

WYROK

z dnia 08 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **03 lipca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę **Energopol-Szczecin SA, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Koleje Państwowe S A. ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa, PKP Polskie Linie Kolejowe SA. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Adres do korespondencji – podmiot upoważniony: PKP SA. Centrala, Departament Zakupów i Administracji, ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Energopol-Szczecin SA, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Energopol-Szczecin SA, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Energopol-Szczecin SA, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** na rzecz **Polskie Koleje Państwowe S A. ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa, PKP Polskie Linie Kolejowe SA. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

Adres do korespondencji – podmiot upoważniony: PKP SA. Centrala, Departament Zakupów i Administracji, ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowa budynku dworca kolejowego Szczecin Główny wraz z infrastrukturą torowo-peronową”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 112-196443 z dnia 13.06.2014 r. przez Polskie Koleje Państwowe S A., ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa, PKP Polskie Linie Kolejowe SA., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, adres do korespondencji: PKP SA. Centrala, Departament Zakupów i Administracji, ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”.

W dniu 23.06.2014 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Energopol-Szczecin SA, ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin zwana dalej: „Energopol-Szczecin SA” albo „Odwołującym” wniósł odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.06.2014 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu obrazę:

- 1) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2 Pzp, oraz art. 5, 353¹, 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję — w związku z określeniem końcowego terminu wykonania zamówienia na dzień 31.10.2015 r. i tym samym wskazanie nierealnego terminu na wykonanie zamówienia (pkt II. 3) Ogłoszenia o zamówieniu, pkt VIII. SIWZ, § 6 ust. 1 wzoru umowy) [Zarzut 1];
- 2) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 Pzp - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia

wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych oraz części peronów, jak również organizowania komunikacji zastępczej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych, oraz kosztów poniesionych przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową) - bez szczegółowego przekazania informacji potrzebnych do skalkulowania tych kosztów (m.in. pkt XVI ust. 3 SIWZ, pkt XVI ust. 2 SIWZ) [Zarzut 2];

3) art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 5,353¹ i 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji: 1) poprzez ustanowienie kar umownych: za opóźnienie w wykonaniu Przedmiotu Umowy (§ 6 ust. 1 wzoru umowy), opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy, których terminy wykonania wynikają z § 6 ust. 2, § 4 ust. 18 wzoru umowy» opóźnienie w usunięciu wad i usterek, 2) wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do Umowy postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (kary za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy, oraz 3) zaniechania wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, 4) zaniechanie wprowadzenie limitu kar umownych, 5) zastrzeżenie tylko dla Zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§ 24 wzoru umowy - kary umowne) [Zarzut 3];

4) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 Pzp — poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – opisanie przedmiotu zamówienia – poprzez wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów zorganizowania odpowiedniego szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany przez Zamawiającego – bez szczegółowego przekazania informacji potrzebnych do skalkulowania tych kosztów (§ 4 ust. 57 wzoru umowy) [Zarzut 4];

5) art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, 353¹ i 647 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące

rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z postanowieniami § 15 ust. 3 wzoru umowy, w którym Zamawiający obciąża wykonawcę wszelkimi kosztami powstałymi w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego - w sytuacji niesporządzenia dokumentacji, o której mowa w § 15 ust. 3 wzoru umowy - przez Inżyniera, a zatem przez podmiot zupełnie niezależny od wykonawcy, na który nie ma on żadnego wpływu (§ 15 ust. 3 wzoru umowy) [Zarzut 5];

6) art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 1 Pzp oraz art. 5, 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego» powodującą rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz w wyniku którego może dojść do realizacji zamówienia poza zakres wynikający z oferty wykonawcy - poprzez umieszczenie niejednoznacznego postanowienia o treści: „Likwidacja zbędnych lub przeniesienie użytkowanych tras instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, kolidujących z realizowanymi obiektami, które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych” (§ 4 ust. 25 wzoru umowy) [Zarzut 6]. Wnosił o:

- (1) nakazanie Zamawiającemu, aby ten w określił realny termin realizacji zamówienia tj. aby wydłużył określony na 31.10.2015 r. termin - przynajmniej o 216 dni [Zarzut 1];
- (2) nakazanie Zamawiającemu, aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie (poprzez np. podanie np. kosztów jednostkowych dla tego typu czynności) [Zarzut 2];
- (3) nakazanie Zamawiającemu, aby ten: 1) zastąpił w § 24 Umowy termin „opóźnienie” terminem „zwłoka”, 2) wprowadził do umowy postanowienia dot. anulowania tzw. kar umownych za niedotrzymanie terminów pośrednich (za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy) w sytuacji terminowego wykonania

przedmiotu Umowy, 3) aby wprowadził karę umowną w wysokości 20% Ceny Umownej brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, 4) wprowadził limit kar umownych, 5) jak również przewidział możliwość ubiegania się o odszkodowanie przekraczające wysokość kary umownej również dla wykonawcy [Zarzut 3];

(4) nakazanie Zamawiającemu, aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie (poprzez np. podanie szacowanej ilości osób, przybliżonych terminów, miejsca szkolenia) [Zarzut 4];

(5) nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił w § 15 ust. 3 wzoru umowy następujący fragment: „*W przypadku nie sporządzenia takiej dokumentacji, wszelkie koszty powstałe w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego poniesie Wykonawca*” [Zarzut 5];

(6) nakazanie Zamawiającemu, aby ten dopisał w § 4 ust. 25 wzoru umowy, zdanie o treści: „dotyczy to tylko elementów uwidocznionych na dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, ewentualnie uwidocznionych na dokumentach, które są powszechnie dostępne”, lub innego o podobnym brzmieniu [Zarzut 6];

Ponadto wnosi o:

(7) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie;

(8) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Względem zarzutu 1. Odwołujący wskazał, że narzucony przez Zamawiającego termin końcowy na realizację zamówienia tj. 31.10.2015 r. przy uwzględnieniu tego, że inwestycja ta obejmuje oprócz wykonania robót budowlanych, uprzednie wykonanie dokumentacji projektowej oraz uzyskanie wszelkich uzgodnień, decyzji administracyjnych itp., biorąc pod uwagę stopień skomplikowania całej inwestycji, wykonywanie robót na czynnym obiekcie - jest terminem nierealnym do dotrzymania. Tym samym następuje pierwotna niemożliwość wykonania zobowiązania, i co istotne niemożliwość o charakterze obiektywnym. W pierwszej kolejności podniósł, że określenie terminu zakończenia realizacji zamówienia poprzez wskazanie daty końcowej wykonania zamówienia (31.10.2015 r.) w sytuacji, gdy nie wiadomo kiedy wykonawcy będą mogli przystąpić do realizacji zamówienia, z uwagi na to, że nie wiadomo kiedy zostanie udzielone zamówienie, należy uznać za okoliczność, która utrudnia wykonawcom należyte przygotowanie oferty. Każdy bowiem z wykonawców może przyjąć sobie inny termin realizacji zamówienia. Natomiast każdy tydzień przy realizacji tego typu inwestycji to określony koszt ponoszony przez wykonawcę. Stąd aby móc rzetelnie przygotować ofertę, wykonawcy potrzebują otrzymać od Zamawiającego precyzyjne

wskazanie dotyczące terminu realizacji zamówienia. W przeciwnym razie wykonawcy złożą nieporównywalne oferty. Kolejną okolicznością jest to, że zgodnie m.in. z § 6 ust. 1 wzoru umowy, do obowiązków Wykonawcy należy także uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego ostatecznych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektów. Decyzja ta mają być uzyskana w terminie do dnia 31.10.2015 r. Uwzględniając przepisy ustawy Prawo budowlane czas potrzebny na uzyskanie takiej decyzji to kilka tygodni. Przy czym warunkiem uzyskania takiej decyzji jest wykonanie robót budowlanych. Tym samym termin na wykonanie robót budowlanych ulega skróceniu o kilka tygodni. Ponadto termin ten obejmuje również okresy zimowe. Jeżeli zatem weźmie się pod uwagę, że realizacja tego kontraktu obejmie pełen okres zimowy, który może trwać już od listopada do marca, to tym samym warunki pogodowe mogą spowodować to, że wykonawca może zostać pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia na okres 4 miesięcy. Istotne jest również to, że wiele robót prowadzone będzie „na zewnątrz”, a zatem są one bezpośrednio związane z warunkami pogodowymi, a technologia ich wykonywania uniemożliwia ich prowadzenie w warunkach np. niskich temperatur. Jeżeli weźmiemy pod uwagę jeszcze to, że ewentualną przyczyną, która może uzasadniać zmianę terminu realizacji zamówienia, czyli niemożliwych do przewidzenia warunków atmosferycznych, znacznie odbiegających od typowych (vide § 28 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) wzoru umowy), to w zasadzie wykonawca nie ma możliwości domagać się przedłużenia terminu na wykonanie zamówienia. Ujemne temperatury, opady śniegu, nie są bowiem zjawiskiem nadzwyczajnym. Faktyczny czas, w którym mogą być prowadzone roboty budowlane, uwzględniając powyższe okoliczności może zatem ulec skróceniu o kolejne kilka miesięcy. Niezależnie od powyższego zauważył, że w ogłoszeniu o zamówieniu w pozycji: "Czas trwania zamówienia lub termin realizacji" - zapisano; "Rozpoczęcie 14.09.2014r. Zakończenie 31.10.2015r.". Termin na wykonanie zamówienia, przy założeniu, iż zostanie ono udzielone tak jak wskazuje Zamawiający w dniu 14 września 2014 r., będzie wynosił - 13,5 miesiąca - 412 dni. W Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) bardzo obszernie oraz bardzo szczegółowo przedstawiono wszystkie prace, które ciążą na wykonawcy, zaczynając od czynności przedprojektowych i kończąc na odbiorze końcowym. Nie wydaje się jednak, aby wszystkie z opisanych w PFU obowiązków ujęto w Harmonogramie Ramowym Realizacji Projektu (załącznik nr 10 do SIWZ, przywołany w treści § 6 ust. 1 wzoru umowy). Cykl budowy tworzą dodane do siebie niezbędne czasy na wykonanie badań, uzgodnień, opracowań, samych robót, rozruch i odbiór kolejno po sobie następujące i wzajemnie zależne. Wpisując się w formę Harmonogramu Ramowego Realizacji Projektu (załącznik nr 10 do SIWZ) należy go uzupełnić, między innymi o następujące czynności wykonawcy:

1. Badania geotechniczne, w celu opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej;
2. Ocenę stanu technicznego budynków i budowli sąsiadujących z placem budowy, w celu

wyboru bezpiecznej technologii lub zaprojektowania zabezpieczeń; Działania przedprojektowe opisane w pkt. 1 i 2 zajmą 45 dni i wykonawca będzie mógł przystąpić do opracowania projektu budowlanego. Przyjmując nawet, iż mimo bardzo złożonych uwarunkowań prawnych i własnościowych, jakie z pewnością wystąpią przy uzgodnieniach do projektu budowlanego, uda się uzyskać decyzję - pozwolenie na budowę w terminie 16 tygodni, tj. 112 dni. Wykonawca, więc będzie mógł przystąpić do sporządzania projektów wykonawczych po upływie $45 - 112 = 157$ dni. Wykonanie np. projektów fundamentów wymaga przeprowadzenia szczegółowych badań geotechnicznych. Realizacja robót będzie możliwa po zatwierdzeniu projektów wykonawczych dla elementów konstrukcji - obiektów planowanych w pierwszej kolejności. Projekty te muszą być zatwierdzone przez Zamawiającego i Inżyniera. Biorąc pod uwagę minimalny czas na sporządzenie opracowań, a następnie ich sprawdzenie i zatwierdzenie upłyną kolejne min. 60 dni. Dodając $157 + 60 = 217$ dni. Po tym czasie, tj. 217 dniach, będzie można przystąpić do robót budowlanych w oparciu o pełną dokumentację (zakładając, że kolejne projekty wykonawcze będą służyły na bieżąco). Dla cyklu określonego w ogłoszeniu, pozostało by na realizację robót zaledwie 195 dni. W tym czasie należy przeprowadzić wszelkie odbiory, rozruch, przeszkolenie załogi, próby itp. W oparciu o zapisy PFU oraz licznych doświadczeń w tym zakresie, podstawowe prace powinny być zakończone przynajmniej 60 dni przed odbiorem końcowym. Uwzględniając te 60 dni na roboty zasadnicze wykonawca będzie miał zaledwie 135 dni. Z przeprowadzonej przez Odwołującego własnej, szacunkowej, analizy niezbędnego czasu wykonania robót budowlano-montażowych, instalacyjnych, automatyki itp. dla wszystkich obiektów zadania, pomijając utrudnienia i przerwy, które mogą wyniknąć z historycznej zabudowy obszaru, cykl realizacji samych robót nie będzie krótszy od 11,5 miesiąca, tj. 351 dni. Na wykonanie zamówienia w pełni, wykonawca potrzebuje 628 dni, tj. o 216 dni więcej niż określono w dokumentacji przetargowej. Załączył jako dowód wstępny harmonogram dla zadania.

Względem zarzutu 2. Przerzucenie na wykonawców obowiązku ponoszenia m.in. kosztów wszelkich zamknięć torowych i części peronów, jak również zorganizowania zastępczej komunikacji autobusowej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych oraz koszty poniesione przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową) - są kosztami, które powinny obciążać Zamawiającego. To on jest bowiem „gospodarzem” całej inwestycji. Obowiązkiem wykonawcy jest prawidłowe zaprojektowanie całej inwestycji, a następnie na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej wykonanie robót budowlanych. Jeżeli natomiast Zamawiający postanowił przerzucić na wykonawców rzeczony koszt, i wymaga on uwzględnienia ich w ofercie, to Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, przy użyciu dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, czyli poprzez wskazanie np. cen dodatkowych wozokilometrów, założeń dot. ilości wozokilometrów, itp. Brak takiego opisu nie pozwala wykonawcą na rzetelne przygotowanie oferty, a należy się opowiedzieć za stanowiskiem, że wręcz uniemożliwia jej przygotowanie. Tego typu koszty stanowią bardzo istotny element cenotwórczy. *Przywołał wyrok KIO z dnia 27.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1006/11, w którym KIO stwierdziła m.in., że: „W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci - naruszenie art. 29 ust 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania jednoznacznego, wyczerpującego i rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia - zasługuje na uwzględnienie w zakresie ustalenia podmiotu zobowiązanego do finansowania kosztów komunikacji zastępczej”.*

Względem zarzutu 3. Za przejaw nadużycie prawa, jak również naruszenia zasady swobody kontraktowej, należy uznać wprowadzenie kary umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za coś co nie leży po jego stronie. Tym samym przygotowując ofertę cenową musiałby on już uwzględnić ewentualne opóźnienie (opóźnienie przy wykonywaniu robót budowlanych nie spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy nie jest niczym nadzwyczajnym), za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, co jest w zasadzie niemożliwe. Za przejaw nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody umów należy również uznać brak postanowień umownych, które anulowałyby tzw. kary umowne pośrednie (za opóźnienie w wykonywaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy, których terminy wykonania są wskazane np. w § 6 ust. 2 wzoru umowy, § 4 ust 18 wzoru umowy, w przypadku, gdy wykonawca zrealizuje w terminie zamówienie. Tego typu kary nie pełnią bowiem funkcji kary umownej, czyli swego rodzaju rekompensaty w formie zryczałtowanego odszkodowania, ale stanowią nieuzasadniony niczym sposób dodatkowego wzbogacenia się kosztem wykonawcy. Przejawem nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody zawierania umów jest również brak przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w takiej samej wysokości w jakiej kara ta przysługuje Zamawiającemu za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. To samo dotyczy braku przyznania wykonawcy możliwości ubiegania się o odszkodowanie przekraczające wysokość kary umownej. Ponadto wskazał, że brak jest limitu kar umownych.

Względem zarzutu 4. Jeżeli Zamawiający postanowił przerzucić na wykonawców rzeczony koszty, i wymaga on uwzględnienia ich w ofercie, to Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, przy użyciu

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji, czyli poprzez wskazanie szacowanej ilości osób, miejsca szkolenia, itp. Brak takiego opisu nie pozwala wykonawcą na rzetelne przygotowanie oferty, a należy się opowiedzieć za stanowiskiem, że wręcz uniemożliwia jej przygotowanie. Tego typu koszty stanowią bardzo istotny element cenotwórczy.

Względem zarzutu 5. Zamawiający w § 15 ust. 3 wzoru umowy zawarł następujące postanowienie: *„W przypadku zaistnienia w czasie wykonywania Robót zdarzeń, awarii (innych niż wypadki i incydenty), które spowodowały uszkodzenie, awarię infrastruktury kolejowej, skutkujące zakłóceniem procesu eksploatacyjnego, Wykonawca natychmiast powiadomi o tym Inżyniera oraz Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie. Inżynier, wspólnie z przedstawicielem Zakładu Unii Kolejowych i Wykonawcy stwierdzi na miejscu stan faktyczny, określi rodzaj, czas i skutki zakłóceń procesu eksploatacyjnego, oraz sporządzi dokumentację ze wskazaniem strony odpowiedzialnej za zaistniałe uszkodzenie, awarię. W przypadku nie sporządzenia takiej dokumentacji, wszelkie koszty powstałe w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego poniesie Wykonawca.”* Zamawiający wskazał w sposób wyraźny, że stosowną dokumentację sporządza Inżynier, a nie wykonawca, a zatem podmiot zupełnie od wykonawcy niezależny, na którego działanie nie ma on żadnego wpływu. Natomiast w przypadku nie sporządzenia stosownej dokumentacji zgodnie z treścią przywołanego postanowienia umownego, przez podmiot trzeci (za taki należy uznać Inżyniera), wykonawca zostaje obciążony za coś za co nie może odpowiadać, ponieważ to nie on ma wykonać dokumentację. Wykonawca nie ma żadnych, narzędzi prawnych umożliwiających mu zobligowanie Inżyniera do wykonania dokumentacji, a ryzyko obciążenia go wszelkimi kosztami z tym związanymi jest duże, a jednocześnie niemożliwe do oszacowania w ofercie cenowej.

Względem zarzutu 6. Zamawiający w § 4 ust. 25 wzoru umowy, który to § 4 dotyczy obowiązków wykonawcy, zawarł postanowienie o następującej treści: *„Likwidacja zbędnych lub przeniesienie użytkowanych tras instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, kolidujących z realizowanymi obiektami, które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych”*. Poprzez takie niejasne sformułowanie postanowienia umowy, Zamawiający stwarza sobie pole do nadużyć w trakcie realizacji umowy, i w konsekwencji do arbitralnych rozstrzygnięć w przypadku zaistnienia spornych sytuacji. Zamawiający wymaga, aby wykonawcy usuwali wszelkie zbędne lub przenosili użytkowane trasy instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, które kolidują z realizowanymi obiektami, a które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych. Tak sformułowany obowiązek może oznaczać nieograniczony niczym obowiązek usuwania wszelkich kolidujących np., instalacji, które nie były nigdzie zewidencjonowane, i których żaden wykonawca przy uwzględnieniu nawet profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności, nie był w stanie

przewidzieć. Tego typu ryzyko nie jest możliwe do skalkulowania w ofercie cenowej. Poza tym jeżeli wykonawca miałby wykonywać w ramach rzeczowej Umowy czynności, które nie były przewidziane (opisane), a które tym samym wykraczają poza określony w niej zakres, to powinny one być odrębnie zlecone. Inaczej mielibyśmy do czynienia z naruszeniem przepisu art. 140 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Przy tak skonstruowanym postanowieniu, wykonawcy nie mają pewności, czy Zamawiający ma na myśli prace wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, czy też chce obciążać wykonawców tym, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonywali również inne prace wychodzące poza zakres przedmiotu zamówienia. Stoi to w sprzeczności z przepisem art. 140 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie może się również zgodzić na takie postanowienia, z uwagi na to, że nie jest on w stanie wyszacować kosztów ewentualnych dodatkowych prac, które mogą wystąpić, a będą wykraczały poza przedmiot zamówienia. *Opisane powyżej zarzuty mają wpływ na wynik postępowania, albowiem mogą one wpłynąć na decyzję wykonawców dotyczącą tego, czy warto przy tak jednostronnie opisanych warunkach składać ofertę, z uwagi na ryzyko jakim zostaje obciążony wykonawca. Wskazał na wyrok KIO z dnia 06.03.2013 r., sygn. akt: KIO 411/13, potwierdzający to, że Zamawiający wprowadzając opisane powyżej postanowienia, swoim zachowaniem może zniechęcić wykonawców do złożenia oferty: „U podstaw uwzględnienia niektórych zarzutów odwołującego legły ustalenia, że zamawiający w części postanowień SIWZ nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, bądź bez usprawiedliwionej potrzeby wymagania, są nadmierne. Takimi zapisami SIWZ przerzucił na wykonawcę ciężący na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego opisu przedmiotu zamówienia. Zasady wyrażone w art. 7 ust. Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robót — możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość konieczność ich wykonania — nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - bezterminowe, nie gwarantujące koniecznego współdziałania, niedookreślone, niespójne (np. terminy płatności) - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie (...). Także wygórowane wymagania, w tym nakładanie na wykonawcę zbyt krótkich terminów, przy czym nie wynikające z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego mogłoby wpłynąć na odstąpienie części wykonawców zdolnych zrealizować zamówienie, od złożenia oferty (...). Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także w zgodność z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych*

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. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust 2 ustawy Pzp.”.

Zamawiający w dniu 25.06.2014 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Budimex SA, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwane dalej: „Budimex SA” albo „Przystępującym”, która wniosła o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: NDI SA, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zwane dalej: „NDI SA” albo „Przystępującym”, która wniosła o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała niniejsze zgłoszenie za nieskuteczne uzasadnienie w dalszej części orzeczenia.

W dniu 03.07.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie przed otwarciem posiedzenia, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu.

Ad. I

Odwołujący w większości swoich zarzutów kwestionuje sporządzone przez Zamawiającego warunki przyszłej umowy o przedmiotowe zamówienie podnosząc, iż powodują rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego i są sprzeczne z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego. Zwrócił uwagę, iż przepisy Kodeksu cywilnego doznają istotnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Wynika to zarówno z art. 139 ust. 1 Pzp, które odsyłają do stosowania Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, jak i następnym przepisów działu IV ustawy Pzp. Przepis art. 36 ust. 1 pkt

16 Pzp stanowi, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, jeżeli zamawiający wymaga by wykonawca zawarł z nim umowę na przedstawionych warunkach. Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (za wyrokiem KIO z 30.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1189/10), konsekwencją czego jest przysługujące mu prawo podmiotowe jednostronnego ustalenia warunków umowy w sposób, który zabezpiecza jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353¹ kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, która ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. (za wyrokiem KIO z 13.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2078/13). W związku z tym Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia w warunkach przyszłej umowy z wykonawcą przede wszystkim elementów niezbędnych do zagwarantowania uzyskania określonego celu (publicznego), w którym ma być zawarta dana umowa. Takim elementem bez wątpienia jest termin realizacji umowy. Wykonawca nie wykazał przy tym nierealności terminu realizacji określonego w SIWZ, zaś przypisywane naruszenie oddziałuje w taki sam sposób na każdego z potencjalnych wykonawców nie preferując żadnego z nich. Tym samym nie stanowi naruszenia art. 7 ustawy, a dalej też pozostałych regulacji wskazanych zarzucie nr 1. Tym nie mniej, mając na uwadze sygnalizowane zarówno w odwołaniu jak i pytaniach

i odpowiedziach ryzyko niedotrzymania przez potencjalnych oferentów zakładanego w warunkach umowy terminu realizacji zamówienia wyznaczonego na 31.10.2015 r. Zamawiający w dniu 01.07.2014 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ, w której dokonał ograniczenia zakresu przedmiotowego zamówienia, co z pewnością umożliwi wykonawcy realizację przedmiotu umowy w zakładanym terminie. I tak rezygnacja z modernizacji istniejącej kładki dla pieszych powoduje, że cały czas jest utrzymane dojście do wszystkich peronów podczas realizacji inwestycji. Modernizacja istniejącej kładki nie jest możliwa bez wykonania kładki nowej lub utrzymania przejścia podziemnego. Rezygnacja ta powoduje również, że nie trzeba będzie zmieniać tymczasowej organizacji ruchu pasażerów na dworcu w trakcie realizacji zadania. Ma to bardzo duży wpływ na harmonogram realizacyjny. Rezygnacja z modernizacji peronów nr 2 i nr 3 powoduje, że redukuje się czas zamknięć torowych do koniecznego przy wykonywaniu robót związanych z modernizacją przejścia podziemnego i budowy nowej kładki na ograniczonym obszarze. Ma to wpływ na harmonogram realizacyjny i większą elastyczność przy uzyskiwaniu tych zamknięć. Założenie wykonania robót dotyczących peronu nr 4, muru oporowego i byleję nastawni skutkuje koniecznością zamknięcia tylko jednego toru wjazdowego na stację co będzie możliwe na dłuższy okres czasu. W związku Tym samym zarzut stał się nieaktualny i nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z czym Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Ad. II

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych oraz części peronów, jak również organizowania komunikacji zastępczej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych, bez szczegółowego przekazywania informacji potrzebnych do skalkulowania kosztów. Odpowiadając na ten zarzut zauważył, że stał się on nieaktualny. Zamawiający z dniem 01.07.2014r. dokonał stosownej modyfikacji SIWZ w zakresie powoływanych w zarzucie przepisów pkt III ust. 3 SIWZ i pkt XVI ust. 2 SIWZ (odpowiednio zmiana brzmienia rozdziału III SIWZ - str. 29-31 odpowiedzi na pytania z dnia 01.07.2014r. oraz zmiana brzmienia pkt XVI ust. 2 SIWZ - str. 28, poprzez eliminację zakażonych postanowień. W związku Tym samym zarzut stał się nieaktualny i nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z czym Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Ad. III

Zarzut Odwołania zawiera w tej pozycji 5 zarzutów, zatem istnieje konieczność odniesienia się do każdego z nich:

1)

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający dokonał naruszenia zasady swobody kontraktowej poprzez wprowadzenie do wzoru umowy kar umownych za opóźnienie a nie za zwłokę. Z tak sformułowanym zarzutem, nie sposób się zgodzić. Zwracił uwagę, iż zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie lub za zwłokę stanowi element umowy pomiędzy stronami, i brak jest przepisu który w tym zakresie wyłączałby ukształtowanie stosunku prawnego w taki sposób, jak uczynił to Zamawiający. Oba pojęcia - zwłoki i opóźnienia, związane są z niewykonaniem przez dłużnika świadczenia w określonym terminie, który najczęściej wskazywany jest w umowie. Jeżeli termin nie jest określony w umowie, wówczas, gdy dłużnik nie spełnia swojego zobowiązania niezwłocznie po wezwaniu go przez wierzyciela. Co prawda w codziennym obrocie gospodarczym spotyka się zamienne używanie pojęć zwłoki i opóźnienia, niemniej jednak oba pojęcia znacząco się różnią i wywołują odmienne skutki prawne. Z opóźnieniem tzw. zwykłym mamy bowiem do czynienia wtedy, kiedy dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie z powodu okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności. Zwłoka z kolei definiowana jest jako swego rodzaju opóźnienie kwalifikowane i zachodzi wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia w terminie, z powodu okoliczności za które ponosi odpowiedzialność. Wskazana zależność została zawarta w art. 476 k.c. który to przepis stanowi iż: *„dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”*. Art. 476 k.c. zawiera swego rodzaju domniemanie prawne z którego wynika, iż dłużnik nie dotrzymując terminu wykonania zobowiązania dopuszcza się zwłoki. Dopuszcza się zatem kwalifikowanej formy opóźnienia. Jedyne obowiązki wierzyciela sprowadza się w tym przypadku do wykazania, że upłynął bezskutecznie termin do wykonania przez dłużnika świadczenia. Natomiast w przypadku, gdy dłużnik podnosi, iż nie spełnił świadczenia w terminie z powodu okoliczności za które nie ponosi odpowiedzialności, a zatem że dopuścił się jedynie opóźnienia zwykłego a nie kwalifikowanego w postaci zwłoki, winien te okoliczności wskazać, (wyrok SA w Katowicach z 25.05.2006 r., sygn. akt: I ACa 1229/05). W interesie bowiem dłużnika jest wykazanie, iż nie wykonał zobowiązania z powodu okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Dopóki więc tego nie wykaże, uchybienie przez dłużnika terminowi, kwalifikowane będzie jako zwłoka. To z kolei będzie stwarzać dalej idące negatywne następstwa dla dłużnika, niż by to miało miejsce w przypadku opóźnienia zwykłego. W przypadku bowiem opóźnienia zwykłego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł on żadnej szkody (art. 481 § 1 k.c.) Ponadto, na zasadach ogólnych przysługuje mu roszczenie o wykonanie przez dłużnika zobowiązania. Z kolei w przypadku zaistnienia zwłoki, stosownie do przepisów art. 477-481 k.c. wierzyciel może: niezależnie od wykonania zobowiązania,

żądać od dłużnika naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, w przypadku gdy wskutek zwłoki dłużnika, świadczenie utraciło dla wierzyciela całkowicie lub w przeważającym stopniu znaczenie, może on świadczenia nie przyjąć i żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, żądać odsetek za czas zwłoki, może ponadto żądać tzw. wykonania zastępczego na koszt dłużnika w wypadkach wskazanych w art. 479 i 480 k.c. Poza tym, jeżeli przedmiotem świadczenia jest rzecz oznaczona co do tożsamości, dłużnik będący w zwłoce odpowiedzialny jest za utratę lub uszkodzenie przedmiotu świadczenia, chyba że utrata lub uszkodzenie nastąpiłoby także wtedy, gdyby świadczenie zostało spełnione w czasie właściwym. Ponadto zauważył, iż niezależnie od skutków przewidzianych w kodeksie cywilnym, zarówno w przypadku opóźnienia zwykłego jak i kwalifikowanego w postaci zwłoki, dłużnika obciążają skutki wynikające z umowy jaką zawarł z wierzycielem. Na podstawie powyższego, w interesie dłużnika jest udowodnienie i wykazanie, iż uchybienie terminowi świadczenia nastąpiło z przyczyn za które nie ponosi on odpowiedzialności. Jego odpowiedzialność i skutki w przypadku zwłoki są bowiem nieporównywalnie większe niż ma to miejsce w przypadku dopuszczenia się przez niego opóźnienia zwykłego. Z kolei w interesie wierzyciela byłoby, pragnąc zapewnić sobie jak największą możliwość w przyszłości, by dłużnik nie udowodnił, że niewykonanie przez niego zobowiązania w terminie nastąpiło z przyczyn za które nie ponosi on odpowiedzialności. Należy mieć również na względzie, iż zgodnie z art. 473 k.c. strony umowy mogą rozszerzyć bądź ograniczyć zakres okoliczności, za które dłużnik będzie odpowiadał. W tym stanie, może dość do sytuacji, iż zwłoka jak i opóźnienie zwykłe nie będą się praktycznie między sobą różniły. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie zatem wnosimy o jego oddalenie.

2)

Odwołujący wskazał jako naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji zaniechanie wprowadzenia postanowień, które umożliwiłyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich, w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy. Obowiązkiem Zamawiającego jest takie określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym co do kar umownych, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenia określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. Zastrzeżone przez zamawiającego w tym zakresie kary umowne z tytułu opóźnienia w wykonaniu poszczególnych elementów mają niewątpliwie charakter, mobilizujący wykonawcę do dołożenia wszelkich starań mających na celu prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu Umowy. Należy zauważyć, iż w przypadku gdy wykonawca będzie świadomy, iż opóźnienie wykonania poszczególnych etapów Umowy, nawet obwarowane sankcjami w postaci kar umownych, nie będzie miało przewidywanych konsekwencji w przypadku dotrzymania terminu realizacji całej umowy, może założyć, iż

zintensyfikuje swoje działanie w ostatniej fazie realizacji, tak aby dotrzymać terminu końcowego, gdyż wtedy nie zastaną mu naliczone kary umowne za niedotrzymanie terminów pośrednich. Takiego ryzyka Zamawiający chce uniknąć w przedmiotowym zamówieniu, toteż zaniechał wprowadzenia zapisu, o który postuluje Odwołujący. Powyższe nie prowadzi przy tym do naruszenia żadnej ze wskazanych regulacji (art. 7, 5 i 139 Pzp, jak też art. 353¹ i 483 kc). Dodatkowo zauważył, że Zgodnie z przywołanym brzmieniem przepisów art. 483 i 484 Kc zastrzeżenie kary umownej zależy wyłącznie od woli samych stron kontraktu, a z perspektywy wskazanych regulacji PZP z woli Zamawiającego który przygotowuje wzór umowy. Co istotne wbrew swej nazwie kara umowna nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu (*ius puniendi*), lecz jedynie zastrzeżoną sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, co ważne sankcją oznaczoną w pieniądzu (wyjątkowo w ramach swobody umów dopuszcza się by wierzyciel zastrzegł sobie inne świadczenie - powyższe z uwagi na nieprzydatność dla wniosków niniejszej opinii nie będzie dalej rozwijane.). Z art. 483 § 1 Kc *expresis verbis* wynika, że kara umowna ma na celu „naprawienie szkody”, można więc uznać, że jest ona swoistą postacią odszkodowania. Kara umowna może przy tym obejmować trzy grupy zdarzeń, a mianowicie:

- 1) niewykonanie zobowiązania,
- 2) nienależyte wykonanie zobowiązania w ogólności,
- 3) i konkretne uchybienia w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (np. co do jakości lub czasu jak to przewidziano w zaskarżonej umowie)

Zgodnie z cytowanym art. 483 § 1 Kc kara umowna może zostać zastrzeżona wyłącznie w odniesieniu do zobowiązania niepieniężnego (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 26.09.1969 r., III CZP 8/69, *LexPolonica* nr 300856, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97 i uchwały składu 7 sędziów z 15.05.1976 r., III CZP 2/76, *LexPolonica* nr 301149, OSNCP 1977, nr 4, poz. 66, oraz Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu uchwały z 13.10.1993 r., W. 6/92, *LexPolonica* nr 365003, OTK 1993, cz. II, poz. 50).

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 Kc). Wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia samych przepisów jej dotyczących. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej sprawia, że zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 Kc - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (uzasadnienie orz. SN z 20.03.1967 r., II CR 419/ 67, wyrok SA w Poznaniu z 22.10.2009 r., I ACa 697/2009 Dziennik Gazeta Prawna 2010/2 str. E7, wyrok SN IC z 11.01.2008 r., V CSK 362/2007). Obwarowanie zobowiązania karą umowną ma na

celu m.in. zwiększenie realności jego wykonania oraz ułatwienie naprawienia szkody powstałej w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (umowy). Obowiązek jej zapłaty ma więc w stosunku do zasadniczego obowiązku dłużnika charakter akcesoryjny (uboczny), ale przede wszystkim poprzez dotkliwość kary umownej charakter gwarancyjny. W związku z tym zastrzeżenie kar umownych niekoniecznie musi być zgodne z panującymi zwyczajami (art. 353¹Kc).

KARA UMOWNA A SZKODA

Na gruncie cytowanych przepisów w doktrynie trwał spór, co do związku między poniesieniem szkody przez wierzyciela, a roszczeniem o zapłatę kary umownej.

Według pierwszego, tradycyjnego poglądu, wierzyciel mógł się domagać się kary umownej bez względu na powstanie szkody po jego stronie, tylko przy takim bowiem założeniu instytucja kary umownej jest odpowiednio silnym środkiem oddziaływania na niesolidnego kontrahenta i może odegrać rolę bodźca mobilizującego dłużnika do należytego wykonania zobowiązania (tak też w orz. SN z 2.06.1970 r., II CR 167/70, *LexPolonica* nr 300902, OSNCP 1970, nr 11, poz. 214). Według poglądu drugiego, opierającego się na wykładni literalnej art. 483 § 1 i art. 484 § 1 Kc, zastrzeżenie kary umownej ma jedynie takie znaczenie, że wierzyciel - dochodząc zapłaty tej kary -nie musi udowadniać zarówno samego faktu istnienia szkody, jak i jej wysokości. Niemniej jednak przesłanką powstania roszczenia o zapłatę kary umownej jest m.in. także szkoda wyrządzona wierzycielowi na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, dlatego też, jeżeli tylko dłużnik zdoła udowodnić zupełny brak szkody wierzyciela, to w konsekwencji wykaże też, iż kara umowna nie przysługuje (tak również SN w uzasadnieniu orz. z 14.07.1976 r., I CR 221/76, *LexPolonica* nr 296128, OSNCP 1977, nr 4, poz. 76 oraz - jak się wydaje - w uzasadnieniu orz. z 07.02.1975 r., III CRN 406/74, *LexPolonica* nr 296123, OSNCP 1976, nr 2, poz. 34). Sąd Najwyższy wyraźnie opowiedział się za pierwszym stanowiskiem, przyjmując w uchwale składu 7 sędziów SN z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/2003, *LexPolonica* nr 364473 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69), stanowiącej zasadę prawa, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody (wcześniejsze orzeczenia traktowały tę sprawę odmiennie - np. w wyroku SA w Katowicach z 28.05.2003 r., sygn. akt: I ACa 1376/2002, *Gazeta Prawna* 2007/98 str. A7, stwierdzono, że *„Treść unormowań zawartych w art. 483 § 1 kc i art. 484 § 1 kc wskazuje jednoznacznie, iż brak jakiegokolwiek szkody po stronie wierzyciela wyklucza domaganie się kary umownej”*. W wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/2001 wskazano, że *„kara umowna (art. 483 § 1 kc) należy się wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i jeżeli wierzyciel*

doznał szkody. Ciężar dowodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie zostało zawinione przez dłużnika i że wierzyciel nie doznał szkody, spoczywa na dłużniku (art. 6 kc)". Podobnie w wyroku z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/2001 Sąd Najwyższy - Izba Cywilna wyraził pogląd, że „Zgodnie ze stanowiskiem, bazującym na gramatycznej wykładni art. 483 § 1 kc, kara umowna należy się jedynie wówczas, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania pociągnęło za sobą powstanie uszczerbku w majątku wierzyciela. Zastrzeżenie kary umownej chroni interesy wierzyciela jedynie o tyle, że zwalnia go z obowiązku wykazania wielkości poniesionego uszczerbku. To dłużnik, chcąc zwolnić się z obowiązku uiszczenia kary umownej, musi wykazać, że wierzyciel nie poniósł szkody. Akcentowana jest zatem kompensacyjna, a nie represyjna funkcja kary umownej”). Orzeczenie to potwierdzają kolejne, coraz to świeższe wyroki Sadu Najwyższego i tak:

- Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w wyroku z 04.12.2003 r. II CK 160/2002 stwierdził, że „Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody” (LexPolonica nr 405124),
- Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w wyroku z 07.07.2005 r., V CK 869/2004, stwierdził, że „Wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody. Dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jednak wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.” (LexPolonica nr 1854125, Rzeczpospolita 2008/60 str. F5).

MIARKOWANIE (ZMNIEJSZANIE) KARY UMOWNEJ

Nie oznacza to, że kara wobec Wykonawcy z tytułu powstałego opóźnienia w realizacji zobowiązań umownych musi pozostać na poziomie wynikającym z uregulowań umownych. Art. 484 § 2 Kc dopuszcza bowiem zmniejszenie (miarkowanie) kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana, z tym że może to nastąpić wyłącznie w drodze orzeczenia sądu (orzeczeniem takim jest także postanowienie o zatwierdzeniu ugody przesądowej zawieranej przez strony, o czym w dalszej części opinii) i jest wyjątkiem od sformułowanej w art. 484 § 1 Kc zasady, iż w razie wyrządzenia wierzycielowi szkody przysługuje mu kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bez względu na wysokość tej szkody. Normujące instytucję kary umownej przepisy Kodeksu Cywilnego nie pozbawiły zatem całkowicie doniosłości prawnej regulacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej, a godnym ochrony interesem wierzyciela. Nie można bowiem powoływać się tylko na potrzebę zapewnienia lepszej pozycji wierzyciela, gdyż zgodnie z ogólną regułą prawo zobowiązań musi uwzględniać słusze interesy obu stron stosunku obligacyjnego. /Tak m.in. w cytowanym Komentarzu do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania pod redakcją: Dmowski Stanisław, Sychowicz

Marek, Ciepla Helena, Kołakowski Krzysztof, Wiśniewski Tadeusz, Żuławska Czesława, Gudowski Jacek, Bieniek Gerard, *Tom I Warszawa 2009 Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis (wydanie IX)*. Zatem w razie występującej dysproporcji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej, dopuszczalne jest na podstawie art. 484 § 2 Kc jej zmniejszenie na żądanie dłużnika. Zmniejszenie kary umownej może nastąpić na podstawie łącznego stosowania przesłanek miarkowania, a jego dokonanie mogą uzasadniać różnorakie okoliczności. Miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 Kc, jak już wskazano powyżej, należy do tzw. prawa sędziowskiego, zaś regulacja tego przepisu nie zawiera jakichkolwiek wyłączeń. Przepis ten mający charakter normy ogólnej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Zaznaczyć trzeba, że według Sądu Najwyższego samoistnej podstawy zmniejszenia kary umownej nie może stanowić art. 362 Kc, zmniejszenie takie może nastąpić jedynie na podstawie art. 484 § 2 Kc (wyrok z 28 lipca 2004 r. IV CK 522/2003, *LexPolonica* nr 372465, OSNC 2005, nr 7-8, poz. 131). W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie zatem wnosimy o jego oddalenie.

3 oraz 5)

W obu zarzutach Odwołujący wskazuje jako naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji zaniechanie wprowadzenia postanowień, w zakresie przyznania kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz zastrzeżenie tylko dla Zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Podkreślił, że zgodnie z art. 483 § 1 kc, kara umowna może być zastrzeżona w umowie wyłącznie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W stosunku zobowiązaniowym stanowiącym przedmiot umowy tylko wykonawca zobowiązany jest do spełnienia świadczenia niepieniężnego, natomiast zamawiający spełnia świadczenie w formie pieniężnej. Zastrzeżenie kar umownych na rzecz wykonawcy nie znajduje potwierdzenia w przepisach Kodeksu cywilnego. Przepis art. 484 § 2 kc wskazywany w zarzucie odwołującego (jedeny przepis o charakterze szczególnym odnośnie umów przywołany w zarzutach odwołania), dotyczy możliwości żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane oraz kary umownej rażąco wygórowanej, jako zastrzeżony do stosowania przez Sąd w ramach tzw. prawa sędziowskiego) nie może być przedmiotem naruszenia przez Zamawiającego.

Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 31.08.2011, sygn. akt: KIO 1758/11, (...) *zarzut dotyczący naruszenia przez § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] - art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający*

*zaniechał przyznania wykonawcy prawa do kary umownej, a w konsekwencji także odszkodowania uzupełniającego - nie może być uznany za zasadny. Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 24 dotyczącym kar umownych przyznania wykonawcy prawa do kary umownej. Jednak z istoty instytucji kary umownej wynika, że stosuje się ją w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, co wynika z art. 483 § 1 Kc. To wykonawca jest obowiązany wykonać zobowiązanie niepieniężne, natomiast zamawiający jest obowiązany wykonać zobowiązanie pieniężne, do którego stosuje się m.in. przepis art. 481 Kc odnoszący się do odsetek za nieterminowe wykonanie zobowiązania pieniężnego. Stosowanie tego przepisu w przypadku ewentualnego zaistnienia opóźnienia świadczenia pieniężnego nie zostało w żaden sposób ograniczone przez zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dotyczący naruszenia art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu wzorze umowy] zamawiający zaniechał ustanowienia prawa do kary umownej dla wykonawcy- nie może być uznany za zasadny. Brak możliwości zastrzeżenia kar umownych na rzecz Wykonawcy przekreśla z mocy art. 483 § 1 Kc *In fine* możliwość domagania się odszkodowania uzupełniającego. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie zatem wnosimy o jego oddalenie.*

4)

Odwołujący wskazuje jako naruszenie zasad prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji zaniechanie wprowadzenia postanowień, które wskazywałyby górny limit wysokości kar umownych, ale w tym zakresie nie stara się nawet budować jakiegokolwiek argumentacji. Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 31.08.2011, sygn. akt: KIO 1758/11, zarzut dotyczący naruszenia przez § 24 Warunków Kontraktu [wzoru umowy] - art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy] zamawiający zaniechał określenia limitu kar umownych ze wszystkich tytułów - nie może być uznany za zasadny. Zamawiający nie określił w Warunkach Kontraktu [we wzorze umowy], a zwłaszcza w § 24 dotyczącym kar umownych, górnego limitu kar umownych. Jednak żaden przepis nie nakazuje ustanowienia takiego limitu. Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dotyczący naruszenia art. 353 1 Kc w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, ponieważ w Warunkach Kontraktu zamawiający zaniechał określenia limitu kar umownych ze wszystkich tytułów - nie może być uznany za zasadny. W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie zatem wnosimy o jego oddalenie.

Ad. IV

W zakresie zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, poprzez

wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów zorganizowania odpowiedniego szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany przez Zamawiającego - bez szczegółowego przekazania informacji potrzebnych do skalkulowania tych kosztów, należy wskazać, iż Zamawiający w dniu 01.07.2014 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ, i dotychczasowe postanowienie § 4 ust. 57 - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymało następujące brzmienie: „57 Wykonawca zapewni na swój koszt odpowiednie szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany w Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo -Finansowym”. Tym samym to Wykonawca ma najlepszą wiedzę jak urządzenia zaoferuje i jakie w związku z tym koszty poniesie na szkolenia personelu dla zapewnienia sprawnej i bezpiecznej obsługi tych urządzeń. Z uwagi na powyższe zarzut stał się nieaktualny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. V

W zakresie zarzutu nieopisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wobec treści § 15 ust. 3 Umowy, Wykonawca podnosi, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający obciąża wykonawcę wszelkimi kosztami powstałymi w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego - w sytuacji niesporządzenia dokumentacji, przez Inżyniera, a zatem przez podmiot zupełnie niezależny od wykonawcy, na który nie ma on żadnego wpływu, należy wskazać, iż Zamawiający w dniu 02.07.2014 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ, w której dotychczasowe postanowienie § 15 ust. 3 - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymało następujące brzmienie: „3. W przypadku zaistnienia w czasie wykonywania Robót zdarzeń, awarii (innych niż wypadki i incydenty), które spowodowały uszkodzenie, awarię infrastruktury kolejowej, skutkujące zakłóceniem procesu eksploatacyjnego, Wykonawca natychmiast powiadomi o tym Inżyniera oraz Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie. Inżynier, wspólnie z przedstawicielem Zakładu Linii Kolejowych i Wykonawcy stwierdzi na miejscu stan faktyczny, określi rodzaj, czas i skutki zakłóceń procesu eksploatacyjnego, oraz sporządzi dokumentację ze wskazaniem strony odpowiedzialnej za zaistniałe uszkodzenie, awarię.”

W związku Tym samym zarzut stał się nieaktualny i nie zasługuje na uwzględnienie, w związku z czym Zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Ad. VI

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w zakresie sformułowania § 4 ust. 25 wzoru Umowy, dokonał w/w czynności:

- w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego,
- powodującą rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszającą zasady

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie

uczciwej konkurencji,

-jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

-jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

- oraz w wyniku którego może dojść do realizacji zamówienia poza zakres wynikający z oferty wykonawcy

poprzez umieszczenie niejednoznacznego postanowienia o treści: „*Likwidacja zbędnych lub przeniesienie użytkowanych tras instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, kolidujących z realizowanymi obiektami, które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych*”. Treść § 4 ust. 25 jest konsekwencją przyjętej konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie, z którym w myśl art. 632 § 1: „*Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac*”. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że w jego ocenie SIWZ zawiera kompletne i najbardziej aktualne materiały pozwalające na przygotowanie oferty, w tym wycenę ryzyk dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie KIO dominuje stanowisko, że Wykonawca ocenia, czy ze względu na całokształt warunków zamówienia, ryzyko niewywiązania się z warunków kontraktu zachodzi, jakie jest jego prawdopodobieństwo i koszt. Może je też skalkulować w cenie oferty. Warunki w tym zakresie są identyczne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Wykonawca może tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensacje wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia, wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Obiektywna niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie może być zrównana z wpływem na jego wynik, materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. Zdaniem Izby zwiększone ryzyka ekonomiczne, nie muszą pozbawiać wykonawcy możliwości sporządzenia ważnej oferty. Izba stwierdza także, że wykonawca kwestionując postanowienia wzoru umowy nie wykazał, że zawarcie umowy na warunkach określonych we wzorze umowy i wskazywanych w tym wzorze ryzykach spowoduje zawarcie nieważnej umowy, bądź też obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia. (...) Tylko

bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować jego uwzględnienie (sygn. akt: KIO 2612/13). W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach (tak wyrok SO w Gdańsku z 14.07.2011 r. sygn. akt: XII Ga 314/11 i wyroku SO we Wrocławiu z 14.04.2008 r. sygn. akt: X Ga 67/08). W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie zatem wnosimy o jego oddalenie.

Podsumowanie.

Poczynione zmiany w SIWZ powodują, że Odwołujący nie doznają uszczerbku w interesie, na który się powołuje. Regulacje SIWZ nie uniemożliwiają zwożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty a w szczególności nie prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego. Zważyć przy tym należy, że dokonane zmiany SIWZ sprawiają, że zarzuty co do których Zamawiający dokonał zmian SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołania przestały być na chwilę obecną kwestią sporną pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, co w świetle przyjętej linii orzeczniczej w zakresie wykładni art. 192 ust 2 Pzp powoduje, iż powinny pozostać pozostawione bez rozpoznania.

Na poparcie powyższego wniosku wskazał, iż w wyroku z 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 459/11 Izba, oddalając odwołanie, uznała wprawdzie, iż *„Uwzględnienie w części zarzutów odwołania przez zamawiającego należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Prawa Zamówień Publicznych., jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone”*. Jednocześnie KIO stwierdziła, iż *„oddalając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu (...) tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze art. 192 ust. 2 ustawy, Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów (...) Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień siwz, a zatem na moment orzekania stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania”*. Podobnie w wyroku z 01.02.2011 r. Izba orzekła: *„Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do*

sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe". KIO 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11. Powyższe orzeczenia oddają w pełni intencje ustawodawcy w zakresie dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy nakazujące Izbie uwzględnienie odwołania, wyłącznie jeśli stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów pzp miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jeśli natomiast wprawdzie do naruszenia przepisów doszło, jednakże zamawiający sam „naprawił” swój błąd (np. dokonał zmiany SIWZ), to orzekanie w tym przedmiocie jest niecelowe. Zatem odwołanie winno zostać oddalone. Brak zastosowania cyt. przepisu w sytuacji uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego przy jednoczesnej konwalidacji wadliwej czynności - dokonaniu zmiany treści SIWZ oraz publikacji zmian przed rozprawą, przy jednoczesnym braku uwzględnienia przez Izbę któregokolwiek z pozostałych zarzutów, powoduje z jednej strony bezprzedmiotowość orzekania Izby, z drugiej zaś - sytuację, w której zamawiający „wygrywa” sprawę, ale musi zapłacić koszty postępowania przed KIO. Na marginesie wskazał, iż aktualnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wniesienia odwołania (przepisy nie obowiązującej już ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. taki skutek dla postępowania wprost przewidywały). Jedyne skutki zawieszający dla postępowania o zamówienie publiczne, jaki ma złożenie odwołania, przewidziany jest dla czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez Zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego. Tak więc, jeśli w toku postępowania wykonawca zaskarży w trybie odwoławczym postanowienie SIWZ, a czas na rozstrzygnięcie tych zarzutów ulegnie przesunięciu poza pierwotnie wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert, Zamawiający - zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp - ma prawo w dalszym ciągu prowadzić to postępowanie, oceniając zasadność zarzutów odwołania i zasadność podjęcia w tym zakresie pewnego ryzyka, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania dotyczących postanowień SIWZ po otwarciu ofert koniecznym będzie unieważnienie takiego postępowania. Zamawiający może także w takiej sytuacji przesunąć termin składania ofert do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. Ocena powyższych działań należy do podmiotu Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że w przedmiotowej sprawie nie

wstrzymał się z określonymi czynnościami w postępowaniu, tj. modyfikacją SIWZ do czasu rozstrzygnięcia merytorycznego lub formalnego w przedmiocie złożonych do Izby odwołań (tak m.in. wyrok KIO z 21.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1684/12.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Względem dokonanego zgłoszenia po stronie Odwołującego NDI SA, Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla prokurenta M. W. - G. , w związku z tym Izba uznał zgłoszone przystąpienie za

nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia z 01.07.2014 r., postanowień SIWZ, zał. nr 9 (wzoru umowy), 10 (Harmonogramu) i 11 (PFU) do SIWZ, pytań z 20.06.2014 r., odpowiedzi na pytania – pismo z 01.07.2014 r., zmian postanowień SIWZ z 01.07.2014 r., w tym Instrukcja IR 19, erraty PFU, zał. nr 10 po zmianie z 01.07.2014 r., odwołania wraz z załącznikiem (Wstępnym harmonogramem dla zadania), przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego – naruszenia przez Zamawiającego - art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2 Pzp, oraz art. 5, 353¹, 387 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z określeniem końcowego terminu wykonania zamówienia na dzień 31.10.2015 r. i tym samym wskazanie nierealnego terminu na wykonanie zamówienia (pkt II. 3) Ogłoszenia o zamówieniu, pkt VIII. SIWZ, § 6 ust. 1 wzoru umowy, Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający określił w pkt III SIWZ: „(...) 1. Projekt obejmuje wykonanie dokumentacji technicznej i projektowej, pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie robót budowlano-montażowych w zakresie przebudowy układu funkcjonalnego budynku dworca wraz z towarzyszącą mu infrastrukturą torowo-peronową w celu poprawy standardu obsługi i bezpieczeństwa podróżnych (w tym dostępności do korzystania z usług kolejowych przez

osoby niepełnosprawne i z ograniczonymi możliwościami ruchowymi). Planuje się podniesienie stanu technicznego i wyposażenia obiektu dworcowego oraz infrastruktury torowo-peronowej, a także poprawę warunków sanitarnych i higienicznych oraz zmniejszenie negatywnego oddziaływania na środowisko naturalne. Projekt obejmuje przebudowę wraz ze zmianami funkcjonalnymi budynku Dworca Głównego łącznie z instalacjami, przebudowę strefy wejściowej do schronu „Podziemnego Szczecina” na zakończeniu istniejącego przejścia podziemnego; budowę nowego pieszego ciągu komunikacyjnego nad peronami łączącego budynek dworca z ul. Owocową i istniejącą kładką pieszą, przebudowę istniejącej kładki z dostosowaniem jej do korzystania z nich przez osoby niepełnosprawne; przebudowę nawierzchni peronów, budowę nowych wiat peronowych, renowację muru oporowego; renowację elewacji byłej nastawni, zainstalowanie systemów informacyjnych, monitoringu i bezpieczeństwa. Realizacja inwestycji musi być prowadzona w sposób zapewniający ciągłość funkcjonowania dworca kolejowego Szczecin Główny w zakresie określonym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ.

2. Zakres obowiązków wykonawcy został szczegółowo określony we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ.
3. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek uzgadniania i pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych i części peronów do wykonania niezbędnych prac budowlanych z właścicielem infrastruktury torowo-peronowej tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie, jak i również zastępczej komunikacji autobusowej, druku i kolportażu plakatu rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych oraz koszty poniesione przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową).
4. Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji jakości i rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy.
5. Wybrany Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z przyszłym najemcą powierzchni handlowych zgodnie z postanowieniami określonymi w dokumentacji przetargowej.
6. Zaleca się, aby Wykonawcy dokonali we własnym zakresie szczegółowej wizji lokalnej w terenie celem uzyskania wszystkich informacji koniecznych do przygotowania oferty i zawarcia umowy. Każdy z Wykonawców ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji niniejszego zamówienia.
7. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia.
8. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 11 do SIWZ - Program funkcjonalno-użytkowy. Zgodnie z art. 30 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisane w programie funkcjonalno-użytkowym

i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art.30 ust.1-3 ustawy Pzp, po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym.

9. *W przypadku gdy w załączniku nr 11 do SIWZ pojawiają się wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, należy rozumieć, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a określenia te należy traktować jako przykładowe pod względem parametrów technicznych i funkcjonalnych. W takich okolicznościach Zamawiający dopuszcza możliwość składania w ofercie rozwiązań równoważnych, wskazując, iż minimalne wymagania, jakim mają odpowiadać rozwiązania równoważne, to wymagania nie gorsze od parametrów wskazanych w załączniku nr 11 do SIWZ – wymagane jest wcześniejsze uzgodnienie z Zamawiającym.”. Zgodnie z pkt VIII - Termin wykonania zamówienia: „Termin wykonania zamówienia - Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie **do dnia 31.10.2015 r.**, tj. do tego dnia należy zakończyć wszystkie roboty budowlane i uzyskać ostateczne decyzje pozwolenia na użytkowanie dla obiektów objętych Przedmiotem zamówienia, jeżeli przepisy prawa nakładają taki obowiązek.*

Ustala się maksymalny termin wykonania kompletnej wielobranżowej Dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę na 16 tygodni licząc od dnia zawarcia Umowy, w tym: 1) Etap I

*a) wykonanie wielobranżowych projektów budowlanych w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (Dz. U. z dnia 27 kwietnia 2012, poz. 462) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) w terminie **10 tygodni** od dnia zawarcia umowy i przekazanie ich Zamawiającemu do akceptacji, b) złożenie kompletnych wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - **12 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,*

*2) Etap II - uzyskanie pozwoleń na budowę w terminie **16 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,*

*3) Etap III - wykonanie wielobranżowych projektów wykonawczych w terminie **24 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,*

4) Etap IV - pełnienie nadzoru autorskiego - od uzyskania przez Wykonawcę prawomocnych pozwoleń na budowę przez okres realizacji robót budowlanych.”.

W ramach pytań z dnia 20.06.2014 r. jeden z Wykonawców zawniósł o realizację zadania w dwóch terminach. Pierwszy termin do końca 2015 r.: „(...)gdzie jest możliwe wykonanie nowej kładki nowego budynku D1p, kompleksowego remontu budynku D1 i przebudowa tunelu osobowego, wraz z uzyskaniem decyzji na ich użytkowanie i uruchomienie tej części dla podróżnych. Wówczas budynek D4 jest dworcem tymczasowym, a istniejąca kładka obsługuje wszystkie perony bez zamykania ruchu pociągów na peronach. W tym zadaniu wszystkie słupy wiat historycznych stojące w kolizji z realizacją np. kładki, byłyby przenoszone w wyznaczone miejsca przez Konserwatora Zabytków i byłyby uchronione od zniszczenia (...). Drugi termin od końca 2015 r. po uzyskaniu decyzji na użytkowanie do 2017 r. dotyczyłyby prac na poszczególnych peronach, jako roboty kompleksowe na wyznaczonym odcinku – infrastruktura podziemna i nawierzchnia oraz obiekty na peronach np. kładka, wiaty, kioski użytkowe, budynki zawiadowcy. W tym zadaniu wykonane byłyby roboty w budynku D2 i D4 wraz z osuszaniem, odgrzybianiem i wyremontowaniem, z przebudową i dostosowaniem pomieszczeń do nowej funkcji użytkowej – pomocniczej dla podróżnych (...).”

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 01.07.2014 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ: „(...)

1. Projekt obejmuje wykonanie dokumentacji technicznej i projektowej, pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie robót budowlano-montażowych w zakresie przebudowy układu funkcjonalnego budynku dworca wraz z towarzyszącą mu infrastrukturą torowo-peronową w celu poprawy standardu obsługi i bezpieczeństwa podróżnych (w tym dostępności do korzystania z usług kolejowych przez osoby niepełnosprawne i z ograniczonymi możliwościami ruchowymi). Planuje się podniesienie stanu technicznego i wyposażenia obiektu dworcowego oraz infrastruktury torowo-peronowej, a także poprawę warunków sanitarnych i higienicznych oraz zmniejszenie negatywnego oddziaływania na środowisko naturalne. Projekt obejmuje przebudowę wraz ze zmianami funkcjonalnymi budynku Dworca Głównego łącznie z instalacjami, przebudowę strefy wejściowej do schronu „Podziemnego Szczecina” na zakończeniu istniejącego przejścia podziemnego, przebudowę nawierzchni peronów nr 1 i 4, budowę nowych wiat peronowych na peronie nr 4, renowację muru oporowego; renowację elewacji byłej nastawni, renowację elewacji budynku byłego dyżurnego ruchu peronowego na peronie nr 3 oraz aktualizację całej dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Zamawiającego wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej przebudowy peronu 2 i 3 oraz łącznika między kładkami.

Realizacja inwestycji musi być prowadzona w sposób zapewniający ciągłość funkcjonowania dworca kolejowego Szczecin Główny w zakresie określonym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ.

2. Zamawiający wymaga wykonania robót według następujących terminów i zakresów robót:

Termin wykonania do 31.10.2015, tj. do tego dnia należy zakończyć wszystkie roboty budowlane i uzyskać ostateczne decyzje pozwolenia na użytkowanie dla obiektów objętych Przedmiotem zamówienia, jeżeli przepisy prawa nakładają taki obowiązek.

OBSZAR A

- a. Wyburzenie budynku D3
- b. Przystosowanie budynku D4 do potrzeb dworca tymczasowego (Zamawiający nie wyklucza innej lokalizacji dworca tymczasowego)
- c. Wykonanie robót związanych z budową nowego budynku D1p
- d. Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D1
- e. Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D2
- f. Wykonanie nowej kładki pomiędzy budynkiem D1p i ul. Owocową

OBSZAR B

- a. Wykonanie robót związanych z przebudową tunelu osobowego
- b. Wykonanie robót związanych z modernizacją peronów 1 i 4
- c. Wykonanie robót budowlanych związanych z elewacją budynku byłej nastawni
- d. Wykonanie robót związanych z modernizacją muru oporowego
- e. Wykonanie dokumentacji technicznej dla robót związanych z modernizacją peronów 2 i 3
- f. Renowacja elewacji budynku byłego dyżurnego ruchu peronowego na peronie nr 3

DOKUMENTACJA

- a. aktualizacja całej dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Zamawiającego
 - b. wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy peronu 2 i 3 oraz łącznika między kładkami
 - c. wykonanie dokumentacji projektowej budowy wiat peronowy na peronie nr 1, 2 i 3
3. Zakres obowiązków wykonawcy został szczegółowo określony we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ.
 4. Na Wykonawcy spoczywa obowiązek uzgadniania i pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych i części peronów do wykonania niezbędnych prac budowlanych z właścicielem infrastruktury torowo-peronowej tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie, jak i również zastępczej komunikacji autobusowej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych oraz koszty poniesione przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową). Powyższe zagadnienia reguluje Instrukcja Ir-19 (w załączeniu)

5. Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji jakości i rękojmi na wykonany przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami umowy.
6. Wybrany Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z przyszłym najemcą powierzchni handlowych zgodnie z postanowieniami określonymi w dokumentacji przetargowej.
7. Zaleca się, aby Wykonawcy dokonali we własnym zakresie szczegółowej wizji lokalnej w terenie celem uzyskania wszystkich informacji koniecznych do przygotowania oferty i zawarcia umowy. Każdy z Wykonawców ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji niniejszego zamówienia.
8. Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia.
9. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w załączniku nr 11 do SIWZ - Program funkcjonalno-użytkowy. Zgodnie z art. 30 ust.4 ustawy Pzp Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisane w programie funkcjonalno-użytkowym i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art.30 ust. 1-3 ustawy Pzp, po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym.
10. W przypadku gdy w załączniku nr 11 do SIWZ pojawią się wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, należy rozumieć, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a określenia te należy traktować jako przykładowe pod względem parametrów technicznych i funkcjonalnych. W takich okolicznościach Zamawiający dopuszcza możliwość składania w ofercie rozwiązań równoważnych, wskazując, iż minimalne wymagania, jakim mają odpowiadać rozwiązania równoważne, to wymagania nie gorsze od parametrów wskazanych w załączniku nr 11 do SIWZ - wymagane jest wcześniejsze uzgodnienie z Zamawiającym. **Uwaga: Podstawową modyfikacją SIWZ jest rezygnacja Zamawiających z części zakresu robót budowlanych dotyczącego głównie Obszaru B i mniejszym zakresie Obszaru A" (...)**

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ. Zamawiający zmienia załącznik nr 1 i 10 do SIWZ - nowe brzmienie załączników stanowią załączniki do niniejszego pisma.”.

Zamawiający wskazała w ERRACIE do PFU Szczecin: „W związku z dokonaną modyfikacją treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Program Funkcjonalno-Użytkowy znajduje zastosowanie do poniższego zakresu zamówienia:

OBSZAR A

- a. Wyburzenie budynku D3

- b. Przystosowanie budynku D4 do potrzeb dworca tymczasowego (Zamawiający nie wyklucza innej lokalizacji dworca tymczasowego)*
- c. Wykonanie robót związanych z budową nowego budynku D1p*
- d. Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D1*
- e. Wykonanie robót związanych z modernizacją budynku D2*
- f. Wykonanie nowej kładki pomiędzy budynkiem D1p i ul. Owocową*

OBSZAR B

- a. Wykonanie robót związanych z przebudową tunelu osobowego*
- b. Wykonanie robót związanych z modernizacją peronów 1 i 4*
- c. Wykonanie robót budowlanych związanych z elewacją budynku byłej nastawni*
- d. Wykonanie robót związanych z modernizacją muru oporowego*
- e. Wykonanie dokumentacji technicznej dla robót związanych z modernizacją peronów 2 i 3*
- f. Renowacja elewacji budynku byłego dyżurnego ruchu peronowego na peronie nr 3*

DOKUMENTACJA

- a. aktualizacja całej dokumentacji projektowej będącej w posiadaniu Zamawiającego*
- b. wykonanie dokumentacji projektowej przebudowy peronu 2 i 3 oraz łącznika międzykładkami*
- c. wykonanie dokumentacji projektowej budowy wiat peronowy na peronie nr 1, 2 i 3”.*

Dodatkowo w ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 01.07.2014 r. – Zamawiający stwierdził: „(...)

Pytanie 18

Czy można wykonywać prace na obiekcie D1, D2 i D4 bez osuszenia i oczyszczenia budynku ze szkodliwych grzybów i pleśni? Wykonawca, na podstawie posiadanego doświadczenia, biorąc pod uwagę technologię osuszania i odgrzybiania warunkującą prowadzenie jakichkolwiek innych robót na obiekcie oraz związane z tym obowiązujące przepisy BHP stwierdza, że wskazany w dokumentacji przetargowej termin ukończenia realizacji inwestycji należy przedłużyć o minimum 8 miesięcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykonywanie prac na obiektach D1, D2 i D4 bez osuszania i oczyszczania budynku ze szkodliwych grzybów lub pleśni. Osuszanie i odgrzybianie dotyczy części obiektu (piwnic) i jego wykonanie w ocenie Zamawiającego nie ma wpływu na termin końcowy realizacji zamówienia, ponieważ przedmiotowe prace można wykonywać równoległe z innymi robotami. (...)

Pytanie 25

Dotyczy Wzoru Umowy § 6 TERMINY REALIZACJI i terminów uzyskania pozwolenia na budowę (założono obecnie 4 tygodnie na uzyskanie pozwolenia licząc od dnia złożenia wniosku) - wnioskujemy o przedłużenie tego terminu do 65 dni zgodnie z k.p.a. oraz

przesunięcie końcowego terminu realizacji inwestycji również o 65 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ. Dotychczasowe postanowienie rozdziału VIII pkt 1 lit. a) i b) SIWZ i § 6 ust. 2 pkt 1 lit. a) i b) - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„a) wykonanie wielobranżowych projektów budowlanych w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (Dz.U. z dnia 27 kwietnia 2012, poz. 462) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) w terminie **6 tygodni** od dnia zawarcia umowy i przekazanie ich Zamawiającemu do akceptacji,
b) złożenie kompletnych wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - **8 tygodni** od dnia zawarcia Umowy," (...)

Pytanie 35

Zapis w PFU pkt. 6 str. 46 brzmi:

„Wymiana nawierzchni na peronach Nr 1, 2, 3 i 4 wraz z krawędziami peronowymi, płytami peronowymi krawędziowymi o powierzchni pokrytej ryflami wgłębnymi z pasem ostrzegawczym wykonanym ze znakami dotykowymi (wg Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17.06.2011r.), odwodnieniem peronów, oświetleniem i pozostałymi elementami, tj. mała architektura, odgródzenie części peronu Nr 1 od toru Nr 3;”

Czy odcinek pomiędzy istniejącą a nową kładką na peronie 2 jest wyłączony z opracowania? Czy należy go wykonywać, skoro decyzja o lokalizacji celu publicznego wyłącza ten odcinek z prac przebudowy?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż nowy zmodyfikowany zakres przedmiotu zamówienia obejmuje jedynie wykonanie nawierzchni na peronach nr 1 i 4.

Pytanie 36 (...)

7). Jak rozumieć zapis PFU i Konserwatora zabytków o przeniesieniu wiat historycznych z peronu 3 i 2 na peron 1 na wysokości budynku D1 i D2. Czy należy zlikwidować wiatę 1-słupową na peronie 1?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż nowy zmodyfikowany zakres przedmiotu zamówienia nie obejmuje powyższych robót.”

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu, aby ten w określił realny termin realizacji zamówienia tj. aby wydłużył określony na

31.10.2015 r. termin - przynajmniej o 216 dni.

W niniejszym przypadku, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru zakwestionowanego postanowienia SIWZ w zakresie wskazanego terminu realizacji zamówienia. W konsekwencji powyższe skutkowało oddaleniem pierwszego zarzutu. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał nierealności wyznaczonego terminu realizacji zamówienia, ani tym bardziej, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym. Przy czym należy zastrzec, że Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę dokonana zmianę postanowień SIWZ, wzoru umowy oraz PFU przez Zamawiającego w dniu 01.07.2014 r. Jeżeli bowiem nawet uznać stanowisko Odwołującego co do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia, to dokonana zmiana niewątpliwie ograniczyła zakres przedmiotu zamówienia w sposób wynikający z postanowień SIWZ oraz erraty PFU. Niewątpliwie bowiem w wyniku tej zmiany ograniczeniu uległ zakres robót zasadniczych, co było jednym z koronnych argumentów Odwołującego. Zmianie uległy także terminy wykonania wielobranżowych projektów budowlanych w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (Dz. U. z dnia 27 kwietnia 2012, poz. 462) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) oraz złożenie kompletnych wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę. Należy także wskazać, że zmiana była wynikiem sugestii innego Wykonawcy, tj. nieobecnego na rozprawie Przystępującego po stronie Odwołującego. Powyższe także wobec jego nieobecności, daje podstawy do uznania, że uwarunkowania i okoliczności wskazane przez Odwołującego, w szczególności po zmianie z 01.07.2014 r. dotyczy stricte tylko i wyłącznie Odwołującego. Izba także stoi na stanowisku, że technologia wskazana przez Zamawiającego w PFU nie miała charakter obligatoryjnego. W tym zakresie Zamawiający wprost wskazywał w pkt III ust.8-9, a po zmianie ust. 9 -10 na dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisanym w PFU. Nadto, w PFU, jak podnosił Zamawiający nie są użyte sformułowania o charakterze kategoriowym. Przy czym odpowiedź na pytanie 18 potwierdza, że Zamawiający dopuszczał osuszanie nie tylko w okresie letnim skoro uznał że przedmiotowe parce mogą być realizowane równoległe z innymi robotami. W konsekwencji wobec niewykazania nierealności wyznaczonego terminu realizacji zamówienia, jak i wobec zmian z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp Izba oddaliła zarzut, jak i całe odwołania.

Odnosnie zarzutu drugiego – naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 Pzp - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - opisanie przedmiotu zamówienia - poprzez wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych oraz części peronów, jak również organizowania komunikacji zastępczej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych, oraz kosztów poniesionych przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową) - bez szczegółowego przekazania informacji potrzebnych do skalkulowania tych kosztów (m.in. pkt XVI ust. 3 SIWZ, pkt XVI ust. 2 SIWZ)), Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający określił w pkt III ust. 3 SIWZ: „(...) Na Wykonawcy spoczywa obowiązek uzgadniania i pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych i części peronów do wykonania niezbędnych prac budowlanych z właścicielem infrastruktury torowo-peronowej tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie, jak i również zastępczej komunikacji autobusowej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych oraz koszty poniesione przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową).(...)”.

Zamawiający określił także w pkt XVI ust. 2 i 3 SIWZ: „(...)

2. W związku z powyższym Wykonawca powinien sporządzić własną kalkulację obejmującą wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, takie jak m.in. koszt uzgodnień, map, uzyskania uzgodnień i poniesienia niezbędnych opłat wynikających z wymogów proceduralnych przed wpuszczeniem Wykonawcy na teren kolejowy, z procedur współdziałania z PKP PLK S.A., koszty zamknięć torów, zgodnie z SIWZ i załącznikami stanowiącymi integralną część SIWZ. Wykonawca winien zapoznać się szczegółowo z wzorem umowy i uwzględnić wszystkie wynikające z niej ryzyka. Ponadto Wykonawca dla wyceny winien uwzględnić wszystkie rozwiązania przewidziane w dokumentacji przetargowej.
3. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN i będzie stanowić wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty

ewentualnych ryzyk jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia.”.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 01.07.2014 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ. W ramach pkt III zmieniony został ust. 3, który stał się ust.4: *„Na Wykonawcy spoczywa obowiązek uzgadniania i pokrycia kosztów wszelkich zamknięć torowych i części peronów do wykonania niezbędnych prac budowlanych z właścicielem infrastruktury torowo-peronowej tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie, jak i również zastępczej komunikacji autobusowej, druku i kolportażu plakatowego rozkładu jazdy i ulotek informacyjnych dla podróżnych oraz koszty poniesione przez przewoźników, wynikających z jazdy wydłużoną „drogą okrężną” (objazdową). Powyższe zagadnienia reguluje Instrukcja Ir-19 (w załączeniu) (...). Nadto: „(...) Dotychczasowe postanowienie rozdziału XVI ust. 2 SIWZ, otrzymuje następujące brzmienie: „2. W związku z powyższym Wykonawca powinien sporządzić własną kalkulację obejmującą wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, takie jak m.in. koszt uzgodnień, map, uzyskania uzgodnień i poniesienia niezbędnych opłat wynikających z wymogów proceduralnych przed wpuszczeniem Wykonawcy na teren kolejowy, z procedur współdziałania z PKP PLK S.A., zgodnie z SIWZ i załącznikami stanowiącymi integralną część SIWZ. Wykonawca winien zapoznać się szczegółowo z wzorem umowy i uwzględnić wszystkie wynikające z niej ryzyka. Ponadto Wykonawca dla wyceny winien uwzględnić wszystkie rozwiązania przewidziane w dokumentacji przetargowej.”*

Dodatkowo w ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 01.07.2014 r. – Zamawiający stwierdził: *„(…)*

Pytanie 7

WZÓR UMOWY, §7, PKT 17 Wnosimy, aby dodać zapis „z winy Wykonawcy” po słowach „za wydłużenie zamknięcia toru”

Odpowiedź:

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ. Dotychczasowe postanowienie § 7 ust. 17 - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„17. Za wydłużenie zamknięcia toru poza harmonogram zatwierdzony przez PKP PLK S.A. Wykonawca będzie obciążony karą umowną w wysokości 1000 złotych za każdą rozpoczętą godzinę wydłużenia zamknięcia toru z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Pytanie 8

WZÓR UMOWY, §8, PKT 4, ppkt 4) Prosimy o wskazanie jakie to mogą być koszty i podanie szacunkowego kosztu zamknięć w przeliczeniu na konkretną jednostkę (godzinę/dzień/tydzień).

Odpowiedź:

Wszelkie informacje dotyczące zamknięć torowych, komunikacji zastępczej zawarte są w Instrukcji Ir 19. Wykonawca we własnym zakresie w zależności od technologii robót określi potrzebne dodatkowe zamknięcia torowe i ewentualną komunikację zastępczą. (...)

Pytanie 24

Prosimy o wskazanie listy wszelkich kosztów zamknięć torowych i części peronów (w jednostkach np. zł/dzień lub zł/godzinę) jakie zgodnie z zapisami siwz wykonawca musi wliczyć do ceny ofertowej, z założeniem zamknięcia obu torów po obu stronach peronów.

Odpowiedź:

Wszelkie informacje dotyczące zamknięć torowych, komunikacji zastępczej zawarte są w Instrukcji Ir 19. Wykonawca we własnym zakresie w zależności od technologii robót określi potrzebne zamknięcia torowe i ewentualną komunikację zastępczą. (...).

W ramach Instrukcji Ir 19 (Zasady organizacji i udzielania zamknięć torowych) – załącznik do zarządzenia Nr 17/2002 Zarządu PKP PLK SA z dnia 22 maja 2012 r. Określone w § 7 ust. 10: „W przypadku nie dotrzymania terminu zakończenia robót, przedłużenie zamknięcia torowego może nastąpić po złożeniu stosownego wniosku przez wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu wiadomości o niemożności zakończenia robót w planowanym terminie. W tym wypadku będzie udzielane w trybie awaryjnym, a wszelkie dodatkowe koszty oraz utracone przychody wynikające z realizacji tego zamknięcia obciążać będą wykonawcę, co powinno być określone w umowie na wykonanie robót”.

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie (poprzez np. podanie np. kosztów jednostkowych dla tego typu czynności).

Izba w tym zakresie oddaliła zarzut po przeanalizowaniu pierwotnych postanowień SIWZ, dokonanych zmian postanowień SIWZ, ale także odpowiedzi na pytania, w szczególności na pytanie Nr 8 i 14, jak i Instrukcji IR19. Izba wzięła także pod uwagę § 1 ust. 3 wzoru umowy: „W przypadku wystąpienia takiej konieczności dokumenty, o których mowa w ust. 2 należy interpretować w hierarchii ważności podanej w ust. 2.” Z kolei w ust. 2: „Strony zgodnie ustalają, że zobowiązania Wykonawcy związane z wykonaniem Przedmiotu Umowy będą realizowane zgodnie z:

- niniejszą Umową,
- ofertą Wykonawcy z dnia, stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy,
- Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami w postępowaniu, oraz pytaniami i odpowiedziami do SIWZ stanowiącymi załącznik nr 2 do Umowy.”.

Niewątpliwie z odpowiedzi na pytanie 8 oraz § 7 ust.10 Instrukcji IR 19 wynika, że nie chodziło o każde zamknięcia torów, ale że wiążąca jest dla Zamawiającego, iż chodziło

o koszt dodatkowego zamknięcia torów i ewentualnej komunikacji zastępczej, ponad wcześniej uzgodnioną. Przy czym, z § 7 ust.1 wzoru umowy także powyższe wynikało tak przed, jak i po modyfikacji z dnia 01.07.2014 r. (odpowiedź na pytanie 7).

Odnośnie zarzutu trzeciego – naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 5,353¹ i 483 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji:

- 1) poprzez ustanowienie kar umownych: za opóźnienie w wykonaniu Przedmiotu Umowy (§ 6 ust. 1 wzoru umowy), opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy, których terminy wykonania wynikają z § 6 ust. 2, § 4 ust. 18 wzoru umowy» opóźnienie w usunięciu wad i usterek,
- 2) wobec zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do Umowy postanowień, które umożliwiałyby anulowanie tzw. kar umownych pośrednich (kary za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy) - w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy, oraz
- 3) zaniechania wprowadzenia kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- 4) zaniechanie wprowadzenie limitu kar umownych,
- 5) zastrzeżenie tylko dla Zamawiającego możliwości żądania odszkodowania uzupełniającego, przenoszącego wysokość zastrzeżonych kar umownych (§ 24 wzoru umowy - kary umowne). Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający w ramach zał. nr 9 (wzoru umowy) określił w § 4: „(...)

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie z Umową wymaganiami zawartymi w SIWZ wraz ze wszystkimi załącznikami, oraz w złożonej przez siebie ofercie.

2. Wykonawca wykona Zamówienie z należytą starannością wynikającą z profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności, zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami i zasadami sztuki budowlanej, w tym mającymi zastosowanie przy opracowaniu Dokumentacji projektowej oraz zgodnie z zaleceniami nadzoru inwestorskiego przy wykonywaniu robót budowlanych oraz wymaganiami SIWZ i Umowy.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonać i przekazać Zamawiającemu Przedmiot Umowy wraz z ostateczną decyzją o pozwoleniu na użytkowanie oraz usuwać wszelkie wady

i usterki występujące w Przedmiocie Umowy w okresie umownej odpowiedzialności za wady z tytułu gwarancji jakości i rękojmi.

4. Wykonawca ponosi wyłączną i pełną odpowiedzialność za treść Dokumentacji projektowej, poczynione w niej założenia i dokonane na jej potrzeby ustalenia.

5. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się przepisami dotyczącymi realizacji Przedmiotu Umowy i warunkami Zamawiającego zawartymi w SIWZ i przyjmuje wszystkie tam zawarte wymagania i zobowiązania dotyczące realizacji Projektu.

6. Wykonawca zapewnia, że Dokumentacja projektowa będzie posiadała wszystkie niezbędne bezwarunkowe opinie, uzgodnienia i sprawdzenia projektowe w zakresie wynikającym z przepisów prawa obowiązujących na dzień przekazania dokumentacji projektowej Zamawiającemu.

7. Wykonawca uzyska niezbędne warunki techniczne podłączenia mediów i dokona wszelkich uzgodnień niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę oraz do realizacji Projektu.

8. Na podstawie niniejszej Umowy Wykonawca zobowiązuje się do pełnienia nadzoru autorskiego nad inwestycją wykonywaną ma podstawie opracowanej Dokumentacji projektowej, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1 a) Umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym Prawa Budowlanego oraz przyjętym zobowiązaniem Umownym.

9. Wykonawca do przekazywanej Dokumentacji projektowej dołączy pisemne oświadczenie, że dostarczona Dokumentacja projektowa jest wykonana zgodnie z Umową, obowiązującymi przepisami techniczno – budowlanymi oraz normami i jest kompletna z punktu widzenia celu któremu ma służyć oraz że zostaje przekazana Zamawiającemu wraz z wykazem tej dokumentacji.

10. Wykonawca uzyska w imieniu Zamawiającego wszelkie bezwarunkowe zezwolenia, zatwierdzenia, decyzje administracyjne, uzgodnienia i inne dokumenty, wymagane dla wykonania, odbioru i użytkowania obiektów powstałych w wyniku realizacji robót, które nie zostały uzyskane lub przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w dniu zawarcia Umowy lub w czasie jej realizacji. Wykonawca opracuje wymagane w tym celu wnioski i inne dokumenty oraz w razie potrzeby uzyska wymagane pełnomocnictwa Zamawiającego. Wszystkie koszty związane z uzyskaniem tych zezwoleń obciążą Wykonawcę.

11. Wykonawca wystąpi do Zamawiającego o stosowne pełnomocnictwa do działania w jego imieniu wobec odpowiednich organów administracyjnych. Wyżej wymienione zezwolenia, zatwierdzenia, decyzje administracyjne, uzgodnienia i inne dokumenty obejmują również takie, które wynikają z obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności z ustawy Prawo Budowlane (Dz. U. z 2013 poz. 1409 z późn. zm.), ustawy z dnia 21

kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2013 r. poz. 1232 z późn. zm.), ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) i ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2013 r. poz. 627 z późn. zm.), ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2013 r. poz. 1235 z późn. zm.), ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 260 z późn. zm.). Wykonawca zobowiązany jest przygotować kompletne wnioski do odpowiednich organów administracyjnych i pokryć wszelkie koszty i opłaty z tym związane w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 Umowy. Powyższe obejmuje w szczególności:

1) zgłoszenie robót i wykonanie ewentualnych innych działań niezbędnych dla realizacji robót budowlanych;

2) uzyskanie pozwoleń na użytkowanie.

12. Wykonawca oświadcza, że materiały i urządzenia dostarczane przez niego lub jego podwykonawców będą odpowiadały wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie zgodnie z art. 10 ustawy Prawo Budowlane oraz w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004 r. Nr 92, poz. 881 z późn. zm.) oraz wymaganiom określonym w Dokumentacji Projektowej dla materiałów posiadających odpowiednie atesty i dopuszczenia do obrotu i stosowania na rynku polskim. Na każde żądanie Inżyniera lub jego personelu (Inspektora Nadzoru) Wykonawca zobowiązuje się do okazania w odniesieniu do wskazanych materiałów, urządzeń i kompletnych instalacji dane techniczne oraz certyfikat na znak bezpieczeństwa, a dla materiałów nie objętych certyfikacją deklarację zgodności lub certyfikat zgodności z właściwymi normami lub aprobatę techniczną. Wszelkie urządzenia winny być dostarczone z katalogami, instrukcjami obsługi, użytkowania i konserwacji.

13. Z zastrzeżeniem odmiennych postanowień umowy, roboty, które ze względu na zastosowany materiał bądź ich wykonanie nie będą odpowiadały obowiązującym przepisom lub wymaganiom Umownym, nie zostaną przez Zamawiającego przyjęte a Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu żadne wynagrodzenie.

14. Wykonawca zobowiązuje się przestrzegać i wykonywać polecenia osób sprawujących nadzór nad realizacją niniejszej Umowy ze strony Zamawiającego, w tym ze strony Inżyniera Kontraktu i jego personelu.

15. Wykonawca zobowiązuje się przejąć teren budowy wraz z obiektami, na których prowadzone będą roboty budowlane (zwanym dalej „terenem robót” lub „terenem budowy”) w zakresie niezbędnym do ich wykonania.

16. Z dniem przejęcia od Zamawiającego terenu robót, Wykonawca ponosi

odpowiedzialność na zasadach ogólnych za wszelkie szkody wyrządzone na tym terenie.

17. Roboty budowlane będą prowadzone przy konieczności zachowania odprawy podróżnych z uwzględnieniem ich bezpieczeństwa oraz w sposób umożliwiający nieprzerwane korzystanie z kas biletowych, poczekalni, informacji, WC.

18. Wykonawca w terminie do 4 tygodni dni od daty przekazania Terenu budowy wykona na własny koszt dworzec tymczasowy (np. zabudowa modułowa (kontenery) lub odpowiednie etapowanie robót budowlanych) z podłączeniem wszystkich niezbędnych instalacji koniecznych do prawidłowego jego funkcjonowania przy zachowaniu ciągłości obsługi podróżnych oraz niezbędne oznakowanie, w tym w szczególności oznakowanie dotyczące dworca tymczasowego, dojścia do kas, peronów, toalet itp.,

19. Wykonawca zobowiązany jest w ramach Przedmiotu Umowy także do wykonania Robót budowlanych, usług lub dostaw, których konieczność wykonania ujawni się w trakcie wykonywania Kontraktu (np. gdyby prace nie były wyraźnie wymienione w Umowie, jego Załącznikach lub wykraczały poza szczegółowe wyliczenia czynności i prace w nich zawarte, ale które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonawca powinien był przewidzieć w świetle obowiązujących przepisów techniczno -budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy technicznej i doświadczenia).

20. Wykonawca zobowiązany jest powiadamiać Zamawiającego o wszelkich istotnych zdarzeniach mających wpływ na realizację Kontraktu, płacić wszystkie podatki, należności i opłaty, oraz uzyskać wszystkie pozwolenia, licencje i zatwierdzenia, jakie są wymagane przez właściwe przepisy, w odniesieniu do, realizacji i ukończenia Robót oraz usunięcia wszelkich wad. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie i przejmie od niego odpowiedzialność materialną, w związku z konsekwencjami jakiegokolwiek zaniedbania w tym zakresie.

A nadto do obowiązków Wykonawcy należy:

21. Zorganizowanie zaplecza budowy, które powinno być utrzymywane w należyтым porządku i czystości.

22. Wykonanie ogrodzenia terenu budowy przed przystąpieniem do prowadzenia robót odpowiadającego wymaganiom prawa oraz uniemożliwiającego przedostawanie się na teren i z terenu budowy zanieczyszczeń.

23. Stałe utrzymywanie czystości na drodze dojazdowej do terenu budowy, oraz wykonanie natychmiastowej naprawy nawierzchni przypadku powstania uszkodzeń spowodowanych przez Wykonawcę lub podmioty, którymi się posługuje przy realizacji Przedmiotu Umowy.

24. Wykonawca ma obowiązek własnym staraniem i na własny koszt, zabezpieczyć teren budowy wraz ze znajdującymi się na nim obiektami i urządzeniami, zapewnić warunki

bezpieczeństwa a także utrzymywać w należyтым porządku i stanie technicznym teren budowy oraz drogi wykorzystywane w celach transportowych na potrzeby swojej budowy.

25. Likwidacja zbędnych lub przeniesienie użytkowanych tras instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, kolidujących z realizowanymi obiektami, które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych.

26. Wykonanie niezbędnych projektów wykonawczych zamiennych. Wykonawca może przystąpić do realizacji robót objętych projektami zamiennymi po ich zaakceptowaniu przez Zamawiającego. Wykonawca wykona i przedstawi do akceptacji rozwiązania zamienne w terminie 2 tygodnia od daty zaistnienia powodów jego wykonania. Zamawiający zaakceptuje te rozwiązania lub przedstawi swoje uwagi w terminie 1 tygodni dni od daty ich otrzymania. Przy czym:

- 1) czas przeznaczony na powyższe uzgodnienia będzie się mieścić w terminie określonym na realizację Przedmiotu Umowy i nie zostanie przekroczony,*
- 2) uzyskanie na podstawie projektów zamiennych koniecznych zgód, uzgodnień i pozwoleń jeśli będą wymagane obciąża Wykonawcę.*

Wykonawca zobowiązany jest przekazać równolegle projekty Inżynierowi, który przedstawi Zamawiającemu opinię wraz z wnioskami i zaleceniami dotyczącymi zaproponowanych rozwiązań.

27. Wykonanie dokumentacji powykonawczej.

28. Wykonawca, własnym staraniem i na własny koszt zapewni energię elektryczną i wodę do placu budowy w celu realizacji inwestycji oraz poniesie koszty zużycia tych mediów w okresie realizacji robót, wynikających z ustaleń poczynionych z Właścicielami mediów.

29. Wykonawca może na własny koszt zorganizować na terenie budowy zaplecze socjalno-techniczne na okres i w rozmiarach koniecznych dla realizacji robót, w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym.

30. Wykonawca zapewni przestrzeganie zasad bezpieczeństwa ruchu kolejowego, warunków bezpieczeństwa i higieny pracy, mając szczególnie na względzie, iż prowadzenie robót będzie miało miejsce przy czynnym ruchu kolejowym. Roboty budowlane muszą być wykonywane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych (Dz. U. z 2003 r. Nr 47, poz. 401).

31. Wykonawca przed przystąpieniem do wykonywania robót budowlanych obowiązany jest opracować instrukcję bezpiecznego ich wykonywania i zaznajomić z nią pracowników w zakresie wykonywanych przez nich robót. Przed rozpoczęciem robót Wykonawca

sporządzi również plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ), zgodnie z Prawem Budowlanym, a także zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 23 czerwca 2003 r. w sprawie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz. U. z 2003 r. nr 120, poz.1126).

32. Z uwagi na to, że wstęp na obszar kolejowy, zarządzany przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie jest publicznie dostępny, lecz dozwolony na podstawie upoważnienia wydanego przez właściwą terenowo Komendę Regionalną Straży Ochrony Kolei – Wykonawca zobowiązany jest uzyskać ww. upoważnienia dla wszystkich osób, które z racji zaangażowania w realizację Umowy powinny mieć dostęp do terenów objętych robotami budowlanymi zgodnie z warunkami określonymi w instrukcji Id-21 - „Zasady wstępu na obszar kolejowy zarządzany przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.”, będącej załącznikiem do Zarządzenia Nr 27/2010 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 6 grudnia 2010 r.

33. Przy wykonywaniu robót należy zwrócić szczególną uwagę na bezpieczeństwo ludzi i sprzętu podczas pracy w pobliżu czynnych torów i w sąsiedztwie sieci trakcyjnej pod napięciem. Wykonawca ma obowiązek poinformować pracowników o możliwych zagrożeniach podczas prowadzenia robót oraz ograniczeniach i eliminacji tych zagrożeń, z uwzględnieniem „Wytycznych informowania pracownika innego pracodawcy o zagrożeniach dla bezpieczeństwa i zdrowia podczas wykonywania prac na terenie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” (Zarządzenie nr 8/2009 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 4 maja 2009, wprowadzone Uchwałą Nr 164/2009 z dnia 4 maja 2009 r. Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.). W tym celu Wykonawca zwróci się do PKP PLK S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Szczecinie i prześle odpowiednie dokumenty Inżynierowi.

34. Wykonawca zobowiązuje się do ochrony przed zniszczeniem lub uszkodzeniem mienia Zamawiającego znajdującego się na terenie objętym inwestycją i na placu budowy. Wykonawca zobowiązuje się strzec bezpieczeństwa mienia i osób znajdujących się na terenie wykonywanych robót, w tym także zapobiec ewentualnym szkodom poniesionym przez osoby trzecie.

35. Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego usunięcia, własnym staraniem i na koszt własny, ewentualnych szkód powstałych z jego winy w związku z realizacją niniejszej Umowy.

36. Wykonawca zobowiązuje się do prowadzenia robót w należyтым porządku, w stanie wolnym od przeszkód komunikacyjnych i w stanie zgodnym z przepisami bhp i p.poż., z uwzględnieniem zaleceń udzielonych przez Inżyniera Kontraktu, Inspektorów Nadzoru lub Zamawiającego, a po zakończeniu realizacji Przedmiotu Umowy przed dokonaniem odbiorów częściowych i odbioru końcowego do uprzątnięcia terenu budowy wraz

z przyległym otoczeniem; w przypadku nie wykonania tych obowiązków, Zamawiający po uprzednim wyznaczeniu Wykonawcy odpowiedniego dodatkowego terminu i jego bezskutecznym upływie może nakazać osobie trzeciej wykonanie tych czynności na koszt Wykonawcy.

37. Wykonawca ma obowiązek uwzględnienia iż roboty budowlane prowadzone będą na terenie czynnego dworca, co wymaga: zabezpieczenia ciągów komunikacyjnych dla pieszych, zapewnienia bezpieczeństwa osób przebywających na terenie dworca, szczególnej ostrożności w celu zabezpieczenia przed zniszczeniem urządzeń znajdujących się na terenie objętym budową.

38. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia dziennika budowy, w sposób i w trybie regulowanym odpowiednimi przepisami Prawa budowlanego.

39. Wykonawca jest zobowiązany składować materiały i urządzenia nie stwarzając przeszkód komunikacyjnych, a także na własny koszt usuwać wszelkie odpady oraz śmieci z terenu budowy, przy przestrzeganiu przepisów obowiązujących w zakresie utylizacji odpadów, w szczególności odpadów budowlanych, przy przestrzeganiu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) oraz w uzgodnieniu z Zarządcą dworca Szczecin Główny.

40. Wykonawca, niezależnie od wykonywanych zadań, przyjmuje pełną odpowiedzialność za:

1) przyjęty teren budowy do dnia protokolarnego odbioru jego części lub całości, przez Zamawiającego,

2) koordynację robót realizowanych przez jego podwykonawców.

41. Wykonawca zapewni wykonanie Przedmiotu Umowy przez osoby posiadające wymagane przez prawo uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, których kwalifikacje i stan zdrowia pozwalają na wykonanie robót zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, oraz obowiązującymi przepisami prawa.

42. Wykonawca zobowiązuje się do zagwarantowania na terenie budowy pomieszczenia do przeprowadzania okresowych i doraźnych spotkań z Zamawiającym i Inżynierem. W szczególności wymagana jest dostępność sali konferencyjnej na minimum 20 osób z drukarką i dostępem do sieci Internet, umożliwiającym opracowanie, przechowywanie i przesyłanie dokumentów.

43. Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia Zamawiającemu oraz wszystkim osobom przez niego upoważnionym, a także pracownikom Nadzoru Budowlanego lub Inspekcji Pracy, dostępu do terenu budowy oraz do wszystkich miejsc gdzie wykonywane są roboty budowlane lub gdzie przewiduje się ich wykonanie, a są związane z Przedmiotem Umowy.

44. Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania bieżącej inwentaryzacji prowadzonych robót budowlanych oraz do sporządzenia na własny koszt dokumentacji powykonawczej (w trzech egzemplarzach) i jej niezwłocznego tj. najpóźniej wraz ze zgłoszoną gotowością do odbioru, przekazania wraz z dokumentami pozwalającymi na ocenę jakości i prawidłowego wykonania robót zgłaszanych do odbioru.

45. Wykonawca zobowiązuje się do zgłoszenia Zamawiającemu Przedmiotu Umowy do odbioru w terminach określonych w Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, uczestniczenia w czynnościach odbioru i zapewnienia usunięcia stwierdzonych wad.

46. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania, utrzymania i zlikwidowania na własny koszt tymczasowych urządzeń placu budowy a także po zakończeniu realizacji Przedmiotu

Umowy do doprowadzenia terenu do planowanego stanu w terminie ustalonym na odbiór końcowy.

47. Wykonawca zobowiązuje się do sukcesywnego wywożenia demontowanych elementów stalowych i metalowych oraz wszelkich innych pozostałości w postaci złomu i innych odpadów z terenu dworca kolejowego. Koszt wywiezienia uwzględniony został w Cenie Umowy.

48. Wywiezienie oraz utylizacja powstałych podczas realizacji Przedmiotu Umowy odpadów, w szczególności materiałów pochodzenia nieorganicznego, odbywa się na koszt Wykonawcy i została uwzględniona w Cenie Umowy.

49. Wykonawca przy udziale Zamawiającego dokona klasyfikacji odzyskanych materiałów i urządzeń dokona demontażu wybudowanych materiałów i urządzeń i przewiezie je w miejsce wskazane przez Zamawiającego.

50. Wykonawca jest zobowiązany do wywiezienia złomu z terenu dworca kolejowego oraz składowania go we własnym zakresie i na swój koszt do czasu wskazania przez Zamawiającego punktu skupu złomu, na który Wykonawca ma za zadanie w ramach wynagrodzenia przewieźć złom. Zamawiający dokona sprzedaży złomu zgodnie z obowiązującymi go przepisami.

51. Wykonawca zobowiązuje się w terminie wskazanym przez Zamawiającego do wykonania i umieszczenia w miejscach z nim uzgodnionych do 6 (sześciu) tablic z wizualizacjami dworca po przebudowie oraz do 6 (sześciu) tablic o współfinansowaniu zadania inwestycyjnego ze środków UE.

52. Wykonawca zobowiązuje się w ramach Ceny Umowy w terminie wskazanym przez Zamawiającego do umieszczenia na konstrukcji rusztowań oraz ogrodzeniach placu budowy siatek informacyjnych oraz ewentualnych nośników reklamowych dostarczonych przez

Zamawiającego.

53. Wykonawca oświadcza że ponosi:

1) pełną odpowiedzialność wobec Zamawiającego za roboty i usługi wykonane przez jego podwykonawców,

2) pełną odpowiedzialność wobec Zamawiającego oraz osób trzecich z tytułu strat, uszkodzeń i szkód związanych i wynikłych podczas i w związku z realizacją Przedmiotu Umowy na zasadach ustalonych przepisami Kodeksu cywilnego,

3) pełną odpowiedzialność za wszelkie naruszenia praw ochronnych, a w szczególności praw z patentów, praw autorskich i praw do wzorów użytkowych w związku z realizacją Przedmiotu Umowy oraz za szkody wynikłe w związku z tymi naruszeniami,

4) ryzyko finansowe z tytułu uszkodzenia, zniszczenia obiektu budowlanego oraz uszkodzenia, zniszczenia lub utraty wszelkich materiałów, urządzeń i wyposażenia znajdujących się na terenie budowy oraz wszelkich innych szkód w mieniu znajdującym się na terenie budowy oraz bezpośredniego sąsiedztwa terenu budowy; wystąpienie takich szkód nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku terminowego i należytego wykonania Przedmiotu Umowy; z chwilą przekazania terenu budowy Wykonawca ponosi ryzyko ewentualnych – w tym wywołanych ingerencją osób trzecich – opóźnień w wykonaniu robót jak i w usuwaniu stwierdzonych wad i usterek.

51. Zamawiający zastrzega sobie prawo do audytowania miejsca realizacji robót budowlanych przez Wykonawcę oraz wydawania pracownikom Wykonawcy zaleceń w zakresie realizacji robót budowlanych oraz bezpieczeństwa na terenie objętym inwestycją. W razie nieprzestrzegania zaleceń uprawnieni pracownicy Zamawiającego wezwą Wykonawcę do zaniechania naruszeń przepisów i zaleceń i wyznaczą Wykonawcy termin nie krótszy niż 5 dni na zaniechanie w/w naruszeń.

52. W przypadku gdy Wykonawca pomimo dwukrotnego pisemnego wezwania Zamawiającego i wyznaczenia mu dodatkowych terminów w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń nadal nie będzie przestrzegał zaleceń, Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy.

53. Wykonawca zobowiązany jest przejąć teren budowy w dniu jego protokolarnego przekazania przez Zamawiającego.

54. Kierownik budowy Wykonawcy, obowiązany jest sporządzić przed rozpoczęciem wykonywania robót, stanowiących Przedmiot niniejszej Umowy, plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zgodnie z Ustawą z dnia 07.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2013 poz. 1409 z późn. zm.) oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 23.06.2003 r. w sprawie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (Dz. U. z 2003 r. Nr 120, poz. 1126).

55. W ramach wykonywanych robót Wykonawca zapewnia przeprowadzenie koniecznych prób i rozruchów urządzeń technicznych.

56. Wykonawca zapewnia, iż jakość urządzeń, materiałów i wszelkich części robót będzie badana i kontrolowana na bieżąco w trakcie wykonywania robót i po ich zakończeniu. Wyniki wszystkich badań i kontroli powinny być zawarte w protokołach załączonych do Dziennika budowy i przywołane w Dzienniku budowy oraz potwierdzone, że zostały zastosowane przy realizacji obiektu. Koszt wykonania badań i kontroli będzie ponoszony przez Wykonawcę.

57. Wykonawca zapewni na swój koszt odpowiednie szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany przez Zamawiającego.

58. Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć wszelkie wykonane roboty aż do odbioru, także w czasie ewentualnej przerwy lub wstrzymania robót budowlanych. Wykonawca zobowiązany jest chronić przed uszkodzeniem i kradzieżą wykonane roboty budowlane, wyposażenie i urządzenia. Dotyczy to również zabezpieczenia ich przed szkodliwym wpływem warunków atmosferycznych;”. Nadto, w § 6 zawarł: „(...)

1. Wykonawca zobowiązany jest wykonać Przedmiot Umowy, w tym zakończyć wszystkie roboty budowlane i uzyskać ostateczne decyzje pozwolenia na użytkowanie dla obiektów objętych Przedmiotem zamówienia, jeżeli przepisy prawa nakładają taki obowiązek w terminie od dnia **31.10.2015r**, zgodnie z Harmonogramem Ramowym Realizacji Projektu, oraz Szczegółowym Harmonogramem Rzeczowo –Finansowym.

2. Ustala się maksymalny termin wykonania kompletnej wielobranżowej Dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę na **16 tygodni** licząc od dnia zawarcia Umowy, w tym:

1) Etap I

a) wykonanie wielobranżowych projektów budowlanych w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (Dz.U. z dnia 27 kwietnia 2012, poz. 462) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) w terminie **10 tygodni** od dnia zawarcia umowy i przekazanie ich Zamawiającemu do akceptacji,

b) złożenie kompletnych wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - **12 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,

2) Etap II - uzyskanie pozwoleń na budowę w terminie **16 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,

3) Etap III - wykonanie wielobranżowych projektów wykonawczych w terminie **24 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,

4) Etap IV - pełnienie nadzoru autorskiego - od uzyskania przez Wykonawcę prawomocnych pozwoleń na budowę przez okres realizacji robót budowlanych.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonać poszczególne Etapy i elementy Przedmiotu zamówienia w terminach określonych w Harmonogramie Ramowym Realizacji Projektu stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ oraz stanowiącym jego uszczegółowienie zatwierdzonym Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym.

4. Za zakończenie robót uznaje się datę podpisania protokołu odbioru końcowego.

5. Wykonane i zgłoszone do odbioru części Przedmiotu Umowy podlegają odbiorom zgodnie z procedurą określoną w § 26 Umowy, jeżeli zostały wskazane w zaakceptowanym Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, zastrzeżeniem iż w przypadku Dokumentacji projektowej obowiązują następujące zasady:

1) Przekazanie Dokumentacji projektowej stanowiącej odrębny element Przedmiotu umowy nastąpi po wykonaniu etapu realizacji Umowy każdorazowo w siedzibie Zamawiającego po pisemnym zawiadomieniu przez Wykonawcę o gotowości przekazania dokumentacji do odbioru. Wraz z przekazaniem dokumentacji, Wykonawca składa pisemne oświadczenie, że przekazywana dokumentacja została wykonana zgodnie z Umową jest kompletna i nie posiada wad fizycznych i prawnych.

2) Dokonanie czynności odbioru Dokumentacji projektowej Zamawiający potwierdzi każdorazowo przez podpisanie protokołu odbioru. Podpisanie protokołu odbioru nastąpi w terminie do 7 dni i nie oznacza potwierdzenia braku wad fizycznych i prawnych przekazanej dokumentacji projektowej.

3) Odbiór przedmiotu umowy w zakresie wykonania całości Dokumentacji projektowej Zamawiający potwierdzi poprzez spisanie protokołu odbioru końcowego Dokumentacji projektowej, do którego Wykonawca załączy pisemną gwarancję jakości na wykonane prace. Data podpisania protokołu rozpoczyna bieg gwarancji i rękojmi. W zakresie terminu sporządzenia protokołu stosuje się odpowiednio regulacje pkt. 2.

4) W przypadku stwierdzenia braków formalnych lub innych przesłanek uniemożliwiających odbiór Dokumentacji projektowej, Zamawiający wskaże w protokole odbioru lub innym dokumencie z zachowaniem formy pisemnej uwagi w terminie, o którym mowa w pkt. 2, a Wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia w terminie do 7 dni od otrzymania zawiadomienia. Powody odmowy przyjęcia Dokumentacji projektowej mogą dotyczyć w szczególności:

a. zmniejszeniu użyteczności obiektów w stosunku do ustalonych oczekiwań zamawiającego określonych w PFU;

b. niezgodności rozwiązań z przekazanymi Decyzjami o lokalizacji celu publicznego;

c. niekompletności, błędów w obliczeniach;

d. niezgodności proponowanych rozwiązań z obowiązującymi przepisami (przy czym podstawą do oceny, w tym zakresie stanowią przepisy prawne obowiązujące w chwili odbioru prac projektowych) bądź zasadami sztuki budowlanej

5) Z czynności przekazania przez Wykonawcę pozwolenia na budowę zostanie spisany odrębny protokół odbioru.

6) O wadach Dokumentacji projektowej ujawnionych po jej odbiorze lub uchybieniach w sprawowaniu nadzoru autorskiego dostrzeżonych przez Zamawiającego, jest on zobowiązany zawiadomić Wykonawcę niezwłocznie jednakże nie dłużej niż w terminie do 14 dni od ich ujawnienia.

7) Wykonawca zawiadomiony na podstawie pkt. 6 zobowiązany jest do usunięcia wad niezwłocznie na własny koszt, bez wyznaczania terminu, nie później niż w terminie do 14 dni od otrzymania zawiadomienia

6. Wykonawca winien dołożyć wszelkich starań w celu uniknięcia jakichkolwiek opóźnień w realizacji Przedmiotu Umowy oraz niezwłocznie poinformować Inżyniera i Zamawiającego o wystąpieniu jakichkolwiek okoliczności mogących skutkować lub skutkujących opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy.

7. W przypadku przerwania robót Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie zawiadomić na piśmie o tym fakcie Inżyniera i Zamawiającego wraz z podaniem przyczyny przerwania robót.”.

Z kolei w ramach § 24 Zamawiający określił: „(...)

1. Wykonawca poniesie odpowiedzialność odszkodowawczą w formie kar Umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

1) za opóźnienie w wykonaniu Przedmiotu Umowy w określonym w § 6 ust. 1 Umowy terminie - 0,2% Ceny Umownej brutto, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

2) za opóźnienie w wykonaniu danego etapu określonego w § 6 ust. 2 Umowy – w wysokości 0,05% Ceny Umownej brutto za każdy dzień opóźnienia;

3) za opóźnienie w usunięciu stwierdzonych wad Dokumentacji projektowej w okresie realizacji Umowy - w wysokości 0,05% Ceny Umownej brutto za każdy dzień opóźnienia w usunięciu wad;

4) za opóźnienie w wykonaniu i uruchomieniu dla potrzeb realizacji Projektu dworca tymczasowego w terminie określonym w § 4 ust. 11 Umowy, w wysokości 0,1 % ceny Umownej brutto za każdy dzień opóźnienia,

5) za opóźnienie w terminowym usunięciu wad i usterek (w tym wynikających z użycia

niewłaściwych wyrobów i materiałów), stwierdzonych w okresie realizacji lub w trakcie odbiorów – w wysokości 0,03% Ceny Umownej brutto, za każdy dzień opóźnienia liczony od upłynięcia terminu wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, jednak nie więcej niż 15 % Ceny Umownej brutto.

- 6) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie realizuje obowiązków określonych w dokumentach gwarancyjnych Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę Umowną w wysokości 0,05% Ceny Umownej brutto, za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia przewidzianego na wykonanie danego obowiązku w pierwotnym terminie. W przypadku opóźnienia trwającego ponad 30 dni Zamawiający może zlecić wykonanie obowiązków na koszt Wykonawcy innemu podmiotowi;
 - 7) za rozwiązanie Umowy przez Zamawiającego (wypowiedzenie lub odstąpienie od Umowy) na jakiegokolwiek podstawie z powodu okoliczności leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 20% Ceny Umownej brutto.
 - 8) w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca nie realizuje któregośkolwiek z pozostałych obowiązków wynikających z Umowy lub też realizuje go niezgodnie z Umową, Zamawiający wezwie Wykonawcę do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy w terminie wskazanym w tym wezwaniu. W razie nie dotrzymania terminu wskazanego w wezwaniu, o którym mowa powyżej, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę Umowną w wysokości 0,01 % Ceny Umownej brutto, za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia wskazanego w wezwaniu na wykonanie danego obowiązku. W przypadku opóźnienia trwającego ponad 30 dni, Zamawiający może zlecić wykonanie obowiązków na koszt Wykonawcy innemu podmiotowi; na co Wykonawca wyraża zgodę .
2. Każdy z przypadków określony w ust. 1 stanowi samodzielną podstawę do naliczenia kar Umownych. Kary umowne podlegają kumulacji.
 3. Jeżeli kary Umowne z przyczyn wskazanych w ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 i 6) przekroczą 10% Ceny Umownej brutto, po powiadomieniu Wykonawcy, Zamawiający może odstąpić od Umowy z winy Wykonawcy.
 4. Jeżeli kara Umowna, z któregośkolwiek tytułu wymienionych w Umowie nie pokrywa poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych określonych przepisami KC.
 5. Wykonawca może zwolnić się z odpowiedzialności z tytułu zapłaty kar w przypadku działania siły wyższej oraz jeżeli wykonanie Umowy nie było możliwe z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Kary nie będą naliczone tylko za okres trwania przeszkody spowodowanymi okolicznościami wskazanymi w zdaniu poprzednim.

6. Kary umowne stają się wymagalne z chwilą powstania okoliczności do ich naliczenia.
7. Kara Umowna, powinna być zapłacona przez Wykonawcę, w terminie 30 dni od daty wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem zapłaty. W przypadku zwłoki w zapłacie kary przez Wykonawcę, Zamawiający zastrzega sobie możliwość potrącenia kar Umownych lub innych należności z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania Umowy bez konieczności odrębnego wzywania Wykonawcy do ich zapłaty.
8. Ustanowione w ust. 1 pkt 1) – 7) odszkodowania w formie kar Umownych oraz uregulowanie kar przez Wykonawcę, nie zwalnia go z wykonania zobowiązań wynikających z Umowy.”.

Dodatkowo w ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 01.07.2014 r. – Zamawiający stwierdził: „(...)

Pytanie 25

Dotyczy Wzoru Umowy § 6 **TERMINY REALIZACJI** i terminów uzyskania pozwolenia na budowę (założono obecnie 4 tygodnie na uzyskanie pozwolenia licząc od dnia złożenia wniosku) - wnioskujemy o przedłużenie tego terminu do 65 dni zgodnie z k.p.a. oraz przesunięcie końcowego terminu realizacji inwestycji również o 65 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ. Dotychczasowe postanowienie rozdziału VIII pkt 1 lit. a) i b) SIWZ i § 6 ust. 2 pkt 1 lit. a) i b) - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymuje następujące brzmienie:

„a) wykonanie wielobranżowych projektów budowlanych w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (Dz. U. z dnia 27 kwietnia 2012, poz. 462) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) w terminie **6 tygodni** od dnia zawarcia umowy i przekazanie ich Zamawiającemu do akceptacji,

b) złożenie kompletnych wniosków o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę - **8 tygodni** od dnia zawarcia Umowy,“ (...).

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) zastąpił w § 24 Umowy termin „opóźnienie” terminem „zwłoka”,
- 2) wprowadził do umowy postanowienia dot. anulowania tzw. kar umownych za niedotrzymanie terminów pośrednich (za opóźnienie w wykonaniu poszczególnych elementów Przedmiotu Umowy) w sytuacji terminowego wykonania przedmiotu Umowy,

- 3) aby wprowadził karę umowną w wysokości 20% Ceny Umownej brutto za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
- 4) wprowadził limit kar umownych,
- 5) jak również przewidział możliwość ubiegania się o odszkodowanie przekraczające wysokość kary umownej również dla wykonawcy.

Izba uznała oddaliła zarzut w zakresie wszystkich pięciu wskazanych przez Odwołującego naruszeń. Względem kar za opóźnienia, w ocenie Izby, fakt podwyższonej odpowiedzialności wynikającej z § 4 i 6 wzoru umowy daje podstawę do uznania za dopuszczalne ukształtowania kar umownych w § 24 wzoru umowy w sposób adekwatny do tej odpowiedzialności. W tym zakresie Izba kierowała stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa m.in. za wyrokiem KIO z 07.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1238/13: „(...) *Co do zastrzeżenia przez zamawiającego kar za opóźnienie, to w ocenie Izby wobec faktu podwyższonej odpowiedzialności wynikającej z paragrafu 5 wzoru umowy stanowiącego m. in. o odpowiedzialności wykonawcy za terminowość i wysoką jakość przedmiotu świadczenia, dopuszczalne było ukształtowanie kar umownych w sposób adekwatny do tej odpowiedzialności.(...)*”. Podobnie za wyrokiem z 24.01.2013 r., sygn. akt: KIO 78/13 co do zasady, choć odmiennie niż w rozpatrywanym stanie faktycznym: „(...) *zamawiający przed określeniem kary za opóźnienie powinien był określić, że wykonawca za opóźnienie w realizacji określonych czynności na mocy przyszłej umowy o zamówienie publiczne będzie odpowiadał. W tej sytuacji Izba uważa, że wobec braku postanowień rozszerzających odpowiedzialność wykonawcy z tytułu przedmiotowej umowy brak było podstaw do określenia obciążenia wykonawców karą umowną za opóźnienie. (...)*”. W konsekwencji dopuszczalne było rozszerzenie odpowiedzialności Wykonawcy za zasadzie ryzyka za okoliczności za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Z tych samych względów Izba uznała, że brak wprowadzenia postanowień dotyczących anulowania tzw. kar umownych wynika z przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji umowy i rozszerzonej odpowiedzialności Wykonawcy. Izba w tym zakresie, nie widzi podstaw do ingerencji, skoro Zamawiający uznał konieczność takich, a nie innych postanowień wzoru umowy, uwagi na charakter realizowanej inwestycji. Względem wprowadzenia limitu kar umownych, wprowadzenia kary umownej w wysokości 20 % ceny Umownej brutto za odstąpienie od umowy leżących po stronie Zamawiającego, czy też możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przez Wykonawcę, Izba wskazuje, że zdecydowana większość świadczeń niepieniężnych w robotach budowlanych należy się Zamawiającemu stąd dysproporcja w ilości kar umownych. Nie pozbawia to jednak Wykonawcy możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych. W tym zakresie za orzecznictwem – wyrok KIO z 07.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1238/13: „(...) *zastrzeżenie kar umownych ma*

służyć możliwości szybkiego pokrycia zaistniałej szkody. Jeśli strony nie zastrzegą kar umownych, to nie oznacza, że nie mogą dochodzić pokrycia swoich szkód, z tymże na drodze cywilnoprawnej i z koniecznością udowodnienia faktu zaistnienia zdarzenia szkodzącego, powstania szkody, związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniem a szkodą oraz wysokości szkody. Fakt nie zastrzeżenia kar na rzecz wykonawców nie powoduje nierówności stron, bo nie pozbawia wykonawcy możliwości dochodzenia swoich roszczeń. Co więcej kara umowna może być ustanawiana jako surogat odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych. Zdecydowanie więcej świadczeń niepieniężnych w robotach budowlanych należy się zamawiającemu od wykonawców, stąd dysproporcje w ilości kar umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Zobowiązanie zamawiającego wobec wykonawcy ma przede wszystkim charakter zobowiązania pieniężnego – zapłaty umówionego wynagrodzenia, z tytułu którego strony mogą zastrzec odsetki umowne w sytuacji opóźnienia, a w ich braku i tak wykonawcy należą się odsetki ustawowe. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział dla siebie szereg kar umownych, natomiast nie przewidział ich dla wykonawcy. Jednakże w ocenie Izby nie przesądza to o naruszeniu równości stron. Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Miarkowanie naliczonych kar umownych jest realizowane przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. (...). Podobnie w wyroku KIO z 16.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2970/13: „Nadto, Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 484 KC kara umowna zastrzegana jest na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków o charakterze niepieniężnym, te zaś obowiązki obciążają głównie Wykonawców. Natomiast po stronie Zamawiającego występują w przeważającej mierze obowiązki o charakterze pieniężnym. Stąd niejednakowy rozkład kar umownych, a w konsekwencji możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego nie świadczy samo w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń.”. Izba jedynie dodatkowo przypomina, że w ramach umowy o zamówienie publiczne jest zachwiana równowaga stron ze zdecydowanym wskazaniem na Zamawiającego jako dysponenta środków publicznych. Izba uznała także, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się de facto do negacji postanowień umowy w zaskarżonym zakresie, jako niemożliwych do przyjęcia i akceptacji przez Wykonawcę. W ocenie Izby, jednakże powyższe postanowienia wzoru umowy mieszczą się w granicach przywołanych przez Odwołującego w ramach zarzutu przepisów.

Odnośnie zarzutu czwartego – naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 oraz 29 ust. 2, 31 ust. 1 Pzp - poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące, bez

dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nieopisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – opisanie przedmiotu zamówienia – poprzez wymaganie od wykonawców pokrycia kosztów zorganizowania odpowiedniego szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany przez Zamawiającego – bez szczegółowego przekazania informacji potrzebnych do skalkulowania tych kosztów (§ 4 ust. 57 wzoru umowy). Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ w ramach zmiany z dnia 01.07.2014 r. Dotychczasowe postanowienie § 4 ust. 57 - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymuje następujące brzmienie: „57 Wykonawca zapewni na swój koszt odpowiednie szkolenia dla osób Zamawiającego w zakresie użytkowania, obsługi i konserwacji Urządzeń technicznych w terminie i w sposób wskazany w Szczegółowym Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym”. Pierwotnie miał to być „(...) w terminie i w sposób wskazany przez Zamawiającego”.

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu, aby opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, aby można było w sposób obiektywny i równy dla wszystkich wykonawców przygotować ofertę cenową w tym zakresie (poprzez np. podanie szacowanej ilości osób, przybliżonych terminów, miejsca szkolenia)

Izba uznała w tym zakresie, oddaliła zarzut, kierując się stanowiskiem Zamawiającego z rozprawy oraz dokonaną modyfikacją. Uznając, że tak termin, jak i sposób szkolenia ma zostać określony przez Wykonawcę w harmonogramie, czyli nie ma być wskazany przez Zamawiającego. W konsekwencji należy więc uznać, że Wykonawca winien przyjąć w ramach sposobu szkolenia – ilość osób uzależnioną od urządzenia technicznego dostarczanego w ramach zamówienia, które także obejmuje infrastrukturę techniczną dworca. W tym zakresie organizacja wewnętrzna Zamawiającego jest bez znaczenia. Stanowisko Zamawiającego z rozprawy powyższe potwierdzało. W rezultacie, to charakter dostarczanego urządzenia, tudzież jego instrukcja, czy też zasady bezpieczeństwa winny określać liczbę osób podlegających szkoleniu, nie zaś struktura organizacyjna Zamawiającego w ramach zespołu obiektów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający w sposób świadomy pozbawił się możliwości dostosowawczych w tym zakresie. Ewentualne działania Inżyniera winny brać pod uwagę powyższą okoliczność, gdyż także w tym zakresie Zamawiający jest gospodarzem postępowania.

Odnosnie zarzutu piątego – naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp, oraz art. 5, 353¹

i 647 Kc w zw. z art. 14 Pzp i 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję - w związku z postanowieniami § 15 ust. 3 wzoru umowy, w którym Zamawiający obciąża wykonawcę wszelkimi kosztami powstałymi w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego - w sytuacji niesporządzenia dokumentacji, o której mowa w § 15 ust. 3 wzoru umowy - przez Inżyniera, a zatem przez podmiot zupełnie niezależny od wykonawcy, na który nie ma on żadnego wpływu (§ 15 ust. 3 wzoru umowy). Izba wskazuje na następujące okoliczności.

W ramach odpowiedzi na pytania – pismo z 01.07.2014 r. – Zamawiający stwierdził:

„(...)

Pytanie 12

WZÓR UMOWY, §15, PKT 3 Wnosimy o zmianę zapisu. Skoro to Inżynier sporządza dokumentację dot. awarii itp. to dlaczego za niesporządzenie takiej dokumentacji odpowiedzialność ma ponosić Wykonawca??? Wykonawca może ponosić odpowiedzialność, jeśli nie powiadomi właściwych służb o takiej awarii wynikłej z jego działań!

Odpowiedź:

Zamawiający w myśl przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji treści SIWZ. Dotychczasowe postanowienie § 15 ust. 3 - załącznika nr 9 do SIWZ - Wzór umowy, otrzymuje następujące brzmienie: „3. W przypadku zaistnienia w czasie wykonywania Robót zdarzeń, awarii (innych niż wypadki i incydenty), które spowodowały uszkodzenie, awarię infrastruktury kolejowej, skutkujące zakłóceniem procesu eksploatacyjnego, Wykonawca natychmiast powiadomi o tym Inżyniera oraz Zakład Linii Kolejowych w Szczecinie. Inżynier, wspólnie z przedstawicielem Zakładu Linii Kolejowych i Wykonawcy stwierdzi na miejscu stan faktyczny, określi rodzaj, czas i skutki zakłóceń procesu eksploatacyjnego, oraz sporządzi dokumentację ze wskazaniem strony odpowiedzialnej za zaistniałe uszkodzenie, awarię.”

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu, aby ten wykreślił w § 15 ust. 3 wzoru umowy następując fragment: „W przypadku nie

sporządzenia takiej dokumentacji, wszelkie koszty powstałe w wyniku zdarzeń, awarii powodujących zakłócenie procesu eksploatacyjnego poniesie Wykonawca”.

Izba uznała w tym zakresie, że Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z dnia 01.07.2014 r.) w ramach których uwzględnił wnioski Odwołującego z odwołania. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, miało miejsce naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, stąd działanie Zamawiającego polegające na modyfikacji postanowień SIWZ. Jednakże, w konsekwencji wobec dokonanej modyfikacji, która jak przyznał na rozprawie Odwołujący była zgodna z jego wnioskiem (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), Izba z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, mimo stwierdzonego naruszenia oddaliła zarzut, z uwagi na brak wpływu na wynik.

Odnosnie zarzutu szóstego – naruszenia przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 140 ust. 1 Pzp oraz art. 5, 353¹ Kc w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp - poprzez ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego powodujące rażąco nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego» powodującą rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, oraz w wyniku którego może dojść do realizacji zamówienia poza zakres wynikający z oferty wykonawcy - poprzez umieszczenie niejednoznacznego postanowienia o treści: „Likwidacja zbędnych lub przeniesienie użytkowanych tras instalacji stanowiących uzbrojenie terenu, kolidujących z realizowanymi obiektami, które nie są wykazane na aktualnej mapie do celów projektowych” (§ 4 ust. 25 wzoru umowy). Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Względem powyższego zarzutu Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu, aby ten dopisał w § 4 ust. 25 wzoru umowy, zdanie o treści: „dotyczy to tylko elementów uwidocznionych na dokumentach przekazanych przez Zamawiającego, ewentualnie uwidocznionych na dokumentach, które są powszechnie dostępne”, lub innego o podobnym brzmieniu.

Izba uznała w tym zakresie wskazanych zarzut za podlegający oddaleniu. W pierwszej kolejności podkreślając, że nie chodzi o wszelkie, ale o zbędne oraz kolidujące z realizowanymi obiektami instalacje. Następnie podnosząc, że Zamawiający miał świadomość określonych kosztów inwestycji i w tym zakresie Wykonawcy określone ryzyka

winni wliczyć w cenę oferty, która ma charakter ryczałtowy. W tym zakresie Zamawiający będzie bez wątpienia zmuszony zapłacić cenę z uwzględnieniem ryzyka które narzucił także w zakresie ryzyka objętego zakresem rozpatrywanego zarzutu. Zasadnym wydaje się w tym zakresie przywołanie za wyrokiem KIO z dnia 23.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1691/12, KIO 1704/12 stanowiska Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który stwierdził, iż „*Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.*” (wyrok z 14.04.2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Dodatkowo należy także zauważyć, że Izba była zmuszona wziąć również pod uwagę ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia w ramach modyfikacji z dnia 01.07.2014 r., co także nie pozostaje bez znaczenia dla rozpatrywanego zarzutu.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....