzymanie określonej części wynagrodzenia do etapu faktycznej weryfikacji poprawności jego wykonania. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że zaproponowany podział płatności mobilizuje wykonawcę do prawidłowej i terminowej realizacji inwestycji. Zdaniem Izby, sposób w jaki Zamawiający ukształtował podział płatności nie narusza przepisów ustawy Pzp. Zamawiający 10% wynagrodzenia przewidział na etap podpisania protokołu odbioru końcowego. Czynności poprzedzające ten etap inwestycji łączą się z określonym ryzykiem nieprawidłowego wykonania zamówienia przez wykonawcę, zaś Zamawiający ma prawo chronić się przed takim ryzykiem poprzez zaproponowany podział płatności wynagrodzenia.

Zarzut dotyczący braku podania konkretnych odcinków gazociągu, ich lokalizacji i błędów w dokumentacji projektowej

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. Odwołujący twierdzi, iż opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny z uwagi na brak podania długości odcinków i ich lokalizacji oraz z uwagi na błędy w dokumentacji projektowej. Izba wskazuje jednakże, że Zamawiający w treści dokumentacji projektowej podał ogólną długość gazociągu jaką wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji inwestycji. Zamawiający przedłożył dokumentację projektową obrazującą lokalizację odcinków. Odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu, nie przedstawił również żadnej szczegółowej analizy dlaczego na podstawie ww. informacji przekazanych przez Zamawiającego nie może wycenić przedmiotu zamówienia i w jaki sposób doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w treści zarzutu powołał się na nieścisłości dotyczące jednego ze schematów i w tym zakresie Zamawiający dokonał zmiany w treści SIWZ. Odwołujący nie wskazał na żadne inne konkretne braki czy nieprawidłowości dokumentacji projektowej w odniesieniu do pozostałych odcinków gazociągu jakie mają być zrealizowane w ramach zamówienia. Słuszność ma w tym zakresie

Zamawiający wskazując, iż może odnieść się i dokonywać zmian SIWZ tylko w odniesieniu do konkretnych elementów planowanego gazociągu i konkretnych błędów czy też nieścisłości dokumentacji projektowej. Ogólne zaś stwierdzenie Odwołującego o bliżej nieokreślonych nieścisłościach i brakach nie może być uznane za prawidłowo sformułowany zarzut w stosunku do Zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii rurociągu potrzebnego dla zabudowy układu zaporowo – upustowego wraz z armaturą odcinającą w celu przyłączenia PGE Energia Ciepła S.A., to Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny. Wskazać należy, że Zamawiający określił w SIWZ przybliżoną długość gazociągu. Przewidział mechanizm regulacji wynagrodzenia w przypadku, gdyby tak długość ulegała zmianie. Każdy z wykonawców wyceniać więc będzie wartość robót w oparciu o długość gazociągu określoną przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał jakie konkretnie informacje nie zostały przekazane przez Zamawiającego, które uniemożliwiają sporządzenie wyceny przedmiotu zamówienia i skutkują naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekała jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b 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, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: