

Sygn. akt: KIO 852/23

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Elżbieta Dobrenko**

Marek Bienias

Piotr Kozłowski

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1-6,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża **Polski Związek Pracodawców Budownictwa** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa** na rzecz **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie

Zamawiający Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinku od dworca Zachodniego do węzła z ul. Grójecką, Numer referencyjny: DWZ/176/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 17 marca 2023 r. pod pozycją 2023/S 055-163751.

W dniu 27 marca 2023 r. Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej postępowania, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, tj.:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw.

z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ramach warunków udziału w Postępowaniu (pkt 5.1.2.2. SWZ) oraz kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia kadry kierowniczej (pkt 16.2.2. SWZ) nieuzasadnionego ograniczenia czasowego dla nabywania wymaganych kompetencji, co stanowi postanowienie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące wykonawców i naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji – zarzut nr 1,

2) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 – 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji dotyczącej Postępowania – zarzut nr 2,

3) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w definiowaniu

zakresu przedmiotowego zamówienia poprzez użycie sformułowań kreujących otwarty katalog obowiązków nałożonych na wykonawców – zarzut nr 3,

- 4) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez definiowanie obowiązków nałożonych na wykonawców poprzez zdarzenia przyszłe, których wystąpienia wykonawcy nie są w stanie przewidzieć na obecnym etapie, bez jednoczesnego przewidzenia jednoznacznych mechanizmów kontraktowych pozwalających na ocenę wpływu tych zdarzeń na zakres i termin realizacji, co stanowi postanowienie zaburzające równowagę stron i prowadzące do nadużycia własnego prawa podmiotowego, czyniące nadto opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnych, a wycenę ofertową spekulacyjną – zarzut nr 4,
- 5) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wymagania tych przepisów, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej i prawidłowo skalkulowanej ceny ofertowej, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający porównywalność złożonych ofert – zarzut nr 5,
- 6) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w definiowaniu zakresu przedmiotowego zamówienia poprzez użycie sformułowań rozszerzających w sposób nieuprawniony katalog obowiązków nałożonych na wykonawców – zarzut nr 6,
- 7) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 – 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji

opisującej przedmiot zamówienia oraz w nieuzasadnionym rozszerzeniu obowiązków kontraktowych wykonawców w oparciu zdarzenia przyszłe i niepewne – zarzut nr 7.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ oraz ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wskazał w odniesieniu do:

- I. naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ramach warunków udziału w Postępowaniu (pkt 5.1.2.2. SWZ) oraz kryterium oceny ofert**
- w zakresie dotyczącym doświadczenia kadry kierowniczej (pkt 16.2.2. SWZ) nieuzasadnionego ograniczenia czasowego dla nabywania wymaganych kompetencji, co stanowi postanowienie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nadmierne dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie dyskryminujące wykonawców i naruszające zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji – zarzutu nr 1:**

Zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego (pkt 5.1.2.2. SWZ) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują następującymi osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia publicznego i które posiadają doświadczenie (nabyte w okresie ostatnich 8 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert) oraz uprawnienia w podanych niżej specjalnościach (...). Analogiczne ograniczenie czasowe dla nabywania wymaganego doświadczenia, Zamawiający wprowadził równocześnie – za pośrednictwem zmiany treści SWZ nr 1 z dnia 24.03.2023 r. – do kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Kierowników”, zdefiniowanego w pkt 16.2.2. SWZ, wskazując w nim co następuje:

Podkryterium 1 - Doświadczenie Kierownika budowy (DKb)		
Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika budowy (nabyte w okresie ostatnich 8 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert). Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 3		
Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
-1-	-2-	-3-
1	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3	brak pkt
2	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 oraz posiada <u>dotatkowe</u> doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej* , o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: - pełną konstrukcję jezdni, - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***, przez okres 18 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu****)	1 pkt
3	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 3 oraz posiada <u>dotatkowe</u> doświadczenie zawodowe zdobyte pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót przy zrealizowaniu dwóch robót budowlanych* , każdej o wartości min. 40 mln PLN netto, obejmującej swoim zakresem budowę lub przebudowę drogi klasy co najmniej Z zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o liczbie ludności** min. 200 tys., w ramach której wybudowano lub przebudowano na długości co najmniej 500 m: - pełną konstrukcję jezdni, - skrzyżowanie z sygnalizacją świetlną***, przez okres 18 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu****)	3 pkt

Podkryterium 2 – Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKrd)		
Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (nabyte w okresie ostatnich 8 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert). Punkty zostaną przyznane zgodnie z poniższą tabelą, maksymalna liczba punktów: 2		
Lp.	Opis ocenianego doświadczenia	Liczba punktów
-1-	-2-	-3-
1	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4	brak pkt
2	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada <u>dotatkowe</u> doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych* , kierownika budowy lub kierownika robót drogowych* przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej** , której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym, o łącznej długości co najmniej 1000 mtp, w konstrukcji bezpodsytkowej, zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu***)	1 pkt
3	wskazana osoba spełnia warunek, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 ppkt 4 oraz posiada <u>dotatkowe</u> doświadczenie zdobyte pełniąc funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego robót drogowych* , kierownika budowy lub kierownika robót drogowych* przy zrealizowaniu dwóch robót budowlanych** , których przedmiotem każdej była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego z rozjazdem tramwajowym o łącznej długości co najmniej 1000 mtp w konstrukcji bezpodsytkowej zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta, przez okres 12 miesięcy, przez okres 12 miesięcy na każdej (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu***)	2 pkt

Określenie warunków udziału w postępowaniu, jak i opisanie kryteriów oceny ofert jest decyzją Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania ma uprawnienie do

ustanawiania wymogów w tym zakresie w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie zamierzonego celu, o tyle swoboda Zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru nieograniczonego. Po pierwsze, Zamawiający winien bowiem tak kształtować zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria oceny ofert aby pozwoliły mu one na wybór

i premiowanie takiego wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia i jednocześnie, którego oferta przedstawia konkretną przewagę, pozwalającą na ocenę, iż istotnie jest to oferta najlepsza z perspektywy warunków realizacyjnych danego zamówienia. Zamawiający ma jednocześnie obowiązek dostosować warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia, jest związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

a nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne

z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu. Zgodnie z tą zasadą formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny służyć zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. W przypadku kryteriów oceny ofert, uwzględniając zasadę proporcjonalności powinny być one z kolei określane w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a pomiędzy zawężeniem kręgu wykonawców z tego wynikającym, a korzyściami płynącymi z takiego opisanie tych kryteriów zachodzi rozsądna proporcja.

W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu podkreślenia wymaga, że poza art. 112 ust. 1 ustawy Pzp (wprost nakazującym zachowanie zasady proporcjonalności w Postępowaniu), zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie. Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do sztucznego

ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący wskazał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

1. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r., KIO 412/15:

Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy - w ocenie Izby - uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. KIO 2358/14:

Warunki udziału w postępowaniu służą wyborowi wykonawcy, który zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca zdolny do wykonania zamówienia to wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być sformułowane w taki sposób, aby do udziału w postępowaniu zostali dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie sprostać zamówieniu. Z drugiej strony, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ZamPublU, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia.

Ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny pozwolić na realne konkurowanie pomiędzy wykonawcami, a więc nie powinny z góry identyfikować oferty, która jest najlepsza. Każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia winien mieć szansę realnego konkurowania w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. Powyższe stanowisko znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej

Izby Odwoławczej: „określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji” (wyrok z 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1611/18). Podobnie również Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt XII Ga 152/12): Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio

i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji. Stwierdzenie, że takie potencjalne zagrożenie ma miejsce, a warunki oceny ofert nie dają realnej możliwości konkurowania z ofertą (...) SA legły u podstaw kwestionowanego orzeczenia Izby. Izba przy tym uznała za wystarczające argumenty przytoczone przez odwołującego, zaś argumenty zamawiającego oceniła jako niewystarczające, czemu dała wyraz w treści uzasadnienia wyroku. Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tutaj Sądowi, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów/ tu: głównie czasowych/ o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. (...) Chodzi bowiem o to, że siwz kierowane są do szerszego kręgu ewentualnych wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. Winny być więc skonstruowane w taki sposób aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów (...).

Zamawiający formułując tak warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria oceny ofert winien każdorazowo wziąć pod uwagę możliwości rynkowe ich spełnienia przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając, że przy obecnej sytuacji na rynku budowlanym w Polsce i agresywnej konkurencji cenowej, pozbawienie wykonawców możliwości uzyskania maksymalnej punktacji w ramach kryteriów pozacenowych de facto eliminuje ich z danego postępowania. Jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13): obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu i kryteriach oceny ofert narzucił czasookres nabywania doświadczenia przez osoby dedykowane do realizacji zamówienia.

O ile ustawodawca wprowadził ograniczenie czasookresu wiedzy i doświadczenia nabytych przez wykonawcę, o tyle takich ograniczeń nie wprowadził w przypadku wiedzy i doświadczenia zdobywanego przez poszczególne osoby. O ile oczywiście Zamawiający przy formułowaniu wymagań w każdym z postępowań posiada pewną swobodę, o tyle winien wziąć pod uwagę tę tendencję ustawodawcy, która uzasadniona jest o tyle, że w przypadku doświadczenia zdobywanego przez poszczególne osoby, wiedza i kompetencje z tego wynikające, bez względu na okres ich zdobywania, stanowią o charakterystyce danej osoby (nie występują w tym przypadku jakiegokolwiek rotacje jak w przypadku spółki, które mogłyby uzasadniać ten ograniczony czas zdobywanego doświadczenia). W przypadku doświadczenia wykonawcy, Zamawiający do formułowanych przez siebie wymagań podszedł bardziej „liberalnie” niż ustawodawca (wydłużając okres referencyjnego doświadczenia wykonawcy względem minimalnego wskazywanego w ramach Rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych), będąc więc znacznie bardziej restrykcyjnym od wymagań ustawodawcy jedynie w odniesieniu do doświadczenia kadry kierowniczej.

Pełne zaangażowanie kadry kierowniczej w realizację inwestycji o wskazanych przez Zamawiającego parametrach granicznych może każdorazowo wymagać co najmniej kilkuletniego zaangażowania. Wymaganie Zamawiającego, ograniczające do ostatnich 8 lat czasookres nabywanego doświadczenia, premiuje w sposób nieuzasadniony osoby, które na określonej inwestycji były tylko przez minimalnie określony przez Zamawiającego czas, albo były wpisane w dzienniki budowy kilku inwestycji jednocześnie – co nie ma przecież odpowiedniego przełożenia na posiadanie przez taką osobę realnego i kompleksowego doświadczenia w prowadzeniu całej inwestycji, na czym przecież Zamawiającemu powinno zależeć. Ograniczenie czasookresu zdobywanego doświadczenia eliminuje w istocie kierowników, którzy prowadzili poważne inwestycje przez kilkuletni okres realizacji danej inwestycji i zdobywania doświadczenia. Ograniczenie czasookresu nabywanego doświadczenia wyłącznie do ostatnich 8 lat, uwzględniając całość wymagań zdefiniowanych względem doświadczenia kadry kierowniczej, w tym okres zaangażowania w realizację każdej z inwestycji, determinuje, że iluzoryczną w zasadzie staje się możliwość uzyskania kompletu punktów w ramach kryteriów pozacenowych dotyczących doświadczenia kadry kierowniczej. Celem uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach pozacenowych kierownik budowy czy kierownik robót drogowych musieliby w okresie ostatnich 8 lat legitymować się doświadczeniem na 3 projektach o określonej wartości i rozbudowanych parametrach, przy wymaganym zaangażowaniu w każdą z nich odpowiednio na poziomie minimum 18 miesięcy (w przypadku kierownika budowy) bądź 12 miesięcy (w przypadku kierownika robót

drogowych). W konsekwencji, aby sprostać wymogom Zamawiającego kandydaci musieliby bądź równolegle prowadzić kilka skomplikowanych inwestycji bądź na tego typu specyficzne realizacje o dość skomplikowanym charakterze być kierowani taśmowo. Z uwagi na etap pozyskiwania zleceń i różne inwestycje realizowane przez generalnych wykonawców (o różnych wartościach, różnej technologii czy różnej lokalizacji prowadzonych prac), doświadczenie nabywane przez kierowników budowy nie ma charakteru „taśmowego”. Wprowadzenie restrykcyjnego okresu referencyjnego w odniesieniu do kadry kierowniczej ewidentnie ogranicza więc konkurencyjność w postępowaniu, nie dając jednocześnie Zamawiającemu żadnej gwarancji uzyskania „lepszego” doświadczenia zawodowego osób, które stosowne doświadczenie nabyłyby w okresie ostatnich 8 lat. To, jakie doświadczenie zamawiający chce uzyskać i jakie parametry są dla niego istotne, wynika bowiem z opisu wymagań dotyczących referencyjnej inwestycji, dla których okres realizacji inwestycji ma charakter wtórny. Wymagane przez Zamawiającego parametry poszczególnych inwestycji, zwłaszcza względem osoby kierownika budowy i kierownika robót drogowych mają na tyle specyficzny charakter, że samo w sobie stanowi to już istotne ograniczenie. W konsekwencji, wobec tak dalekiej specyfiki wymaganych inwestycji i wymogu ich 3-krotności celem uzyskania dodatkowych punktów w kryteriach pozacenowych dotyczących kierownika budowy

i kierownika robót drogowych, wymagany przez Zamawiającego czasookres nabywania tego rodzaju kompetencji winien zostać urealniony, tak aby warunki udziału w postępowaniu zawężyły krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jedynie w niezbędnym zakresie, a konkurencja w kryteriach pozacenowych była faktycznie możliwa.

Wprowadzone przez Zamawiającego czasowe ograniczenie nabywania wymaganego doświadczenia do okresu ostatnich 8 lat jest działaniem niespotykanym rynkowo, abstrahującym zresztą od działań samego Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wymagania względem kadry kierowniczej w innych postępowaniach z ostatnich lat o analogicznym zakresie np.:

- postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Przebudowa torowiska wraz z siecią trakcyjną od pl. Żołnierza do pętli Niebuszewo oraz w ciągu pl. Żołnierza polskiego ul. Matejki ul. Piłsudskiego (do pl. Rodła) [numer postępowania: 4/ZP/DZ/2/UM/2020; zamawiający: Gmina Miasto Szczecin] – brak jakiegokolwiek ograniczenia czasowego dla nabywania doświadczenia kadry kierowniczej;
- postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Rozbudowa linii tramwajowej w Olsztynie (numer referencyjny: ZP.271.1.10.2020.a; zamawiający: Gmina Olsztyn) – wprowadzono ograniczenie dla nabywania doświadczenia wyłącznie względem kluczowej kadry kierowniczej oparte na okresie ostatnich 15 lat przed datą składania ofert;

– postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej” (numer referencyjny: DWZ/50/2020; zamawiający: Tramwaje Warszawskie sp. z o.o.) - wprowadzono ograniczenie dla nabywania doświadczenia względem kadry kierowniczej oparte na okresie ostatnich 10 lat przed datą składania ofert;

– postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa trasy tramwaju szybkiego od ul. Kasprzaka do Wilanowa na odcinkach: od Puławskiej do ul. Św. Bonifacego i pętli Stegny oraz od ul. Św. Bonifacego do ul. Branickiego” (numer referencyjny: DWZ/74/2021; zamawiający: Tramwaje Warszawskie sp. z o.o.) - wprowadzono ograniczenie dla nabywania doświadczenia względem kadry kierowniczej oparte na okresie ostatnich 10 lat przed datą składania ofert.

Odwołujący wskazuje na konieczność rozszerzenia okresu referencyjnego dla nabywanego doświadczenia kadry kierowniczej, nie oczekując całkowitego wyeliminowania jakichkolwiek ograniczeń, tak aby postulowana korekta była jak najmniej dolegliwa dla koncepcji przewidzianej przez Zamawiającego. Wprowadzane przez Zamawiającego ograniczenia czasookresu nabywanego doświadczenia nie pierwszy raz mają zresztą charakter sporny, o tyle, że w przypadku postępowania wymienionego w tirecie czwartym powyżej (postępowania o większej skali i wartości niż niniejsze Postępowanie) wobec wprowadzonego okresu referencyjnego w postaci ostatnich 10 lat przed datą składania ofert wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wyroku z dnia 18.10.2021 r., wydanego w sprawie o sygn. KIO 2760/21, KIO 2769/21, KIO 2778/21), wskazując, że: Oceniając zasadność powyższych zarzutów Izba wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący kwestionowali wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie nie wskazując na zasadność wprowadzenia na jego miejsce innego, szerszego ograniczenia. Odwołujący żądali zatem usunięcia wszelkich ograniczeń czasowych w uzyskaniu doświadczenia przez Kierownika Budowy, co w ocenie Izby było żądaniem zbyt daleko idącym. (...) Zamawiający uzasadnił przyjęte ograniczenie twierdzeniem o znaczącym rozwoju technicznym w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Ponadto, Zamawiający wskazał, że osoby, które nabyły doświadczenie wcześniej i w ciągu ostatnich kilku lat nie były aktywne zawodowo nie dadzą gwarancji należytej jakości robót.

Odwołujący w ramach przedmiotowego Postępowania postuluje rozszerzenie przedmiotowego ograniczenia do okresu 12 lat przed datą składania ofert. Zamawiający w ramach postępowań dotyczących budowy trasy tramwajowej na Wilanów czy trasy tramwajowej na ul. Kasprzaka, uznawał okres 2011 – 2021 (10 lat przed datą składania ofert w tych postępowaniach) za okres adekwatny dla nabywanego doświadczenia kadry kierowniczej, argumentując jednocześnie, że właśnie w tym okresie doszło do znacznego

rozwoju technologicznego mającego wpływ na „jakość” nabywanych kompetencji poszczególnych osób, to dalsze zawężanie tego okresu względem przedmiotowego Postępowania nie znajduje uzasadnienia. Ostatnie 2 lata (okres od wszczęcia tamtych postępowań), nie przyniosły zmian na rynku czy nowych danych technologicznych, które uzasadniałyby wyeliminowanie doświadczenia nabytego przez poszczególne osoby w latach 2011 – 2014 i czyniły nieaktualnymi uprzednie twierdzenia Zamawiającego o prawidłowości uwzględnienia również tego okresu w okresie referencyjnym dotyczącym doświadczenia poszczególnych osób.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez rozszerzenie okresu referencyjnego dotyczącego doświadczenia kadry kierowniczej, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 SWZ oraz pkt 16.2.2. SWZ do okresu ostatnich 12 lat przed datą składania ofert.

II. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 – 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji dotyczącej Postępowania – zarzutu nr 2:

Do obowiązków wykonawców będzie należało zasadniczo wykonanie projektów wykonawczych i dalszych szczegółowych opracowań oraz budowa trasy tramwajowej (zgodnie z pkt 7.1.1. PFU). Z opisu zakresu zadania wynika więc, że przedmiotową inwestycję należałoby zakwalifikować jako inwestycję „doprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że Zamawiający nie ma możliwości ograniczenia się w opisie przedmiotu zamówienia wyłącznie do przekazania Programu Funkcjonalno-Użytkowego i ogólnego opisu swoich potrzeb i wymagań. Skoro wykonawcy mają kontynuować prace projektowe bazując na istniejącym projekcie budowlanym i dokumentach powiązanych, to winni otrzymać komplet tych dokumentów. Tylko analiza kompletnego projektu budowlanego i pozostałych dokumentów pozyskanych już przez Zamawiającego pozwalałaby na ocenę zakresu zobowiązań nałożonych na wykonawców, a w konsekwencji wycenę ich przyszłych prac. Zamawiający, który w ramach zasadniczej treści PFU odwołuje się do istniejących już dokumentów zdaje sobie sprawę z tego, deklarując ich przekazanie i wskazując na konieczność działania wykonawcy zgodnie z informacjami wynikającymi z tychże dokumentów.

Odwołujący zwraca uwagę na następujące postanowienia PFU:

- pkt 7.1.1. ppkt 4) PFU: Dokumentację Projektową i inne opracowania należy opracować na podstawie otrzymanej Dokumentacji Zamawiającego i innych materiałów oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i obowiązujących przepisów prawa,
- pkt 7.1.1. ppkt 6) PFU: Wykonawca w ramach projektów wykonawczych jest zobowiązany uszczegółowić rozwiązania, które są opisane w niniejszym PFU oraz projektach budowlanych i jego załącznikach;
- pkt 7.1.1 ppkt 7) PFU: Szczegółowe informacje dotyczące poszczególnych elementów projektu zawarte są w projektach budowlanych stanowiących załącznik nr 2 do PFU.
- pkt 7.1.3 ppkt 1) PFU: Podstawę działań Wykonawcy w zakresie realizacji inwestycji stanowi projekt budowlany wraz z decyzją administracyjną umożliwiającą rozpoczęcie i realizację robót, niniejsze PFU wraz z załącznikami oraz aktualne przepisy i normy;
- pkt 7.1.3. ppkt 9) PFU: Zamawiający pozyskał na potrzeby realizacji przedmiotowej inwestycji decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzja nr 110/OŚ/2017 z dnia 30 stycznia 2017 r. znak: OŚ-IV- U.II.6220.103.2016.SPA), która stanowi załącznik nr 16 do PFU.

Pomimo świadomości Zamawiającego o konieczności zapoznania się przez wykonawców tak z kompletnym projektem budowlanym jak i z treścią decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, które tak w sposób obiektywny, jak i według wskazań samego Zamawiającego, stanowią niezbędny element opisu przedmiotu zamówienia, dokumenty te nie zostały przekazane wykonawcom w całości:

- Brak udostępnienia uzgodnień, pozwoleń i opinii stanowiących załączniki do Projektu budowlanego

Zgodnie z § 5 pkt 1 ppkt 4) Rozporządzenie Ministra Rozwoju w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, elementem projektu budowlanego są opinie, uzgodnienia, pozwolenia i inne dokumenty, o których mowa w art. 33 ust. 2 pkt 1 Prawa budowlanego, które w sposób oczywisty wpływają na interpretację treści samego projektu i ocenę przedsięwzięcia opisanego w jego ramach. Tego rodzaju załączniki do projektu budowlanego nie zostały przekazane wykonawcom przez Zamawiającego w całości pomimo, iż tak w pkt 7.1.1. ppkt 6) PFU Zamawiający zwracał uwagę na opis przedmiotu zamówienia zawarty w projektach budowlanych i jego załącznikach, powielając odwołanie się do załączników do projektu chociażby w ramach Projektu Zagospodarowania Terenu (Tom 1.1.). W ramach tego dokumentu, na stronie 5 wskazano, iż wykaz załączonych do projektu uzgodnień, pozwoleń i opinii został przedstawiony w tomie 1.2. „Dokumenty formalne”. W ramach udostępnionej dokumentacji, Tom 1.2. pn. „Dokumenty formalne” nie został jednak udostępniony.

- Brak udostępnienia kompletnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji

Zamawiający w pkt 7.1.3. ppkt 9) PFU wskazał, że decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji miała stanowić element opisu przedmiotu zamówienia udostępniony w ramach załącznika nr 16 do PFU. Decyzja ta nie została jednak udostępniona wykonawcom w całości, o tyle, że wspomniana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach nr 110/OŚ/2017 z dn. 30.01.2017 r. znak: OŚ-IV-UII.6220.103.2016.SPA (dalej również jako „DŚU”) nie zawiera Załącznika nr 2 do DŚU „Plan koncepcyjny z lokalizacją przeznaczonych do adaptacji i przesadzenia drzew”.

Dokumenty, na które powołuje się sam Zamawiający winny być udostępniane w sposób kompleksowy (a więc z wszelkimi załącznikami), to w przedmiotowym przypadku brak udostępnienia wspomnianego załącznika jest dla wykonawców o tyle istotny, że bez kompleksowej analizy DŚU, w tym rzeczonoego załącznika, wykonawcy nie mają możliwości zweryfikowania, czy cały zakres prac przewidzianych do wykonania w ramach dokumentacji postępowania został objęty uzyskaną DŚU i tym samym nie mogą jednoznacznie określić, czy w gestii wykonawcy będzie leżało uzyskanie jakiegokolwiek nowej DŚU lub zmiana już wydanej DŚU z dn. 30.01.2017 r. Ma to kluczowe znaczenie m.in. w kontekście oceny zakresu i ryzyk związanych z koniecznością wypełnienia wymagań zdefiniowanych w pkt 7.1.1.

PFU

(str.

7-8): „(...) Zamówienie obejmuje również zaprojektowanie (w tym opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego), pozyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych oraz wybudowanie podstacji trakcyjnej, która powinna być zlokalizowana na działce nr 43/1 obręb 20203 zgodnie z załącznikiem nr 17 do PFU (...)”. Brak udostępnienia Załącznika nr 2 do DŚU uniemożliwia w praktyce ocenę, czy wykonanie podstacji trakcyjnej na działce 43/1 obręb 20203 było ujęte w DŚU pozyskanej przez Zamawiającego (i tym samym nie ma konieczności pozyskiwania nowej DŚU dla tego zakresu prac), czy też wykonanie podstacji trakcyjnej nie było ujęte w DŚU pozyskanej przez Zamawiającego (i tym samym na Wykonawcy ciąży obowiązek uzyskania dla tego zakresu prac nowej DŚU lub zmiany DŚU już pozyskanej). Brak, któregośkolwiek ze wskazanych powyżej załączników, determinuje brak prawidłowego, wszechstronnego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, jakiego ustawodawca wymaga poprzez dyspozycję art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z intencją samego Zamawiającego, wszystkie wyżej wymienione załączniki są z perspektywy wykonawcy niezbędnymi elementami, stanowiącymi punkt wyjścia do oszacowania oferty i dalszych prac. Nie otrzymując ww. załączników, a więc kompleksowego Projektu Budowlanego i pełnej treści DŚU, niewątpliwie wykonawcy nie otrzymali więc kompletnej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, nie mając tym samym podstawowych danych niezbędnych do podjęcia kluczowych działań związanych z przygotowaniem oferty. Takie działanie Zamawiającego – polegające na niedostępnianiu pełnej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia – stanowi jednoznaczne naruszenie

przepisów ustawy Pzp, zwłaszcza, że art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na konieczność udostępnienia przez Zamawiającego treści Specyfikacji od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, również opisu przedmiotu zamówienia. Takie wytyczne zawarte w ustawie Pzp mają swoje głębokie uzasadnienie i podyktowane są przede wszystkim tym, aby wykonawcy dysponowali odpowiednim czasem na szczegółową analizę opisu przedmiotu zamówienia, pozwalającym im na złożenie prawidłowej oferty.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że udostępniany opis przedmiotu zamówienia musi być kompletny. Tym samym, jak od lat wskazuje się w ramach doktryny i stanowiska te pozostają niezmiennie zamawiający ma obowiązek udostępnić na stronie internetowej wszystkie dokumenty i załączniki składające się na siwz. W szczególności dotyczy to dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1, Zamawiający za pomocą tych dokumentów opisuje przedmiot zamówienia, zaś przepis art. 36 ust. 1 pkt 3 nakazuje zawrzeć opis przedmiotu zamówienia w siwz. Jeżeli ten opis będzie tylko załącznikiem do siwz, to też musi być zamieszczony na stronie internetowej, podobnie KIO w wyr. z 25.2.2008 r., KIO/UZP 104/08, Legalis) [J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2019].

Odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji treści SWZ poprzez uzupełnienie brakujących kompleksowych załączników dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, tj.: • Tomu 1.2. Projektu budowlanego pn. „Dokumenty formalne”, zawierającego uzgodnienia, pozwolenia i opinie do Projektu budowlanego; • Załącznika nr 2 do Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nr 110/OŚ/2017 z dn. 30.01.2017 r. znak: OŚ-IV-U.11.6220.103.2016.SPA.

III.naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w definiowaniu zakresu przedmiotowego zamówienia poprzez użycie sformułowań kreujących otwarty katalog obowiązków nałożonych na wykonawców – zarzutu nr 3:

Zamawiający w pkt 7.1.1. ppkt 1) PFU zdefiniował zakres nałożonych na wykonawcę zobowiązań projektowych wskazując, że: W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany

jest do Wykonania Dokumentacji Projektowej co najmniej w następującym zakresie (...). Poprzez tak użyte sformułowanie, Zamawiający stworzył w konsekwencji katalog obowiązków, których realizacji mógłby oczekiwać od wykonawców, pomimo, że literalnie nie wpisuje się to tak w dyrektywy jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, jak i nie jest uzasadnione zastosowaną w ramach przedmiotowego postępowania formułą realizacyjną. Przedmiotowe postępowanie nie jest realizowane w oparciu o klasyczną formułę „projektuj i buduj”,

a Zamawiający dysponuje już nadrzędnym opracowaniem projektowym, jakim jest Projekt budowlany, ma on możliwość precyzyjnego określenia jakich konkretnie dalszych prac projektowych oczekuje od wykonawców. Ustawodawca w ramach art. 99 ust. 1 ustawy Pzp wprost nakazał posługiwanie się „dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami”, co determinuje konieczność zachowania precyzji w definiowaniu zakresu prac koniecznych do zrealizowania w ramach danego postępowania. Wykonawcy składający ofertę muszą być bowiem świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na jego realizację, co eliminuje jakiegokolwiek odstępstwa od dyrektyw nałożonych na Zamawiającego w ramach art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, 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 to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze

w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazał, że z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)”. Użyte przez Zamawiającego sformułowania dotyczące opisu zakresu koniecznych do wykonania prac projektowych winny podlegać korekcie, tak aby obowiązki nałożone na wykonawców zostały zdefiniowane w ramach zamkniętego katalogu, który zostanie przyjęty do wyceny przez każdego z potencjalnie

zainteresowanych tą realizacją podmiotów. Takie działanie jest uzasadnione tym bardziej jeśli uwzględnić niekonsekwencję w działaniach samego Zamawiającego, generującą brak przejrzystości udostępnionej dokumentacji i wzmagającą trudności w wyinterpretowaniu realnych intencji Zamawiającego. O ile bowiem w przypadku zobowiązań projektowych, Zamawiający w pkt 7.1.1. ppkt 1) PFU poprzez użycie sformułowania „co najmniej”, nie definiuje zobowiązań nałożonych na wykonawców w sposób wyczerpujący i dokładny, o tyle określając zakres prac budowlanych w ramach pkt 7.1.1. ppkt 2) PFU, takim sformułowaniem już się nie posługuje, kreując zamknięty katalog zakresu prac do wykonania w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści pkt 7.1. ppkt 1) PFU, następującego brzmienia: „W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do Wykonania Dokumentacji Projektowej co najmniej w następującym zakresie (...).”

IV. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez definiowanie obowiązków nałożonych na wykonawców poprzez zdarzenia przyszłe, których wystąpienia wykonawcy nie są w stanie przewidzieć na obecnym etapie, bez jednoczesnego przewidzenia jednoznacznych mechanizmów kontraktowych pozwalających na ocenę wpływu tych zdarzeń na zakres i termin realizacji, co stanowi postanowienie zaburzające równowagę stron i prowadzące do nadużycia własnego prawa podmiotowego, czyniące nadto opis przedmiotu zamówienia nieprecyzyjnych, a wycenę ofertową spekulacyjną – zarzutu nr 4:

W pkt 7.2.2. PFU, wykonawcy zobowiązani zostali do przanalizowania i dokonania szeregu zmian projektowych względem rozwiązań zawartych w istniejącym Projekcie budowlanym. W ramach pkt 7.2.3 ppkt 13) PFU, Zamawiający wskazał zaś, że jeżeli będzie taka konieczność i kwalifikacja Nadzoru autorskiego, Wykonawca dla zmian wskazanych do wprowadzenia w pkt. 7.2.2. pozyska zamienne opinie, zgody i pozwolenia niezbędne do rozpoczęcia, realizacji i zakończenia robót budowlanych.

Mimo, że Odwołujący nie neguje, że na etapie wdrażania konkretnych zmian projektowych koniecznym jest ocena tychże zmian dokonana przez autora istniejącego Projektu budowlanego, o tyle konsekwencji związanych z tą oceną i zakresu swoich zobowiązań z niej wynikających wykonawcy nie są w stanie przewidzieć na obecnym etapie. Jeśli bowiem w konkretnym przypadku autor Projektu budowlanego uzna wprowadzaną zmianę za istotną względem istniejącego i zatwierdzonego Projektu budowlanego, generowało będzie to konieczność sporządzenia przez wykonawcę zamiennego projektu budowlanego i uzyskania zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę. Nie istnieją przy tym ściśle parametry dotyczące kwalifikacji danej zmiany jako „istotnej” czy „nieistotnej”. Wykonawcy na

podstawie udostępnionej przez Zamawiającego listy zmian do wprowadzenia, na obecnym etapie nie są w stanie określić charakteru danej modyfikacji. Ocena istotności zmian wprowadzanych do Projektu budowlanego nacechowana jest daleko idącą swobodą autora tego projektu, której antycypowanie miałyby charakter wyłącznie spekulacyjny.

O ile przyjęcie na siebie zobowiązania w postaci ewentualnej konieczności uzyskania zamiennych opinii, zgód czy pozwoleń nie jest negowana przez wykonawców i jest możliwa do przeprowadzenia, o tyle nie są oni w stanie przewidzieć, czy sytuacja taka istotnie wystąpi i z jakimi realnymi terminami pozyskiwania niezbędnych zamiennych opinii, zgód i pozwoleń będą mieli do czynienia (w tym jak wpłynie to na planowany terminarz zasadniczych prac). Wycena tego typu zobowiązania i oszacowanie wszelkich ryzyk z nim związanych na obecnym etapie nie jest możliwa do przeprowadzenia. Założenia każdego z wykonawców, wobec braku jednoznacznych podstaw i hipotetycznego rodzaju tego rodzaju zobowiązania w odniesieniu do poszczególnych wprowadzanych modyfikacji, musiałyby mieć charakter czysto spekulacyjny, co eliminuje w konsekwencji realną porównywalność składanych ofert. Definiowanie obowiązków nałożonych na wykonawców na podstawie przyszłych i hipotetycznych zdarzeń, skorelowane z koniecznością wyceny wszelkich konsekwencji z nich wynikających bezpośrednio w cenie ofertowej wielokrotnie poddawane było zresztą krytyce przez Krajową Izbę Odwoławczą czy Sądy Okręgowe, np. wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach infrastrukturalnych, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku o sygn. KIO 1607/16: „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji (...). Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję.

Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert”.

Zamawiający w ramach dokumentacji postępowania winien wprowadzić jednoznaczny mechanizm, który pozwoli na wdrożenie ewentualnych zmian kontraktowych w zakresie terminu czy należnego wykonawcy wynagrodzenia, każdorazowo jeśli w przyszłości okaże się, że dana zmiana do Projektu budowlanego, której wprowadzenia oczekuje Zamawiający, oceniona zostanie jako zmiana istotna, ze wszystkimi konsekwencjami prawno-finansowymi z tego wynikającymi. Pozostawienie dotychczasowych postanowień PFU bez jakiegokolwiek korekty doprowadzi bowiem do tego, że wykonawcy zmuszeni zostaną do takiej kalkulacji ofertowej, w ramach której każdą przyszłą zmianę zakwalifikują jako istotną, doliczając niejako automatycznie koszty związane z przygotowaniem i przepracowaniem dokumentacji zamiennej. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest jednak korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert. Ceny ofertowe mogą bowiem w takiej sytuacji obejmować koszty, których poniesie w przyszłości nie będzie miało realnie miejsca.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie pkt 7.2.3. ppkt 13) PFU następującego brzmienia: „jeżeli będzie taka konieczność i kwalifikacja Nadzoru autorskiego, Wykonawca dla zmian wskazanych do wprowadzenia w pkt. 7.2.2. pozyska zamienne opinie, zgody i pozwolenia niezbędne do rozpoczęcia, realizacji i zakończenia robót budowlanych. Konsekwencje wynikające z rzeczowego zobowiązania będą stanowiły podstawę do zmiany terminu realizacji i/lub wynagrodzenia, na zasadach wynikających z Umowy”.

V. naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wymagania tych przepisów, tj. za pomocą dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń, w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej i prawidłowo skalkulowanej ceny ofertowej, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający porównywalność złożonych ofert – zarzutu nr 5:

Zgodnie z treścią Rozdziału II SWZ – „Program Funkcjonalno – Użytkowy” (dalej: „PFU”), ust. 7.1.1. „Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu i zakres robót” pkt 8): „Wykonawca powinien uwzględnić wymóg wykonania robót przy zachowaniu ciągłości ruchu pieszego, komunikacji indywidualnej oraz zbiorowej zgodnie z wymaganiami jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy. Należy opracować projekty czasowej organizacji ruchu dostosowane do opracowanego harmonogramu i fazowania robót.” W Rozdziale II SWZ – PFU, ust. 7.1.5. „Opis stanu projektowanego”, pkt 4) lit. i) tiret drugie, Zamawiający określił swoje wymagania dotyczące oświetlenia ulicznego, tj.: „Materiały oraz rozwiązania techniczne należy uzgodnić na etapie opracowywania Dokumentacji Projektowej z Zarządcą infrastruktury (np. ZDM) lub wskazaną jednostką administracyjną.” W ust. 7.2.2. PFU „Wymagania do uwzględnienia przez Wykonawcę w Dokumentacji Projektowej i robotach budowlanych, stanowiące uszczegółowienie rozwiązań przyjętych w projekcie budowlanym” Zamawiający przewidział w pkt 18), że „W projekcie i wykonaniu wszelkich instalacji uwzględnić wykonanie przewiertów i przecisków w miejscach, gdzie nie można układać instalacji

w wykopach otwartych z powodu braku zgody na wstrzymanie lub ograniczenie ruchu.”

W pkt 20) tego samego ust. 7.2.2. PFU lit. c) Zamawiający określił, że „w zakresie branży małej architektury zakres i standard wykończenia przystanku na poziomie -2 należy ostatecznie uzgodnić z Biurem Architektury i Planowania przestrzennego i jeżeli będzie taka konieczność z Zarządcą obiektu Dw. Warszawa Zachodnia”.

W ramach wszystkich czterech postanowień PFU, Zamawiający unika przekazania wykonawcom pełnych danych dotyczących przedmiotu zamówienia, przerzucając obowiązek dokonania odpowiednich ustaleń na samych wykonawców. Zamawiający narzuca na wykonawców obowiązek uwzględnienia określonych wymogów związanych z komunikacją indywidualną i zbiorową, a także ruchu pieszego, czy oświetlenia, chociaż nie dołącza

do dokumentacji konkretnych wymagań i wytycznych jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy, w tym przykładowo Zarządcy Infrastruktury (np. ZDM) czy Biura Architektury i Planowania przestrzennego.

Cytowane postanowienia PFU wyznaczają wykonawcom szereg nowych, nieokreślonych obowiązków, których zakresu nie sposób w tym momencie ustalić, ich realizacja wiąże się jeszcze z określonymi dalszymi konsekwencjami. Wykonawcy są bowiem zobowiązani również do opracowania projektów czasowej organizacji ruchu dostosowanych do opracowanego harmonogramu i fazowania robót, czy uwzględnienia przewiertów i przecisków tam, gdzie ułożenie instalacji w wykopach będzie niemożliwe.

Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że przedmiotowa inwestycja zlokalizowana jest na terenie dwóch dzielnic, tj. Woli i Ochoty. Na terenie dzielnicy Ochota znajduje się 85 jednostek

18 organizacyjnych m.st. Warszawy, przy czym w przeważającej mierze takimi jednostkami określono biblioteki, szkoły, przedszkola i ośrodki pomocy społecznej. Na terenie dzielnicy Wola, takich jednostek jest już 152. Należy wziąć pod uwagę przede wszystkim jednostki ponaddzielnicowe, których jest łącznie 179, a do których należą m.in. Zarząd Zieleni m. st. Warszawy, Zarząd Transportu Miejskiego, Zarząd Oczyszczania Miasta, Zarząd Dróg Miejskich, Zakład Remontów i Konserwacji Dróg, Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, Miejskie Zakłady Autobusowe, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji, Miejskie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta czy Lasy Miejskie. W treści dokumentacji Postępowania, w szczególności w treści PFU, Zamawiający po pierwsze nie wskazał, z którymi konkretnie jednostkami organizacyjnymi i administracyjnymi m. st. Warszawy należy ustalać szczegóły realizacji zadań, opisanych przez Zamawiającego w ust. 7.1.1. pkt 8), ust. 7.1.5. pkt 4) lit. i) tiret drugie oraz ust. 7.2.2. pkt 18), a w odniesieniu do tych postanowień oraz dodatkowo w odniesieniu do postanowienia określonego w ust. 7.2.2. pkt 20) lit. c) PFU Zamawiający nie przekazał również kompletu wymagań tych jednostek tak, aby wykonawcy mogli się z nimi zapoznać przed dokonaniem rzetelnej wyceny swojej oferty. Zamawiający nie sprostął zatem wymogom prawidłowo skonstruowanej dokumentacji Postępowania w zakresie dodatkowych zobowiązań wykonawców poprzez bardzo ogólne i lakoniczne wskazanie w cytowanych postanowieniach PFU na konieczność dokonania ustaleń z jednostkami organizacyjnymi i administracyjnymi

m. st. Warszawy. Taki opis przedmiotu zamówienia nie może zostać uznany za prawidłowy i wyczerpujący w myśl przepisów ustawy Pzp. Brak konkretnego wskazania jednostek oraz w szczególności brak załączenia konkretnych wymogów przygotowanych przez te jednostki sprawia, że nie jest możliwe rzetelne i wyczerpujące oszacowanie wykonania robót przy zachowaniu ciągłości ruchu pieszego, komunikacji indywidualnej oraz zbiorowej, nie sposób też stwierdzić, jakie materiały i rozwiązania techniczne w zakresie oświetlenia ulicznego trzeba wziąć pod uwagę w ramach wyceny, jak wiele trzeba będzie wykonać przewiertów i przecisków tam, gdzie nie można układać instalacji w wykopach otwartych, czy też jaki zakres i standard wykończenia małej architektury należy wziąć pod uwagę w ramach wyceny. Powyższe kluczowe jest przede wszystkim dlatego, że każda z podanych wyżej kategorii jest bardzo pojemna i może generować po stronie wykonawców znaczne koszty, mające

wpływ

na całkowitą cenę oferty: a) wykonanie robót przy zachowaniu ciągłości ruchu pieszego, komunikacji indywidualnej oraz zbiorowej. Odwołujący wskazuje, że przykładowo w postępowaniu na „Modernizację wiaduktów nad ul. Paryską w Warszawie” zamawiający w ramach dokumentacji udostępnionej wykonawcom wraz z SWZ przekazał wytyczne Biura Zarządzania Ruchem Drogowym Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy. Jednocześnie,

w ramach przekazanych wytycznych określił m.in.: – etapy robót i związane z nimi etapy tymczasowej organizacji ruchu, – układ pasów ruchu obowiązujących w czasie trwania tymczasowej organizacji ruchu, – konieczność wybudowania tymczasowego pasa włączy, – priorytet dla autobusów w postaci buspasa, – przebieg alternatywnych tras objazdowych, – konieczność utrzymania przejezdności na określonych kierunkach/łącznicach, – konieczność zachowania funkcjonowania konkretnych przystanków autobusowych, – możliwość czasowego zawieszenia funkcjonowania konkretnych przystanków autobusowych, – możliwość czasowego wyłączenia z funkcjonowania estakad używanych przez linie autobusowe, – konieczność zachowania przejezdności ulicą Paryską. Podobnie w odniesieniu do postępowania na „Rozbudowę wiaduktów w ciągu Trasy Łazienkowskiej przy Agrykoli wraz z zagospodarowaniem terenu, w tym Etap I – rozbudowa wiaduktów w Warszawie” (nr postępowania ZP/5/PN/4/20), w którym zamawiający konstruował obowiązki wykonawców na podstawie przekazanych wytycznych, w tym: wytycznych organu zarządzającego ruchem w m.st. Warszawie – Biura Mobilności i Transportu projektów czasowej organizacji ruchu na czas budowy wraz z jej zatwierdzeniem w BMiT, które przewidywały przebudowę jednego z wiaduktów w celu dostosowania go do przeniesienia ruchu tymczasowego w taki sposób, aby znalazły się na nim cztery pasy ruchu, a także „Zaleceń dla bezpiecznego obciążenia ruchem dwukierunkowym jednego z istniejących wiaduktów nad Agrykolą i ulicą Rozbrat w Warszawie w czasie wyburzania i odbudowy obiektu sąsiedniego”, które przewidywały m.in. konieczność wykonania analizy statyczno-wytrzymałościowej płyty pomostowej wiaduktu.

W ocenie Odwołującego wynikające z wytycznych dodatkowe zobowiązania wykonawców były

na tyle istotne w obu prezentowanych przypadkach, że ich uwzględnienie w ramach wyceny oferty mogło stanowić o rzeczywistej różnicy między ofertami wykonawców, a ostatecznie o przewadze jednej oferty nad pozostałymi.

b) materiały i rozwiązania techniczne w zakresie oświetlenia ulicznego

W odniesieniu do tego elementu PFU, Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że Zamawiający ponownie w sposób bardzo lakoniczny wskazał warunki, zgodnie z którymi wykonawcy mają wycenić konkretne materiały oraz rozwiązania techniczne w zakresie oświetlenia ulicznego. Tego rodzaju brak zwraca uwagę tym bardziej, że Zamawiający nie wskazuje też konkretnie jednostki administracyjnej, z którą trzeba uzgodnić materiały i rozwiązania na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, wskazując jedynie przykładowo, że może chodzić o zarządcę infrastruktury, np. ZDM. Problemem jest, że jednostki administracyjne formułują różniące się od siebie wytyczne w tym zakresie, a przyjęcie konkretnego modelu działania

(zgodnego z wytycznymi jednej jednostki), może być odmienne w odniesieniu do wytycznych innej jednostki, np. swoje wytyczne organizacji bezpiecznego ruchu pieszych w zakresie prawidłowego oświetlenia przejść dla pieszych opublikowało (w dokumencie liczącym 66 stron) Ministerstwo Infrastruktury Sekretariat Krajowej Rady Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego. W ramach dokumentu ujednociono zasady projektowania, instalowania, odbioru i utrzymania instalacji oświetleniowych w obszarze przejść dla pieszych, konkretnie w zakresie zasad ogólnych oświetlania przejść dla pieszych, procedur projektowania oświetlenia

na przejściach dla pieszych, w tym: ustalania konieczności oświetlania przejść dla pieszych, określania klasy oświetlenia i zasad doboru rozwiązania oświetleniowego, a także zasad odbioru instalacji oświetleniowych, wymagań dotyczących eksploatacji i monitorowania stanu instalacji oświetleniowych. Już tylko na podstawie tych wytycznych wskazać można liczne elementy kosztotwórcze, które będą się różnić w zależności od przyjętych do ich wyceny wytycznych, jak w szczególności: – poziomu i klasy oświetlenia przejścia dla pieszych, – doboru rozwiązania oświetleniowego na drodze oświetlonej i nieoświetlonej, – wyboru miejsca montażu oprawy oświetleniowej, – sposobu utrzymania instalacji oświetleniowej, – monitorowania stanu warunków oświetleniowych. Zarząd Dróg Miejskich m. st. Warszawy stosuje z kolei swoją (znacznie mniej obszerną, bo liczącą 11 stron) Specyfikację techniczną określającą minimalne wymagania stawiane urządzeniom oświetleniowym stosowanym w oświetleniu dróg i ulic na terenie m. st. Warszawy, będących własnością oraz w eksploatacji ZDM w Warszawie (Specyfikacja techniczna STO_ZDM_TOS_1). Zamawiający nie przekazuje w ramach dokumentacji Postępowania konkretnych wytycznych, a co istotniejsze – nie wskazuje nawet konkretnej jednostki administracyjnej, z którą należy dokonać szczegółowych ustaleń, łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której jeden z wykonawców zastosowałby w swojej wycenie wytyczne wskazanego jako przykładowy ZDM, a drugi – wytyczne Ministerstwa Infrastruktury (albo inne, w zależności od swojego wyboru). Wobec takiego braku jednoznaczności dokumentacji Postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł więc przyjąć do wyceny inne rozwiązania techniczne, inne materiały, ale też inne

ryzyka

z tym związane, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert.

c) wykonanie przewiertów i przecisków tam, gdzie nie można układać instalacji w wykopach otwartych Zamawiający w sposób bardzo ogólny określił obowiązek wykonawców odnoszący się w gruncie rzeczy do samodzielnego ustalenia, w którym miejscu inwestycji znajdują się wykopy otwarte, a gdzie należy samodzielnie wykonać przewierty i przeciski przy realizacji projektu i wykonania instalacji. Informacje te powinny wynikać z wytycznych dotyczących czasowej organizacji ruchu, które powinny być przekazane wykonawcom wraz z dokumentacją Postępowania. Tylko wówczas możliwe będzie dokonanie konkretnych

wyliczeń i szacunków dotyczących szczegółowej liczby niezbędnych przewiertów do wykonania tam, gdzie nie można układać instalacji. Ten brak w dokumentacji Postępowania, ponieważ od wytycznych czasowej organizacji ruchu w dużej mierze zależy dobór metody projektowania i wykonania instalacji, co pozwoli dokładnie oszacować wartość tego elementu z uwzględnieniem np. konieczności ominięcia przeszkód występujących w terenie, istniejącej infrastruktury podziemnej w postaci sieci gazowej, kanalizacyjnej, ciepłowniczej, czy występowania drzew

i w ogóle zieleni miejskiej, co z kolei może eliminować konieczność wycinki i zapobiec uszkodzeniu stanów korzeniowych. W zależności od tych wytycznych, wykonawcy są w stanie ustalić, czy w cenę ofertową należy wliczyć np. przewierthy horyzontalne (tańsze, nie generujące dodatkowych kosztów związanych przykładowo z koniecznością odtworzenia nawierzchni czy wprowadzenia ograniczeń w ruchu komunikacyjnym), czy tradycyjne roboty odkrywkowe. Brak powyższych informacji wpłynie na cenę ofertową ze względu na możliwość przyjęcia przez wykonawców różnych wartości przewiertów, przecisków i wykopów otwartych (i uzależnionych z taką klasyfikacją dalszych elementów), co z kolei będzie miało bezpośredni wpływ na brak możliwości rzetelnego porównania złożonych ofert.

d) zakres i standard wykończenia „małej architektury” (przystanek na poziomie -2).

O ile w zakresie elementu „małej architektury”, tj. przystanku na poziomie -2, Zamawiający wskazał jednostkę, z którą wykonawcy powinni się porozumieć w sprawie szczegółów realizacji części przedmiotu zamówienia (Biuro Architektury i Planowania Przestrzennego, ew. Zarządca obiektu Dworzec Warszawa Zachodnia), to jednak ponownie Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za dokładny i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Nie załącza bowiem odpowiednich standardów i wytycznych, pozostawiając ten obowiązek wyłącznie po stronie wykonawcy, mimo że to Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego, wyczerpującego i maksymalnie szczegółowego opisanie przedmiotu zamówienia, do czego Zamawiającego zobowiązują wprost przepisy ustawy Pzp.

W odniesieniu do pkt a) – d) powyżej Odwołujący przypomniał, że 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. To właśnie wykonawca musi mieć szansę identyfikacji przedmiotu zamówienia, co z kolei umożliwia mu dokonanie prawidłowej i rzetelnej wyceny poszczególnych elementów. Użycie przez Zamawiającego sformułowań dopuszczających różne interpretacje powinno zostać uznane za nieuprawnione, umożliwia bowiem wykonawcom zastosowanie się do różnych kryteriów,

różnych wytycznych i zasad, sankcjonując tym samym całkowicie odmienne podejścia do tej samej dokumentacji postępowania i teoretycznie tych samych wymagań Zamawiającego (choć, jak zostało wykazane powyżej, na podstawie dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego

w niniejszym postępowaniu w różny sposób można te wymagania interpretować). W takim stanie faktycznym w sposób jasny i klarowny może dojść (i w ocenie Odwołującego – dojdzie) do złożenia przez wykonawców ofert całkowicie nieporównywalnych, co stoi w sprzeczności

z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- w odniesieniu do ust. 7.1.1. pkt 8) PFU:
 - o wskazanie jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy, których wytyczne należy wziąć pod uwagę,
 - o przekazanie wymagań tych jednostek;
- w odniesieniu do ust. 7.1.5. pkt 4) lit. i) tiret drugie PFU:
 - o konkretne wskazanie jednostki administracyjnej, z którą należy uzgodnić Dokumentację Projektową,
 - o przekazanie wiążących rozwiązań technicznych wraz z parametrami materiałów;
- w odniesieniu do ust. 7.2.2. pkt 18) PFU:
 - o przekazanie wytycznych do czasowej organizacji ruchu;
- w odniesieniu do ust. 7.2.2. pkt 20) lit. c) PFU:
 - o przekazanie wytycznych Biura Architektury i Planowania Przestrzennego w zakresie branży „małej architektury”.

VI. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w definiowaniu zakresu przedmiotowego zamówienia poprzez użycie sformułowań rozszerzających w sposób nieuprawniony katalog obowiązków nałożonych na wykonawców – zarzutu nr 6:

Zgodnie z treścią Rozdziału II SWZ – PFU, ust. 7.1.1. pkt 9): „Wykonawca powinien prowadzić stały nadzór nad wdrożonymi w terenie projektami czasowej organizacji ruchu pod kątem powstałych utrudnień w ruchu dla każdej z grup użytkowników. W przypadku

stwierdzenia utrudnień o skali większej niż przewidywana przez Wykonawcę lub na wniosek jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy, tj. Biura Zarządzania Ruchem Drogowym, Zarządu Transportu Miejskiego lub zarządców dróg Wykonawca zobowiązany jest przygotować

w porozumieniu z ww. jednostkami oraz Zamawiającym korektę projektów czasowej organizacji ruchu w zakresie minimalizującym powstałe utrudnienia w ramach ceny kontraktowej.” W ramach tego postanowienia PFU, Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerza zakres zobowiązań kontraktowych wykonawców, obarczając ich odpowiedzialnością za ewentualne nadmiarowe (o skali większej niż przewidywana) utrudnienia w ruchu dla każdej z grup użytkowników. O ile Odwołujący uznaje, że prowadzenie stałego nadzoru nad wdrożonymi w terenie projektami czasowej organizacji ruchu należy do standardowych obowiązków wykonawcy, o tyle już ponoszenie odpowiedzialności z jednej strony za stwierdzone znaczne utrudnienia w ruchu, a z drugiej – również w przypadku złożenia odpowiedniego wniosku przez jednostki organizacyjne m. st. Warszawy, należy uznać za nieuzasadnione rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej wykonawców. Takie działanie powinno zostać potraktowane jako nadużycie pozycji Zamawiającego, bowiem nakłada na wykonawców konieczność poniesienia dodatkowych, do tego istotnych, kosztów. Zamawiający przewiduje, że w przypadku wystąpienia znacznych utrudnień w ruchu, niezbędne może okazać się przygotowanie korekty projektów czasowej organizacji ruchu

w zakresie minimalizującym powstałe utrudnienia, a koszt korekt ma stanowić element ceny kontraktowej, a zatem ryzyko obciąża wykonawcę. Tym samym uzasadniony jest wniosek, że Zamawiający kształtuje obowiązek obarczający wykonawców, na który to obowiązek wykonawcy nie mają jednakże żadnego wpływu, a mimo to muszą ponieść jego finansowe konsekwencje. Wskazane korekty mogą uwzględniać konieczność wytyczenia nowych, tymczasowych buspasów, korytarzy ruchu kołowego/piesznych o określonych szerokościach, wytyczenia nowych chodników i poboczy, konieczność przewidzenia pasa drogowego dla pracującego sprzętu drogowego, dla prowadzenia prac rozładunkowych, miejsca składowania materiałów, właściwego oznakowania i zabezpieczenia prowadzonych robót czy wyгородzenia obszaru robót. Ponadto, może również wystąpić konieczność wdrożenia ruchu wahadłowego kierowanego ręcznie, zwężenia określonych odcinków drogi, wykonania wygrodzeń, ustawienia zapór drogowych, separatorów czy pryzm piasku, a wszystkie te elementy mając oczywisty wpływ na czasową organizację ruchu – generują istotne koszty.

Zamawiający, chociaż musi sobie zdawać sprawę z faktu, że wszystkie wskazane powyżej okoliczności powinny zostać zakwalifikowane jako klasyczne roboty dodatkowe, traktuje je w dokumentacji Postępowania jako obowiązki kontraktowe wykonawcy, przerzucając na niego ryzyko wystąpienia określonych (przyszłych i niepewnych) zdarzeń i obarczając go

odpowiedzialnością finansową za ich ewentualne wystąpienie. Takie działanie Zamawiającego stanowi wprost o naruszeniu zasad dotyczących prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w związku z tym, że przy takim sformułowaniu cytowanego postanowienia, wykonawcy w istocie nie mają świadomości co do rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków oraz okoliczności wpływających na realizację, co stanowi wprost o sprzeczności cytowanego opisu z treścią art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy nie są w stanie na tym etapie przewidzieć, czy w ogóle wystąpi konieczność dokonania korekt projektów czasowej organizacji ruchu, tj. nie są w stanie ustalić, czy zostanie stwierdzone wystąpienie utrudnień o skali większej niż przewidywana, albo czy zostanie złożony wniosek jednostek organizacyjnych m. st. Warszawy w tym zakresie, nie są też w stanie na tym etapie oszacować ryzyka wystąpienia tych zdarzeń. W związku z tym, założenia każdego z wykonawców mogą się od siebie różnić w sposób istotny, co eliminuje w konsekwencji realną porównywalność składanych ofert.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści ust. 7.1.1. pkt 9) PFU następującego brzmienia:

„Wykonawca powinien prowadzić stały nadzór nad wdrożonymi w terenie projektami czasowej organizacji ruchu pod kątem powstałych utrudnień w ruchu dla każdej z grup użytkowników. W przypadku stwierdzenia utrudnień o skali większej niż przewidywana przez Wykonawcę lub na wniosek jednostek organizacyjnych m.st. Warszawy, tj. Biura Zarządzania Ruchem Drogowym, Zarządu Transportu Miejskiego lub zarządców dróg Wykonawca zobowiązany jest przygotować w porozumieniu z ww. jednostkami oraz Zamawiającym korektę projektów czasowej organizacji ruchu w zakresie minimalizującym powstałe utrudnienia w ramach ceny kontraktowej. W takim przypadku zastosowanie znajdują Warunki kontraktu.”

VII. naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 – 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia oraz w nieuzasadnionym rozszerzeniu obowiązków kontraktowych wykonawców w oparciu zdarzenia przyszłe i niepewne – zarzutu nr 7:

Zgodnie z treścią Rozdziału II SWZ – PFU, ust. 7.1.3.: „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” pkt 6), „Przedsięwzięcia powiązane i komplementarne z opracowaniem: a) Układ torowy oraz zagospodarowanie zostało dostosowane do przebiegu tunelu, a także wszystkie instalacje zapewniające bezpieczeństwo oraz funkcjonalność tunelu zostały dowiązane do infrastruktury, będącej przedmiotem dokumentacji zleconej przez PKP PLK S.A. w ramach projektu pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia – Warszawa Zachodnia”. b) Powyższe nie wyklucza możliwości wystąpienia na etapie wykonywania robót dodatkowych powiązań z inwestycjami, które mogą być realizowane przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne, a które mogą mieć wpływ na wykonanie robót w ramach niniejszego zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany traktować powyższe jako ryzyko kontraktowe.”

Zgodnie z treścią Rozdziału II SWZ – PFU, ust. 7.1.3.: „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” pkt 10), „Zamawiający jest w trakcie pozyskiwania ostatecznej decyzji umożliwiającej rozpoczęcie i realizację robót, którą przekaże wybranemu Wykonawcy po podpisaniu Kontraktu.”

Zamawiający w ust. 7.2.1. „Ogólne wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i planowanej inwestycji” pkt 2) PFU wskazał, że „Wykonawca przy wykonaniu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany uwzględnić wszelkie warunki wynikające z zagospodarowania terenu, planowanych inwestycji podmiotów zewnętrznych w obszarze zamówienia, warunków geologicznych oraz warunków ochrony środowiska.”

W treści ust. 7.2.1. pkt 6) i pkt 8) lit. c) PFU Zamawiający wskazał, że: „6) W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszelkich niezbędnych opracowań z koniecznymi opiniami i warunkami technicznymi, uzyskanymi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wszelkimi uzgodnieniami, pozwoleniami, zezwoleniami, decyzjami i niezbędnymi zgodami do realizacji i zakończenia robót. Zakres prac obejmuje też wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania obiektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania oraz prace budowlane i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na jego użytkowanie. (...)

8) Przed rozpoczęciem realizacji robót (na etapie opracowania Dokumentacji Projektowej i prac przygotowawczych) Wykonawca wykona lub pozyska następujące czynności i materiały:

a) (...)

b) (...)

c) pozyska umowy, porozumienia, zgody, uzgodnienia lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne od gestorów sieci i zarządców dróg, związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz

układu komunikacyjnego, w tym te, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego; Wykonawca zobowiązany jest w imieniu i na rzecz Zamawiającego do zawarcia ww. dokumentów z gestorami sieci i zarządcami dróg (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych dokumentów. Powyższe zobowiązania zawierają się w wynagrodzeniu oraz w terminie realizacji Kontraktu;”

Zgodnie z ust. 7.2.4.24 pkt 1) i 2) PFU: „Dokumentacja pozostałych branż: 1) Zawartość Dokumentacji Projektowej dla pozostałych branż powinna być zgodna z obowiązującymi przepisami i wymaganiami jednostek uzgadniających. 2) Wykonawca zobowiązany jest uzyskać od gestorów sieci i właścicieli urządzeń warunki na przebudowę tych obiektów i uwzględnić je w Dokumentacji Projektowej.”

Wspólnym mianownikiem dla ww. postanowień PFU jest ponownie okoliczność określenia dodatkowych obowiązków wykonawców rozszerzających ich kontraktową odpowiedzialność (bez możliwości domagania się wydłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia oraz zwiększenia kwoty należnego wynagrodzenia) i na podstawie dokumentów, do których na tym etapie postępowania wykonawcy nie mają dostępu, poprzez: – przewidzenie możliwości wystąpienia dodatkowych powiązań z inwestycjami, które mogą być realizowane przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne, a które mogą mieć też wpływ na wykonanie robót w ramach niniejszego zamówienia; nie sposób nawet w przybliżony sposób określić zakresu tych dodatkowych zobowiązań i ich wartości, a Zamawiający wskazał, że w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności wykonawca nie będzie mógł ubiegać się ani o wydłużenie czasu realizacji przedmiotu zamówienia ani o dodatkowe wynagrodzenie, Zamawiający bowiem wystąpienie wskazanych okoliczności opisał jako ryzyko kontraktowe; – brak przekazania wykonawcom wraz z dokumentacją Postępowania decyzji o pozwoleniu na budowę, co jednoznacznie świadczy o tym, że rzeczywiste i faktyczne warunki określone w decyzji (wynikające z art. 36 ustawy Prawo budowlane) będą znane wykonawcom dopiero po podpisaniu kontraktu; – określenie, że wykonawcy są zobowiązani uwzględnić wszelkie warunki wynikające z planowanych inwestycji podmiotów zewnętrznych w obszarze zamówienia, a więc również te warunki, które nie były im znane na etapie przygotowywania wyceny i złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego; – określenie konieczności uwzględnienia w ramach przedmiotu zamówienia wykonania wszelkich niezbędnych opracowań z koniecznymi opiniami i warunkami technicznymi, wszelkimi uzgodnieniami, pozwoleniami, zezwoleniami, decyzjami i niezbędnymi zgodami do realizacji i zakończenia robót, chociaż Zamawiający w treści dokumentacji nie precyzuje, o jakie opracowania, opinie, warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia czy

decyzje konkretnie chodzi – nie wynikają one jednak z przepisów prawa, bo te Zamawiający wymienia w tym postanowieniu PFU odrębnie;

– określenie konieczności pozyskania umów, porozumień, zgód, uzgodnień, pozwoleń, warunków technicznych i realizacyjnych od gestorów sieci i zarządców dróg, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz układu komunikacyjnego, w tym tych, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego, przy czym Zamawiający jednocześnie wskazał, że w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności wykonawca nie będzie mógł ubiegać się ani o wydłużenie czasu realizacji przedmiotu zamówienia ani o dodatkowe wynagrodzenie, Zamawiający bowiem wystąpienie wskazanych okoliczności opisał jako ryzyko kontraktowe.

Pomimo tak szerokiego katalogu dodatkowych zobowiązań i ryzyk kontraktowych, które wykonawcy muszą uwzględnić w ramach dokonywanej przez siebie wyceny ceny ofertowej, Zamawiający nie przekazuje konkretnych danych, na podstawie których wykonawcy mieliby oszacować nałożone na nich zobowiązania. W dokumentacji postępowania brakuje kluczowych elementów, takich jak:

a) spis planowanych/realizowanych inwestycji oraz inwestycji powiązanych z inwestycją objętą niniejszym postępowaniem, które mogą być wykonywane przez jednostki samorządowe lub zewnętrzne, a które mogą mieć wpływ na wykonanie robót w ramach niniejszego zamówienia,

b) decyzja o pozwoleniu na budowę, która przecież zgodnie z art. 36 Prawa Budowlanego określa warunki zabezpieczenia terenu budowy i prowadzenia robót budowlanych, czas użytkowania tymczasowych obiektów budowlanych czy szczegółowe wymagania dotyczące nadzoru na budowie, a więc elementy ze swojej definicji kluczowe,

c) niewymagane przepisami prawa opracowania z koniecznymi opiniami i warunkami technicznymi, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i niezbędne zgody do realizacji i zakończenia robót,

d) warunki techniczne i realizacyjne od gestorów sieci i zarządców dróg, związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz układu komunikacyjnego, chociaż warunki techniczne uzyskiwane są na etapie projektu budowlanego; jeśli Zamawiający nie uzyskał wszystkich warunków technicznych na tym etapie postępowania, to zakres prac w istocie nie jest znany na etapie przygotowywania oferty.

Braki w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego i znaczenie tych uchybień dla prawidłowości i rzetelności dokonywanej przez wykonawców wyceny ofert najlepiej obrazuje przykład działań Zamawiającego opisany pod literą d) powyżej, tj. kwestia braku uwzględnienia w ramach dokumentacji postępowania warunków technicznych i

realizacyjnych od gestorów sieci, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych, w tym tych, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego.

Odwołujący zwrócił uwagę na dwa kluczowe aspekty związane z warunkami technicznymi od gestorów sieci, tj. na kwestię umów przyłączeniowych i na kwestię umów kolizyjnych, oraz związane z nimi dodatkowe koszty, które wykonawcy mieliby uwzględnić w ramach swojej ceny ofertowej, a które to kwoty mogą stanowić wartości niebagatelne.

a) umowy przyłączeniowe

Odwołujący podkreślił, że przy takim sformułowaniu postanowienia PFU, jakie zaproponował Zamawiający, wszelkie koszty umów przyłączeniowych miałyby się znajdować po stronie wykonawcy, chociaż nie jest on w stanie nawet w sposób przybliżony oszacować tych wartości wobec braku przekazania w ramach dokumentacji postępowania umów przyłączeniowych z gestorem sieci.

W ramach dokumentacji Postępowania, dokładnie w treści Tomu nr 16 do PFU – „Branża elektroenergetyczna – zasilanie urządzeń elektroenergetycznych”, w ramach załącznika „0_opis zasilania urządzeń elektrycznych PAB” na stronach od 10 do 17 Zamawiający udostępnił informacje na temat warunków przyłączenia, stanowiące załączniki nr 1 do umów o przyłączenia.

Z treści warunków pkt 5 lit. h) tiret trzecie wynika, że:

- szacowane nakłady ponoszone przez Stoen Operator Sp. z o. o. na realizację przyłączenia do miejsca dostarczania energii elektrycznej, na dzień wydania warunków przyłączenia wynoszą ok. 20780 zł (**Uwaga: to nie jest opłata za przyłączenie. Opłata za przyłączenie ponoszona przez Klienta określona została w §7 Umowy o przyłączenie).**

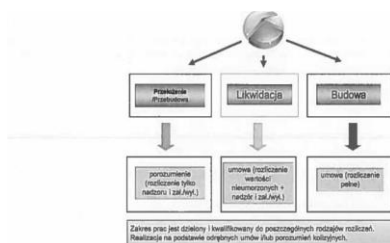
Zamawiający nie udostępnił jednak samych umów o przyłączenia, wobec czego niemożliwe jest ustalenie wysokości opłaty za przyłączenie. Dotyczy to wszystkich warunków technicznych udostępnionych przez Zamawiającego w ramach tego dokumentu, w ramach postępowania.

Bez wskazania wartości opłat przyłączeniowych, a zatem bez przekazania wykonawcom umów przyłączeniowych, wykonawcy nie są w stanie samodzielnie przewidzieć, jaki koszt należy uwzględnić w ramach oferty. Jest to istotne o tyle, że koszt ten może sięgać kilku milionów złotych, w zależności od potrzeb wynikających z danej lokalizacji.

b) umowy kolizyjne

Zamawiający w treści Tomu 9, załącznik nr 2 do PFU – „Projekt architektoniczno-budowlany branża elektroenergetyczna”, w ramach załącznika „0_PAB opis kabli el-en Zachodni” zamieścił Wyciąg z „Instrukcji postępowania i rozliczeń w przypadku wniosków klientów o usunięcie kolizji ich zamierzeń inwestycyjnych z siecią WN, SN i nN innogy Stoen Operator

Sp. z o.o., obowiązującej od dn. 1 stycznia 2016 r.”. W ramach tej instrukcji zawarto też informację na temat zasad finansowania, rozliczeń i obliczania opłat w kolizji, z której wynika, że: „całkowita opłata za usunięcie kolizji składa się z opłat cząstkowych obliczonych oddzielnie dla poszczególnych rodzajów kolizji (przełożenie/przebudowa, budowa, likwidacja) będących w zakresie kolizji” (strona 28 dokumentu):



Rysunek: Struktura rozliczeń

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że najczęściej występującymi rodzajami kolizji jest likwidacja i budowa. W treści omawianego dokumentu, w odniesieniu do tych dwóch rodzajów kolizji, przedstawiono wzory na dokonanie kalkulacji opłaty netto ponoszonej przez klienta

na rzecz innowy Stoen Operator, która wynika z:

- kosztów zaangażowania i odpłatnych usług świadczonych przez gestora,
- wartości nieumorzonych urządzeń likwidowanych i nieodtworzanych,
- wynegocjowanej wartości nabycia nowobudowanych elementów sieci oraz
- kosztu zobowiązań budżetowych z tytułu podatku CIT (jest to tzw. „opłata przyłączeniowa”).

16. I tak, w odniesieniu do likwidacji, wzór przedstawia się następująco:

1.2. Likwidacja

Opłata ponoszona przez klienta na rzecz innowy Stoen Operator Sp. z o.o. wynika z kosztów zaangażowania i odpłatnych usług świadczonych przez innowy Stoen Operator Sp. z o.o. na zlecenie klienta oraz wartości nieumorzonych urządzeń likwidowanych i nieodtworzanych.

Opłatę netto należy kalkulować w sposób następujący:

$O = B + C$ przy czym:

O = łączna opłata netto wnoszona przez klienta,

B = wartość nieumorzona likwidowanych i nieodtworzanych elementów sieci,

C = koszty zaangażowania innowy Stoen Operator Sp. z o.o. wraz z kosztami usług określonych w Taryfie (Koszty prac opłaconych bezpośrednio w ko NT będą odliczane od opłaty końcowej)

Opłata plus należny podatek VAT (wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury) będą regulowane przez klienta w jednej racie, po podpisaniu umowy.

Jeśli w ciągu 3 miesięcy po zrealizowaniu prac przez klienta okaże się, że koszty rzeczywiście poniesione przez innowy Stoen Operator Sp. z o.o., w związku z wykonaniem umowy są wyższe lub niższe od pierwotnie zakładanych innowy Stoen Operator wystawi fakturę korygującą. Zmiana ostatecznego wynagrodzenia wymaga aneksu do umowy w formie pisemnej.

W odniesieniu z kolei do budowy, przewidziano wzór bardziej rozbudowany, który przedstawia się następująco:

1.3. Budowa

Oплата ponoszona przez klienta na rzecz innogy Stoen Operator Sp. z o.o. wynika z kosztów zaangażowania i odpłatnych usług świadczonych przez innogy Stoen Operator Sp. z o.o. na zlecenie klienta, wartości nieumorzonych urządzeń likwidowanych oraz kwoty odkupienia nowowytbudowanego majątku i kosztów rozliczeń budżetowych.

Oplatę netto należy kalkulować w sposób następujący:

$O = A+B+C+D$ przy czym:

O - łączna opłata netto wnoszona przez Klienta,

A - koszt zobowiązań budżetowych z tytułu podatku CIT zgodny z wyrażeniem $0,19/(1-0,19)$ co po przeliczeniu i zaokrągleniu daje wartość 23,46% liczonych od pozycji D,

B - wartość nieumorzona (niezamortyzowana) likwidowanych elementów sieci,

C - rzeczywiste koszty zaangażowania innogy Stoen Operator Sp. z o.o., wraz z kosztami usług określonych w Taryfie (Koszty prac opłaconych bezpośrednio w ko NT będą odliczane od opłaty końcowej)

D - wynegocjowana wartość nabycia nowowytbudowanych elementów sieci

Oплата ponoszona przez klienta będzie regulowana w II ratach, w sposób następujący:

- I rata w wysokości kwoty określonej jako „A” oraz należnego podatku VAT (wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury), po podpisaniu umowy,
- II rata w wysokości będącej sumą kwot „B+C+D” oraz należnego podatku VAT (wg stawki obowiązującej w dniu wystawienia faktury), po odbiorze technicznym przed dokonaniem przełączeń nowowytbudowanych urządzeń do sieci.

Jeśli w ciągu 3 miesięcy po zrealizowaniu prac przez Klienta okaże się, że koszty rzeczywiście poniesione przez innogy Stoen Operator Sp. z o.o., w związku z wykonaniem umowy są wyższe lub niższe od pierwotnie zakładanych, innogy Stoen Operator wystawi fakturę korygującą. Zmiana ostatecznego wynagrodzenia wymaga aneksu do umowy w formie pisemnej.

Oba wzory (zarówno w zakresie likwidacji, jak i budowy w przypadku wystąpienia kolizji), które mają być zastosowane do wyliczenia opłaty netto ponoszonej przez klienta na rzecz innogy Stoen Operator za, mówiąc kolokwialnie, usunięcie kolizji, obejmują kilka elementów, w tym tzw.:

- „współczynnik B”, a więc wartość nieumorzona (niezamortyzowana) likwidowanych elementów sieci, wspólny dla obu wzorów,
- wynegocjowaną wartość nabycia nowobudowanych elementów sieci („współczynnik D”) – przewidziany jedynie we wzorze dla budowy oraz
- koszt zobowiązań budżetowych z tytułu podatku CIT zgodny z wyrażeniem $0,19/(1-0,19)$, co po przeliczeniu i zaokrągleniu daje wartość 23,46% liczonych od pozycji D („współczynnik A”) – przewidziany jedynie we wzorze dla budowy.

Na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, wartości tej – a tym samym opłaty, którą trzeba uwzględnić w ramach wyceny oferty, nie da się ustalić, ponieważ określenie wysokości tych współczynników zależne jest wyłącznie od gestora sieci, w tym przypadku innogy Stoen Operator. Dotyczy to w szczególności (ale nie wyłącznie) wartości nieumorzonych, niezamortyzowanych, likwidowanych elementów sieci – współczynnik B. Jest to jednocześnie wartość nie podlegająca żadnym negocjacom, ustalana wewnętrznie przez gestora, a wykonawcy nie mają dostępu do informacji o tym, na jakiej podstawie i według jakiego wzoru współczynnik ten jest ustalany. Wartość pozostałych współczynników pozostaje również niewiadoma dla wykonawców.

Drugim istotnym aspektem związanym z opłatą przyłączeniową jest kwestia kwalifikacji określonego rodzaju kolizji, tj. sklasyfikowanie kolizji jako likwidacja lub budowa. Zaliczenie kolizji do jednej bądź drugiej kategorii, a tym samym ustalenie odpowiedniego wzoru do zastosowania w celu obliczenia opłaty przyłączeniowej, również znajduje się całkowicie poza wykonawcą i nie jest on w stanie nawet w przybliżeniu określić, od czego aspekt ten w istocie zależy.

W związku z opisanymi powyżej brakami [opisanymi szczegółowo powyżej pod literami a) – d)], nie jest możliwe przygotowanie rzetelnej i prawidłowo wycenionej oferty uwzględniającej wszystkie wymagania Zamawiającego w stopniu, który umożliwiłby porównanie złożonych ofert. Zamawiający zaniechał precyzyjnego, dokładnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, przerzucając na wykonawców w sposób nieuprawniony i niezgodny z przepisami zarówno ustawy Pzp jak i kodeksu cywilnego istotne i znaczne ryzyka, ograniczając im jednocześnie możliwość ewentualnego domagania się wydłużenia termin realizacji przedmiotu zamówienia czy też takiego zakwalifikowania określonych dodatkowych zobowiązań, aby możliwe było domaganie się dodatkowego wynagrodzenia, zgodnie z warunkami kontraktowymi.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści poszczególnych (wskazanych niżej) postanowień PFU następującego brzmienia:

- ust. 7.1.3. pkt 6) lit. b) PFU: „Powyższe nie wyklucza możliwości wystąpienia na etapie wykonywania robót dodatkowych powiązań z inwestycjami, które mogą być realizowane przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne, a które mogą mieć wpływ na wykonanie robót

w ramach niniejszego zamówienia. ~~Wykonawca jest zobowiązany traktować powyższe jako ryzyko kontraktowe.~~ **W przypadku, gdy na etapie wykonywania robót wystąpią powiązania z inwestycjami realizowanymi przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne i będą one miały wpływ na wykonywanie robót w ramach niniejszego zamówienia, zastosowanie znajdą postanowienia zawarte w Warunkach Kontraktu.**

- ust. 7.1.3. pkt 10) PFU: Zamawiający jest w trakcie pozyskiwania ostatecznej decyzji umożliwiającej rozpoczęcie i realizację robót, którą przekazuje wybranemu Wykonawcy po podpisaniu Kontraktu. **Wszelkie roboty budowlane oraz koszty wynikające z rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami, a stanem faktycznym ustalonym przed terminem składania ofert, będą podlegały postanowieniom zawartym w Warunkach Kontraktu.**

- ust. 7.2.1. pkt 2) PFU: Wykonawca przy wykonaniu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany uwzględnić wszelkie warunki wynikające **z przekazanych na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opracowań dotyczących:** zagospodarowania terenu, planowanych inwestycji podmiotów zewnętrznych

w obszarze zamówienia, warunków geologicznych oraz warunków ochrony środowiska. **Wszelkie roboty budowlane oraz koszty wynikające z rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami,**

a stanem faktycznym ustalonym przed terminem składania ofert, będą podlegały postanowieniom zawartym w Warunkach Kontraktu.

ust. 7.2.1. PFU: 6) W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszelkich niezbędnych opracowań z koniecznymi opiniami i warunkami technicznymi, uzyskanymi w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wszelkimi uzgodnieniami, pozwoleniami, zezwoleniami, decyzjami

i niezbędnymi zgodami do realizacji i zakończenia robót. Zakres prac obejmuje też wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania obiektu zgodnie

z obowiązującymi przepisami prawa. Należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania oraz prace budowlane i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na jego użytkowanie. **Wszelkie niemożliwe do przewidzenia**

na etapie składania oferty ryzyka, w tym konieczność wykonania robót budowlanych oraz koszty wynikające z treści pozyskanych ww. dokumentów będą podlegały postanowieniom zawartym

w Warunkach Kontraktu.

8) Przed rozpoczęciem realizacji robót (na etapie opracowania Dokumentacji Projektowej i prac przygotowawczych) Wykonawca wykona lub pozyska następujące czynności i materiały:

a) (...)

b) (...)

c) pozyska umowy, porozumienia, zgody, uzgodnienia lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne od gestorów sieci i zarządców dróg, związane z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz układu komunikacyjnego, w tym te, które nie były możliwe i nie zostały pozyskane na etapie projektu budowlanego; Wykonawca zobowiązany jest w imieniu i na rzecz Zamawiającego do zawarcia ww. dokumentów z gestorami sieci i zarządcami dróg (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań wynikających z tych dokumentów, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych dokumentów. Powyższe zobowiązania **nie** zawierają się w wynagrodzeniu oraz w terminie realizacji Kontraktu. **Wszelkie ryzyka, w tym konieczność**

wykonania robót budowlanych oraz koszty wynikające z treści pozyskanych ww. dokumentów będą podlegały postanowieniom zawartym w Warunkach Kontraktu.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2023 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, o oddalenie odwołania w całości, zwracając jednocześnie uwagę na dokonane przez Zamawiającego zmiany treści SWZ (i odpowiadające im zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu) w zakresie objętym odwołaniem.

Zamawiający w zakresie zarzutu 1, dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiany treści SWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego – rozszerzył okres referencyjny dotyczącego doświadczenia kadry kierowniczej, o którym mowa w pkt 5.1.2.2 rozdziału I SWZ oraz pkt 16.2.2. rozdziału I SWZ do okresu ostatnich 12 lat przed datą składania ofert.

W zakresie zarzutu 2 Zamawiający udostępnił większość dokumentów (21 z 26 pozycji) w ramach opublikowanej dokumentacji wchodzącej w skład Tomu 1.2 pn. „Dokumenty formalne” i dołączył do projektów branżowych oraz uzupełnił dokumentację Postępowania o wskazany w odwołaniu załącznik nr 2 do Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach nr 110/OŚ/2017 z dn. 30.01.2017 r. znak: OŚ-IV-Ull.6220.103.2016.SPA.

W zakresie zarzutu 5, Zamawiający uzupełnił dokumentację Postępowania o załącznik nr 28 Zestawienie wymagań dla wykończenia przystanku na poziomie -2.

W zakresie zarzutu 6, Zamawiający nadał pkt 7.1.1 pkt 9 PFU następujące brzmienie:

„9. Wykonawca powinien prowadzić stały nadzór nad wdrożonymi w terenie projektami czasowej organizacji ruchu pod kątem powstałych utrudnień w ruchu dla każdej z grup użytkowników. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego lub jednostki organizacyjne m.st. Warszawy, tj. Biuro Zarządzania Ruchem Drogowym, Zarząd Transportu Miejskiego lub zarządców dróg, utrudnień o skali większej niż przewidywana przez Wykonawcę (powstałych na skutek błędnie przyjętych założeń do COR), Wykonawca zobowiązany jest przygotować w porozumieniu z ww. jednostkami oraz Zamawiającym korektę projektów czasowej organizacji ruchu w zakresie minimalizującym powstałe utrudnienia w ramach ceny kontraktowej. Jeżeli proponowane przez ww. jednostki lub Zamawiającego korekty COR nie wynikają z błędnie przyjętych założeń do COR, a wymagają wprowadzenia nowych rozwiązań w zakresie COR w terenie (np. kolejny etap, podetap) w takim przypadku zastosowania znajdują Warunki Kontraktu.”

W zakresie zarzutu 7 Zamawiający przekazał projekty umów przyłączeniowych uzgodnionych z gestorami sieci, w których określone są koszty realizacji takich umów.

Pismem z 6 kwietnia 2023 r. Odwołujący cofnął odwołanie w zakresie zarzutów 1, 2, 3, 4, 5 oraz 6. Podtrzymał zarzut nr 7 w całości i wniósł o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu zmianę treść SWZ oraz ogłoszenie w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Wykonawcy: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ZUE S.A.

z siedzibą w Krakowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również,

że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy Pzp, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP może doprowadzić do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty, a powyższe w negatywny sposób może odbić się na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 1-6. Odwołujący w piśmie z 6 kwietnia, złożonym przed rozprawą w dniu 7 kwietnia oświadczył, że wycofuje zarzuty 1-6. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może*

cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Ustawodawca w przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Jeśli wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. Możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części nie jest kwestionowana w orzecznictwie Izby. W związku

z oświadczeniem Odwołującego z 6 kwietnia 2023 r., że nie popiera odwołania w zakresie zarzutów 1-6, postępowania odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Izba jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, wobec czego skutkiem, który wynika wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Skład orzekający w zakresie rozpoznawanego zarzutu dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia

art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 – 4 ustawy Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp

w zw.z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, co przejawia się w zaniechaniu udostępnienia kompletnej dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia oraz w nieuzasadnionym rozszerzeniu obowiązków kontraktowych wykonawców w oparciu zdarzenia przyszłe i niepewne – zarzutu nr 7 ***nie znajduje oparcia w ustalonym stanie***

faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zapisów **Rozdziału II SWZ – PFU: ust. 7.1.3. „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia”, ust. 7.2.1. pkt 6) i pkt 8) lit. c), „Ogólne wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i planowanej inwestycji”, ust. 7.2.4.24 pkt 1) i 2) PFU: „Dokumentacja pozostałych branż”, które określają dodatkowe obowiązki wykonawców rozszerzając ich odpowiedzialność kontraktową, związane z możliwością wystąpienia dodatkowych powiązań z inwestycjami, które mogą być realizowane przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne, z brakiem przekazania wykonawcom wraz z dokumentacją Postępowania decyzji o pozwoleniu na budowę, określające, że wykonawcy są zobowiązani uwzględnić wszelkie warunki wynikające z planowanych inwestycji podmiotów zewnętrznych w obszarze zamówienia,, określające konieczność uwzględnienia w ramach przedmiotu zamówienia wykonania wszelkich niezbędnych opracowań z koniecznymi opiniami i warunkami technicznymi, wszelkimi uzgodnieniami, pozwoleniami, zezwoleniami, decyzjami i niezbędnymi zgodami do realizacji i zakończenia robót, określające konieczność pozyskania umów, porozumień, zgód, uzgodnień, pozwoleń, warunków technicznych i realizacyjnych od gestorów sieci i zarządców dróg, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz układu komunikacyjnego,** należało przyznać rację Zamawiającemu, że w sprawie niniejszej istotne znaczenie ma okoliczność, iż inwestycja realizowana będzie w formule projektuj i buduj, w której to formule wykonawca zachowuje dużą swobodę. Oznacza to, że zgodnie z postanowieniami PFU, to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek zidentyfikowania **możliwości wystąpienia dodatkowych powiązań z inwestycjami, które mogą być realizowane przez inne jednostki samorządowe lub zewnętrzne, uwzględnienia warunki wynikające z planowanych inwestycji podmiotów zewnętrznych w obszarze zamówienia, konieczność pozyskania umów, porozumień, zgód, uzgodnień, pozwoleń, warunków technicznych i realizacyjnych od gestorów sieci i zarządców dróg, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie budowy, przebudowy i kolizji sieci zewnętrznych oraz układu komunikacyjnego.** Informacje zawarte w PFU mają charakter poglądowy, ogólny oraz stanowią opis oczekiwań Zamawiającego względem realizowanej inwestycji. Izba wskazuje, że Zamawiający może nie być w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności związanych

z przedmiotem postępowania, które mogą się pojawić.

Ponadto Izba wskazuje, że w związku z zarzutem dotyczącym braku możliwości skalkulowania ofert z uwagi na fakt niedołączenia do dokumentacji postępowania umów przyłączeniowych, Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ i przekazał projekty umów przyłączeniowych uzgodnionych z gestorami, w których zostały określone koszty realizacji takich umów. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, złożonym na rozprawie są to umowy uzgodnione z operatorami. W ocenie Izby na podstawie powyższych umów wykonawcy będą w stanie oszacować związane z tymi umowami koszty.

Izba podkreśla, że w Rozdziale III Projektowanych Postanowieniach Umownych w § 17, Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy związaną, w szczególności: z koniecznością wprowadzenia zmian w Dokumentacji Projektowej lub Dokumentacji Zamawiającego, w tym m.in. wynikających z prawomocnych decyzji i uzgodnień organów administracyjnych, jednostek administracyjnych m.st. Warszawy, gestorów sieci, mających wpływ na warunki i termin realizacji robót będących przedmiotem Kontraktu (ust. 2 pkt 6), koniecznością wprowadzenia zmian w Dokumentacji Zamawiającego lub Dokumentacji Projektowej zgodnie z prawomocnymi decyzjami i uzgodnieniami organów administracyjnych m. st. Warszawy i gestorów sieci, mających wpływ na warunki i termin realizacji (ust. 3 pkt 7) § 17 ust. 3 i ust. 4 przewiduje, że zmiany mogą spowodować zmianę zasad odbiorów, zakresu i sposobu wykonania przedmiotu Kontraktu odpowiednio do zakresu i okresu trwania okoliczności, o których tam mowa i wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 Kontraktu, odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość zaoszczędzonych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów.

W ocenie Izby, zakres przewidywanych zmian umowy odpowiada postulatowi Odwołującego zmiany postanowień PTU.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie i wydatki oraz koszty jednego pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Wobec powyższego, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....