

Sygn. akt KIO 2313/19

WYROK

z dnia 28 listopada 2019r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 26 listopada 2019r. odwołania z dnia 14 listopada 2019r. wniesionego przez **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawcy TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą Poznań, ul. Mogileńska 10G** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/19 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/19 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/19 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Modelarska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/19 po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2313/19 po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i:**

2.1 zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę **20 000zł. 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** kwotę 3 600zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) 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 w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 09.10.2019r. nr 2019/S195-474865.

W dniu 4 listopada 2019r. zamawiający dokonał modyfikacji siwz.

W dniu 14 listopada 2019r. na tę czynność odwołanie wniósł wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 listopada 2019r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 listopada 2019r.

Odwołujący odwołał się od czynności polegającej na modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), tj. Załącznika nr 2 Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącego jednocześnie część postanowień przyszłej umowy w zakresie wykreślenia definicji Odcinków określonych w Subklauzuli 1.1.5.6

Zaskarżonej czynności zarzucił naruszenie:

1. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353(1) k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy przez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające na rezygnacji z postanowień umownych definiujących Odcinek, a tym samym uniemożliwienie zastosowania postanowień, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanej części robót rozpocznie się po odbiorze tej części przez zamawiającego, a w konsekwencji naruszenie;

2. art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez przekroczenie granic swobody kontraktowania, przy jednoczesnym naruszeniu art. 151 ust. 1, 2 i 3 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 15 ustawy przez ustalenie terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia na okres rękojmi w sposób sprzeczny z art. 151 ust. 1, 2 i 3 ustawy;

w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-2 naruszenie:

3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienie porównywalnych ofert; oraz

4. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków

Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania określenia przez zamawiającego terminu rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od momentu rozpoczęcia faktycznej eksploatacji części zamówienia, a także zaniechanie odpowiedniej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień umowy przez wprowadzenie do umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinka w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, np. przez wskazanie jako Odcinków robót przewidzianych do wykonania w ramach Etapów 1.2, 1.3, 1.4 i 1.5, zdefiniowanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Szczególnych Kontraktu, a w konsekwencji,
- umożliwienie zastosowania regulacji umownych, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót danego Odcinka i rozpoczęciu jego eksploatacji przez zamawiającego, a także w następstwie uwzględnienia powyższego wniosku,
- nakazanie wprowadzenia podstaw częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio po wykonaniu danego Odcinka i po upływie odnośnego okresu rękojmi w sposób zgodny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze kolejowych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy. Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez zamawiającego. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień umowy, odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów ustawy. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty odwołujący będzie zobowiązany do realizacji zamówienia, którego przedmiot został opisany na warunkach sprzecznych z powołanymi w odwołaniu przepisami.

W kontekście interesu prawnego odwołujący wskazał na aktualne stanowisko KIO: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10 oraz wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17). Czynności zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko w ocenie odwołującego naruszają powołane na wstępie przepisy ustawy, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza przez uniemożliwienie wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywanych, konkurencyjnych ofert.

Odwołujący wskazał, że w dniu 09.10.2019r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej SIWZ oraz załączniki do niej, w tym samym dniu zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 21.10.2019r. odwołujący wniósł odwołanie na treść opublikowanej dokumentacji przetargowej, w tym warunki przyszłej umowy m. in. w zakresie odnoszącym się do terminu biegu okresu rękojmi i gwarancji oraz odpowiedniej redukcji zabezpieczenia. Odwołujący zakwestionował postanowienia w myśl, których termin zakończenia okresu rękojmi i gwarancji zakończy się po upływie 72 miesięcy od odbioru ostatniego z Odcinków wskazanych w Załączniku do oferty. Niezależnie od terminu wykonania poszczególnych Odcinków zamawiający przewidział jeden termin zakończenia Okresu Zgłaszania Wad, tj. okres 72 miesięcy po dacie wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą ostatni z Odcinków zostanie ukończony zgodnie z Kontraktem.

Odwołujący podniósł, że w dniu 04.11.2019r. zamawiający dokonał modyfikacji postanowień umowy, w ten sposób, że zgodnie z żądaniem odwołującego określił bieg terminu rękojmi i gwarancji na 72 miesiące od daty, z którą Roboty lub Odcinek zostaną ukończone.

W dokonanej modyfikacji z dnia 04.11.2019r. zamawiający zrezygnował z zastrzeżenia, że bieg tego okresu ukończy się nie wcześniej niż po upływie 72 miesięcy od przejęcia ostatniego z Odcinków. W efekcie żądanie odwołania zostało uwzględnione, a odwołujący cofnął odwołanie na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 05.11.2019r. (sygn. KIO 2133/19)

Komentowaną modyfikacją zamawiający dokonał też zmiany Załącznika do Oferty w ten sposób, że zrezygnował z definicji Odcinka w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6. warunków Kontraktu. W efekcie zamawiający wykluczył możliwość częściowego przejęcia zorganizowanej części zamówienia, tj. Odcinka w oparciu o Subklauzulę 10.1. Warunków Kontraktu. Tym samym wyłączył możliwość zastosowania regulacji umożliwiających rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji po faktycznym przejęciu przez zamawiającego części robot i rozpoczęciu użytkowania tej części przez zamawiającego.

Zamawiający zrezygnował z podziału zamówienia na Odcinki, a jednocześnie podtrzymał podział robót na etapy, które wykonawca zobowiązany jest wykonać w wyznaczonych przez zamawiającego terminach. W zmodyfikowanej w dniu 04.11.2019r. Subklauzuli 8.13 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej „WSK”) zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na następujące Etapy:

„Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy (łącznie dla części A i części B), które wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap 1

Etap 1.1-6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - Wykonanie kompletnych Projektów Wykonawczych;

Etap 1.2 - 14 miesięcy od zakończenia Etapu 1.1 - Oddanie do eksploatacji trakcją spalinową odcinka od stacji Tarnowskie Góry do stacji Siewierz wraz z łącznicą Gosek dla obsługi bocznic stacji Siewierz. Budowa LCS Siewierz;

Etap 1.3 - 9 miesięcy od Zakończenia Etapu 1.2 - Oddanie do eksploatacji odcinka od stacji Siewierz do stacji Zawiercie wraz z łącznicą Ik 705;

Etap 1.4-24 miesiące od Daty Rozpoczęcia - Oddanie do eksploatacji peronu nr 3 w stacji Tarnowskie Góry;

Etap 1.5 - 12 miesięcy od zakończenia Etapu 1.2 - Pozostałe roboty wraz z uzyskaniem wszelkich

niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń w tym certyfikacja. Zakończenie robót;

Etap 2

Zapewnienie Gwarancji Jakości przez wykonanie Usług gwarancyjnych i zapewnienie Warunków Gwarancji przez Okres Zgłaszania Wad. ”

Z komentowanej regulacji wynika, że prace budowlane przewidziano do wykonania w ramach Etapu 1.2, 1.3, 1.4 oraz 1.5. Założeniem zamawiającego jest zapewnienie możliwości użytkowania poszczególnych części przedmiotu zamówienia.

Zakończenie Etapu oznacza oddanie do eksploatacji poszczególnych zorganizowanych części zamówienia. Zamawiający przewiduje więc w ocenie odwołującego eksploatację tych części jeszcze przed dokonaniem odbioru końcowego zamówienia w sposób wskazany w Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu. Zamawiający nie przewiduje bowiem odbioru częściowego Robót w sposób określony w Subklauzuli 10.1. Warunków Szczególnych Kontraktu, pomimo przejścia do eksploatacji robót objętych Etapem 1,2, 1.3 1.4 czy 1.5.

W realiach niniejszej sprawy, kwestionowana przez odwołującego czynność zamawiającego polega na wykreśleniu z Załącznika do Oferty definicji „Odcinka”. Oznacza to, że zamawiający zrezygnował z podziału robót na Odcinki.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Subklauzulą 1.1.5.6 Warunków Ogólnych Kontraktu „Odcinek” oznacza część Robót, wyszczególnioną w Załączniku do Oferty jako Odcinek (jeśli jest)”. O ile Załącznik do oferty (1.1.5.6) nie zawiera wskazania Odcinka, dopiero wykonanie całego przedmiotu zamówienia i jego odbiór/ przejście w oparciu o Subklauzulę 10.1. Warunków Szczególnych Kontraktu uwoli bieg terminu rękojmi i gwarancjami.

Konsekwencją braku zdefiniowania Odcinka jest rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji dopiero po wykonaniu całości robót objętych przedmiotem zamówienia, tj. po upływie odpowiednio 12, 3, 8 miesięcy od rozpoczęcia eksploatacji robót przewidzianych do wykonania w ramach Etapów 1.2, 1.3 i 1.4.

Powyższy wniosek wynika z postanowień umowy dotyczących okresu zgłaszania wad (tj. rękojmi i gwarancji)

I tak, w Subklauzuli 1.1.3.7 WSK wskazano:

„Okres Zgłaszania Wad” oznacza 72 miesiące na zgłaszanie wad w Robotach lub jakimś ich Odcinku (w zależności od przypadku i z zastrzeżeniem in fine definicji) według Subklauzuli 11.1 Warunków Szczególnych, liczone od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, tak jak poświadczono według Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych, z każdym przedłużeniem według Subklauzuli 11.3 Warunków Szczególnych”.

Okres ten rozumie się jako okres rękojmi za wady i jest on równy okresowi objętemu Gwarancją Jakościową, o której mowa w Kontrakcie. Bieg okresu Gwarancji Jakościowej rozpoczyna się w dacie wskazanej w Karcie Gwarancyjnej”

W Subklauzuli 10.1 WSK wskazano:

„Roboty będą przejęte przez zamawiającego, kiedy:

a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (i) poniżej, oraz b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą Subklauzulą.

Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego. W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powyższy termin zaczyna biec z chwilą uzyskania tego pozwolenia. Jeżeli Roboty podzielone są na Odcinki, to Wykonawca będzie mógł wystąpić o Świadectwo Przejęcia dla każdego Odcinka." Odbiór końcowy uregulowano w Subklauzuli 2.7 WSK:

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

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

Zgodnie z powyższymi regulacjami, w sytuacji, gdy zamawiający nie przewiduje podziału robót na Odcinki w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Ogólnych FIDIC, zarówno odbiór końcowy robót jak i wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót zgodnie z Subklauzulą 10.1 WSK nastąpić może dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, w tym robót przewidzianych do wykonania w ramach poszczególnych Etapów. Przejęcie części robót określonych w Etapach, o których mowa w Subklauzuli 8.13 WSK nie będzie stanowiło odbioru częściowego, który potwierdzałby częściowe wykonanie zamówienia, jak i rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji. Niezależnie od terminu wykonania poszczególnych Etapów zamawiający przewidział jeden termin rozpoczęcia okresu rękojmi i gwarancji. Jest nim dzień następujący po dacie wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem. Reasumując, dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia rozpocznie bieg okres rękojmi i gwarancji.

Zamawiający przewiduje co prawda odbiór części robót, ale wyłącznie w oparciu o Subklauzulę 10.2 WSK. Odbiór/ Przejęcie Części Robót zgodnie z Subklauzulą 10.2 WSK nie spowoduje rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji. W Subklauzuli 10.2 WSK wskazano:

„Do czasu dokonania Odbioru końcowego Odcinka, użytkowanie przez zamawiającego tego Odcinka będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe.

W przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, w okresie użytkowania tymczasowego, wad lub usterek, które nie wynikają ze zwykłego zużycia Robót, w tym w szczególności wad lub usterek

związanych z geometrią i osiadaniem toru, Zamawiający niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Wykonawcę i Inżyniera. W takim przypadku Wykonawca, w odpowiednim wskazanym przez zamawiającego terminie, usunie stwierdzone wady lub usterki.

Strony ustalają, że zgłoszenie wystąpienia wad lub usterek w okresie użytkowania tymczasowego, nie może być w żadnym przypadku przez żadną ze Stron uznawane za rozpoczęcie Okresu Zgłaszania Wad.

Niezależnie od ponoszenia przez zamawiającego kosztów lub wykonywania czynności związanych ze zwykłym zużyciem Robót użytkowanych przez zamawiającego w okresie użytkowania tymczasowego. Wykonawca jest zobowiązany do doprowadzenia, do dnia Odbioru końcowego Odcinka, wszystkich Robót objętych Odbiorem końcowym Odcinka, do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu.”

W Subklauzuli 11.1 dotyczącej odpowiedzialności wykonawcy za wady przewidziano, że:

„Okres Zgłaszania Wad rozpoczyna swój bieg w następnym dniu po dacie wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem.”

Z kolei w Subklauzuli 11.9 WSK zamawiający zastrzegł, że

„Wykonywanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż inżynier wystawi Wykonawcy Świadcstwo Wykonania podające datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu.

Inżynier wystawi Świadcstwo Wykonania, w ciągu 7 dni od najpóźniejszej z dat upływu Okresów Zgłaszania Wad lub później, jak tylko Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy oraz ukończy wszystkie Roboty i dokona ich prób, włącznie z usunięciem wszelkich wad. Kopia Świadcstwa Wykonania zostanie wystawiona dla zamawiającego.

Będzie się uważało, że tylko Świadcstwo Wykonania stanowi akceptację Robót ”

Z powyższych regulacji w ocenie odwołującego wynika, że pomimo eksploataowania części Robót objętych Etapem 1.2 przez okres, np. 12 miesięcy (tj. w okresie realizacji robót z Etapów 1.2, 1.3, 1.4 i 1.5) wykonawca zobowiązany do doprowadzenia eksploatowanych robót do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu. Finalnie więc wykonawca zobowiązany będzie nie tylko ponownie doprowadzić roboty objęte etapami 1.2, 1.3, 1.4. do stanu z momentu odbioru częściowego, a także udzielić rękojmi i gwarancji o okresie odpowiednio dłuższy, niż to wynika z warunków przetargu, tj. 72 miesiące + 12-3 miesiące + ewentualne Przedłużenie Czasu na Ukończenie Etapu 3.

Wskazane wyżej warunki realizacji zamówienia, opisane przez zamawiającego w postanowieniach przyszłej umowy, czynią zdaniem odwołującego zasadnym zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy przez niewskazanie zgodnych w obowiązujących przepisami wymagań dotyczących rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji. Tym samym zasadnym jest zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 1, a jednocześnie naruszający art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust 1 ustawy. Zaskarżone postanowienia SIWZ, w tym warunki przeszłej umowy czynią jednocześnie zasadnym zarzut naruszenia art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 §

1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie postanowień, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji rozpocznie się co najmniej po upływie odpowiednio 12, 3 czy 8 miesięcy od rozpoczęcia faktycznej eksploatacji części zrealizowanego zamówienia - dla zakresu objętych Etapami 1.2, 1.3. oraz 1.4. Każde przedłużenie okresu realizacji robót (Przedłużenia Czasu na Ukończenie) w konsekwencji doprowadzi do oddalenia w czasie początku biegu okresu rękojmi i gwarancji. Ponadto wykonawca zobowiązany będzie do doprowadzenia u użytkowanych przez zamawiającego części zamówienia do stanu zgodnego z Kontraktem, m. in. przez zapewnienie osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu, niezależnie od sposobu użytkowania tej części przez zamawiającego - vide: Subklauzula 10.2. in fine. W tym zakresie wykonawca nie będzie w stanie oszacować kosztów wykonania zamówienia, w jego oferta w tym zakresie będzie miała charakter spekulacyjny.

Skarżona niniejszym odwołaniem czynność zamawiającego narusza przepisy dotyczące biegu terminu rękojmi i gwarancji.

I tak, zgodnie z przepisem art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c.: „Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie dwóch lat, a gdy chodzi o wady budynku - po upływie pięciu lat. od dnia wydania rzeczy kupującemu.

Wskazany w art. 558 § 1 k.c. zakres możliwych modyfikacji odpowiedzialności z tytułu rękojmi dotyczy: rozszerzenia, ograniczenia lub wyłączenia. Zgodnie z art. 558 k.c. in fine „Strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć”. Dopuszczalne modyfikacje odpowiedzialności z tytułu rękojmi nie odnoszą się do początku biegu tego okresu, a zatem przyjęć należy, że moment wydania rzeczy (tutaj: odbioru części robót obejmujących kolejne Etapy) kupującemu (tutaj: zamawiającemu) będzie początkiem biegu okresu rękojmi dla tej części Robót. Pogląd taki uzasadnia właściwość, natura instytucji rękojmi.

Potwierdza to również orzecznictwo sądowe. I tak w wyroku z 28.11.2013r. Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. akt I A CA 700/13) wskazał, że rozpoczęcie użytkowania budynku, a zatem faktyczne przejęcie budynku po zakończeniu prac budowlanych i remontowych, jest okolicznością wystarczającą dla rozpoczęcia biegu terminów przewidzianych w omawianych przepisach art. 568 k.c. Sens ich oznaczenia polega bowiem między innymi na tym, że jest to czas, w którym kupujący (inwestor) ma możliwość sprawdzenia czy rzecz nabyta (odbierany budynek) ma wady.

Istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady jest możliwość domagania się przez uprawnionego, aby dostarczony mu przedmiot umowy spełniał określone walory użytkowe, funkcjonalne, wartościowe w określonym w umowie lub przepisach k.c. czasie. W stanie faktycznym niniejszej sprawy okres rękojmi (Okres Zgłaszania Wad) ustalono na 72 miesiące. Okres ten stanowi czas próby w ciągu, którego uprawniony z rękojmi (zamawiający) będzie miał możliwość zbadania przedmiotu objętego rękojmią. Z drugiej też strony okres rękojmi wyznacza granice czasowe odpowiedzialności sprzedawcy (tutaj: wykonawcy). Odpowiedzialność ta nie ma charakteru nieograniczonego w czasie, a jej ramy czasowe stanowią odpowiednik instytucji przedawnienia roszczeń. Skoro strony umawiają

się na 6 letni okres rękojmi, to nieuzasadnione byłoby oczekiwanie by rozpoczęcie biegu tego terminu „przeciągało się” w czasie w bliżej nieokreślonym terminie, w szczególności z przyczyn, na które wykonawca nie ma wpływu.

Podobny pogląd wyrażany jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Wskazuje się w nim, że termin zawity określony w art. 568 § 1 k.c. jest najbardziej zbliżony do terminu przedawnienia.

W odniesieniu do roszczeń wynikających z rękojmi, niewątpliwym celem dla odwołującego art. 568 k.c. jest rygorystyczne czasowe ograniczenie działania rękojmi, realizowane przez wprowadzenie znacznie ostrzejszego niż terminy przedawnienia terminu zawitego. Wydłużanie uprawnień z rękojmi, pozbawiałoby sensu ustalonego przez ustawodawcę w art. 568 § 1 k.c. terminu zawitego. Wydłużeniu uległby też okres niepewności obrotu oraz bezwzględnej odpowiedzialności z rękojmi sprzedawcy - vide uchwała Sądu Najwyższego z 05.07.2002r., II CZP 39/02.

Potwierdzeniem powyższego orzecznictwa są poglądy doktryny. I tak podkreśla się m. in., że uprawnień kupującego z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy nie są obojętne na upływ czasu. Wspomniane uprawnienia wygasają po upływie dwóch lat, licząc od dnia, w którym rzecz kupującemu została wydana. W odrębny sposób potraktowano wady budynków, bowiem w odniesieniu do nich przewidziano pięcioletni termin wygaśnięcia przedmiotowych roszczeń. Te stosunkowo krótkie terminy, których ponadto upływ powoduje utratę prawa do dochodzenia roszczenia, zostały podyktowane przede wszystkim najdalej idącą odpowiedzialnością sprzedawcy. Uzasadnieniem tak zakreślonych terminów jest niewątpliwie wzgląd na pewność i bezpieczeństwo obrotu. Skala tej odpowiedzialności przemawia za tym, żeby niepewności, która się rodzi co do potencjalnej możliwości ponoszenia odpowiedzialności, a co za tym idzie tworzenia stosownych rezerw na wypadek jej powstania, nie rozciągać zbyt w czasie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przesądzone zostało, że uregulowany w tym przepisie termin jest terminem zawitym o charakterze prekluzyjnym (uchwała SN z dnia 19 maja 1969 r., III CZP 5/68', OSNCP 1970, nr 7-8, poz. 117; uchwała SN z dnia 20 maja 1978 r., HI CZP 39/77, OSNCP 1979, nr 3, poz. 40; uchwała SN z dnia 5 lipca 2002 r., III CZP 39/02, OSP 2004, z. 7-8, poz. 93; wyrok SN z dnia 23 października 2003 r., V CK 343/02, Mon. Praw. 2005, nr 23, s. 1198; wyrok SA w Katowicach z dnia 14 marca 2006 r., I ACa 1947/05, LEX nr 196070).

W każdym przypadku początkiem biegu terminów do dochodzenia uprawnień czy to wedle zasad ogólnych, czy w sytuacji ewentualnego modyfikowania terminów dla stosunków z udziałem konsumentów jest dzień wydania rzeczy kupującemu. Jest to, jak się wydaje, najbardziej właściwa chwila dla wskazania początku biegu terminu do dochodzenia uprawnień, z uwagi na fakt, iż jest to chwila, w której kupujący ma rzeczywiste, niczym nieskrępowane możliwości oceny zgodności przedmiotu sprzedaży z umową”- tak: Andrzej Kidyba (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II”

W nauce prawa wskazuje się jednoznacznie, że; „Punktem wyznaczającym rozpoczęcie biegu terminu jest chwila wydania rzeczy, co prawidłowo koreluje z zasadą, że dopiero od tej chwili kupujący może realizować swoje uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy (por. uwaga 2 do art. 556). O oznaczeniu tej chwili decydują zasady ogólne - por. Jacek Gudowski (red.) „Kodeks cywilny.

Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część Szczegółowa, wyd. II y..., t. III, cz. 2, red. J. Gudowski, 2013, s. 107).

Konsekwencją uwzględnienia niniejszego odwołania w zakresie zdefiniowania Odcinków w rozumieniu Subklauzuli 1.5.6. jest konieczność wprowadzenia odpowiedniej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania. W subklauzuli 4.2 Warunków Kontraktu zawarto wymogi odnoszące się do zabezpieczenia wykonania. I tak:

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

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

W myśl art. 151 ust. 1 ustawy zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. W myśl ust. 2 tego przepisu kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. O ile więc w realiach sprawy nastąpiłby odbiór części robót - odbiór Odcinka w sposób przewidziany w Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu i tym samym upłynąłby okres rękojmi Zamawiający zobowiązany byłby do zwrotu/zwolnienia odpowiedniej części zabezpieczenia stosownie do regulacji art. 151 ust. 1 - 3 ustawy. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17.09.2018r. (KIO 1619/18, KIO 1631/18).

W realiach niniejszej sprawy opis przedmiotu zamówienia w ocenie odwołującego nie zawiera wszystkich podstawowych danych koniecznych do kalkulacji oferty przetargowej. Dokonany w niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wskazanych w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym postąpić dostatecznie dokładnie i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), wskazując m.in. że okoliczność, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazując, że z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)".

Analiza postanowień dokumentacji przetargowej w kwestionowanym zakresie zdaniem odwołującego czyni zasadnym zarzut, że przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w sposób niezgodny w wymogami wskazanych na wstępie przepisów, w szczególności zaś przepisu art. 29 ust. 2 ustawy. Nie jest bowiem możliwe złożenie w niniejszym postępowaniu konkurencyjnych ofert przy braku jednoznacznych podstaw ich kalkulacji. Zamawiający oczekuje od wykonawców uwzględnienia w ofercie ryzyk niemożliwych do oszacowania na podstawie aktualnych danych.

Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, zamawiający winien uzupełnić dokumentację przetargową o informacje i dane, które stworzą podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert, w szczególności zaś dane dotyczące terminu wykonania zamówienia i jego poszczególnych części. Alternatywną może być uzupełnienie dokumentacji przetargowej o postanowienia wprowadzające do umowy mechanizm umożliwiający dostosowanie zakresu obowiązków wykonawcy i wysokości jego wynagrodzenia do bieżących realiów. Tymczasem przytoczona w niniejszym odwołaniu treść dokumentacji przetargowej jednoznacznie wskazuje, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy w tym aspekcie jest niedookreślony. Ustalanie ceny ofertowej ze świadomością takiego ryzyka powoduje, że interpretacja zapisów SIWZ przez wykonawców może być różna.

W wyroku z 06.11.2014r., KIO 2177/14 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą

prować do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane. Stanowisko odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 maja 2015r. sygn. akt KIO 897/15, w wyroku z 23.04.2014r., KIO 706/14 Zamawiający według odwołującego ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli istnieje pewne ryzyko co do zakresu robót, wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych, celem umożliwienia wykonawcy wyliczenia ceny ofertowej, zapewniającej wykonawcy rentowność kontraktu.

W dniu 15 listopada 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 15 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości i powołując się na to, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania odwoławczego na korzyść, gdyż na obecnym etapie przystępujący jest jednym z wykonawców, który w wyniku popełnionych przez zamawiającego zapisów treści SIWZ oraz naruszeń przepisów ustawy jak i kodeksu cywilnego, nie jest w stanie złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą oferty. W orzecznictwie wskazuje się szerokie rozumienie interesu przystępującego: w wyroku KIO z 11.04.2013 r., sygn. akt. KIO 712/13; w wyroku KIO z 20.01.2014 r., sygn. akt. KIO 5/14. Celem instytucji przystąpienia jest uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania wywołanego określonym odwołaniem na korzyść strony, do której się przystępuje, przez odpowiednio – poparcie lub opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu, a ponieważ treść odwołania odnosi się do zapisów SIWZ, które obowiązują wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, to przystępujący chce poprzeć zarzuty odwołania.

W szczególności zasadny jest zarzut, niezgodnego z przepisami kodeksu cywilnego oraz ustawy, skonstruowania – ruchomego – nieokreślonego na tym etapie, okresu rozpoczęcia biegu odpowiedzialności gwarancyjnej oraz z tytułu rękojmi za wady. Taka konstrukcja, choć dogodna dla zamawiającego, powoduje że wykonawcy nie są w stanie skalkulować kosztów wykonania zamówienia w okresie od oddania danej części, do wydania Świadectwa Przejęcia. Słusznie zauważył odwołujący, że z tym aspektem bezpośrednio związany jest zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na

podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 października 2019r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 15 listopada 2019r.

Zamawiający przekazał kopię odwołania w dniu 15 listopada 2019r. pozostałym wykonawcom.

W dniu 18 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Kazimierza Czapińskiego 3 – wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, gdyż sam będąc doświadczonym wykonawcą ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a zamawiający przez ukształtowanie SIWZ (warunków umowy) niezgodnie z przepisami prawa naraża go na szkodę skutkującą niemożnością ubiegania się przez przystępującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieuzyskaniem zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy ma bowiem bezpośredni wpływ na możliwość złożenia przez przystępującego ważnej oferty, z czego w prosty sposób wynika możliwość skutecznego przystąpienia po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego. Interes Przystępującego należy interpretować szeroko i jawi się on także w tym, aby postępowanie było prowadzone w sposób zgodny z przepisami w czym przystępujący także upatruje swój interes. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 listopada 2019r.

W dniu 18 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż jest przedsiębiorcą zajmującym się realizacją inwestycji budownictwa kolejowego i zamierza złożyć ofertę. Dąży do uzyskania przedmiotowego zamówienia i jego wykonania w sposób zgodny z prawem. Wskazał na szerokie rozumienie interesu przy odwołaniach dotyczących ustalenia treści siwz. Zgłoszenie zostało wniesione przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 listopada 2019r.

W dniu 18 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, ul. Modelarska 12 popierając zarzuty odwołania i uznając je za zasadne i umożliwiające przygotowanie konkurencyjnej oferty. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu i zaniechania zamawiającego oraz naruszenia przez niego przepisów ustawy mogą skutkować brakiem możliwości złożenia oferty, a w konsekwencji dla przystępującego

szkodą. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego dnia 7 października 2019r przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 listopada 2019r.

W dniu 19 listopada 2019r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział Thales Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9 wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, tj. uwzględnienia odwołania w całości. Przystępujący jest jednym z wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a zarzuty postawione przez odwołującego są zasadne, albowiem Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia została sporządzona przez zamawiającego w sposób wadliwy, niezgodny z przepisami ustawy, uniemożliwiający przygotowanie rzetelnej oferty i uzyskanie zamówienia przystępującemu, jak również pozostałym wykonawcom. Przystępujący w całości popiera stanowisko odwołującego włączając w to argumentację odwołującego w zakresie braku zdefiniowania Odcinka w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w zakresie biegu okresu rękojmi i gwarancji. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 listopada 2019r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 18 listopada 2019r.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy,
2. a także odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy,
3. a także odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 2 w zakresie zarzutu nr 2;
4. dopuszczenie dowodu z akt sprawy toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 2132/19, KIO 2133/19, KIO 2137/19, w tym w szczególności odwołania odwołującego z dnia 21 października 2019 r. (dalej: odwołanie 21.10) oraz protokołu z rozprawy z dnia 05 listopada 2019 r. Odwołujący w dniu 21.10.2019 r. wniósł odwołanie 21.10. na treść publikowanej przez zamawiającego SIWZ kwestionując m.in.:
 - Wprowadzenie postępowań umownych, w myśl których bieg terminu i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanej części robót (Odcinka) zakończy się dopiero po upływie 72 miesięcy od wykonania całości zamówienia (ostatniego z Odcinków). niezależnie od rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji:
 - Ustalenie terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz rękojmi w sposób sprzeczny z ustawy - zaniechanie przewidzenia regulacji umożliwiających częściowy i sukcesywny zwrot zabezpieczenia.

Odwołujący żądał nakazania wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji

rozpocznie swój bieg i odpowiednio skończy się po terminie 72 miesięcy po odbiorze / przejęciu robót z danego odcinka i jednocześnie nakazanie wprowadzenia podstaw częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio po wykonaniu danego odcinka i po upływie okresu rękojmi.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że okoliczność podziału przez zamawiającego zamówienia na 13 odcinków, przy jednoczesnym założeniu, że okres zgłaszania wad będzie biegł dopiero po Odbiorze Końcowym ostatniego odcinka powoduje konieczność utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w bliżej nieskonkretyzowanym okresie.

Zamawiający w dniu 04.11.2019 r., wychodząc naprzeciw zarzutom odwołania, dokonał modyfikacji w treści SIWZ m.in. poprzez wykreślenie ze wzoru umowy założenia, że zamówienie będzie realizowane w oparciu o Odcinki.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, które miało miejsce w dniu 05.11.2019 r. odwołujący oświadczył, że w związku z dokonaną zmianą SIWZ odwołujący cofa w całości zarzuty odwołania 21.10 - vide: protokół z rozprawy w sprawie KIO 2132/19, KIO 2133/19, KIO 2137/19.

W dniu 14.11.2019 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec ww. czynności zmiany SIWZ (dalej: „odwołanie 14.11”). odwołujący zaskarżył czynność wykreślenia z postanowień umowy regulacji określających wykonanie zamówienia w oparciu o odcinki. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień umowy przez:

- Ponowne „wprowadzenie do Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinka w rozumieniu Subklauzuli 1.1.56. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC”,
- a w konsekwencji umożliwienie zastosowania regulacji umownych. w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót danego Odcinka i rozpoczęciu jego eksploatacji przez zamawiającego,
- a także w następstwie uwzględnienia powyższego wniosku oraz nakazanie wprowadzenia podstaw częściowej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi odpowiednio po wykonaniu danego Odcinka i po upływie odnośnego okresu rękojmi w sposób zgodny z art. 151 ust. 1 i 2 ustawy.

W ocenie zamawiającego ww. odwołanie winno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy, a w zakresie zarzutu nr 2 również na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołanie 14.11 jest oparte jest na tej samej argumentacji i dążące w swoich żądaniach do wprowadzenia zmian do SIWZ w identycznym zakresie jak odwołanie 21.10, tj. wprowadzenie do umowy mechanizmu umożliwiającego stopniowe zwalnianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy - vide: żądania odwołania 14.11 oraz żądanie odwołania 21.10.

Zatem podstawą zarzutów odwołania 14.11 nie są nowe, nieznanne wcześniej odwołującemu kwestie, ale okoliczności które stanowiły podstawę faktyczną wcześniej złożonego odwołania.

W ocenie zamawiającego ponowne wniesienie odwołania jest zatem działaniem nieuprawnionym i winno prowadzić do jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy - „odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie

innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.”

Zamawiający dokonał także tabelarycznego porównania zarzutów z odwołania z 21.10 i odwołania z 14.11 i wywiódł z tego, że oba odwołania są oparte i odnoszą się do tych samych okoliczności - tj. mają na celu wykazanie zasadności włączenia do umowy regulacji przewidującej mechanizm częściowego zwalniania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia w trakcie postępu robót. Wskazał, że w uzasadnieniu obu odwołań odwołujący powołuje się na te same (niezmienne w toku postępowania) przepisy wzoru umowy, w tym w szczególności Subklauzuli 8.13 określającej realizację zamówienia w oparciu o etapy, Subklauzuli 1.1.3.7 definiującej pojęcie „Okres Zgłaszania Wad” czy Subklauzuli 10.1 i 2.7 normującej kwestie Odbioru końcowego. W obu odwołaniach odwołujący powołuje się na niemożliwość prawidłowego skalkulowania oferty oraz naruszenia zasady równości stron umowy.

Według zamawiającego niniejsze odwołanie dotyczy tego samego postępowania i pochodzi od tego samego odwołującego co poprzednie rozstrzygnięte postanowieniem z dnia 5 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2133/19, a tym samym doszło do subsumpcji normy art. 189 ust. 1 pkt. 4 ustawy.

W ocenie zamawiającego nie powinno budzić wątpliwości, że merytoryczne rozpatrzenie odwołania będzie stanowić naruszenie dyspozycji art. 189 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. KIO 2062/14.

Nie bez znaczenia dla zamawiającego w sprawie pozostaje również fakt, że odwołujący posiadając wiedzę o dokonanych przez zamawiającego zmianach SIWZ z dnia 04 listopada 2019 r. wycofał w dniu 05 listopada 2019 r. odwołanie z 21.10.2019r.

Zważył bowiem, że Izba zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jeżeli nowe czynności nie spowodowały zdaniem odwołującego usunięcia objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy winien podtrzymać zarzuty odwołania dążąc do wydania przez Izbę merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie (tak: KIO 455/16). Charakterystyka postępowania odwoławczego obejmuje swoim zakresem wszystkie elementy mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, w tym czynności zamawiającego, jak i jego zaniechania. Jest to tzw. kumulacja środków ochrony prawnej, która ma na celu ochronę zamawiającego przed wydłużaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przez wykonawców formułujących nowe zarzuty względem wcześniej znanych okoliczności.

Abstrahując od powyższego w ocenie zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym pomimo braku formalnego uwzględnienia odwołania dokonana w dniu 04 listopada 2019 r. zmiana SIWZ wyczerpywała żądania odwołującego sformułowane w odwołaniu 21.10. O powyższym świadczy fakt, że odwołujący na stronie 3 akapit 4 uzasadnienia odwołania „w efekcie żądanie odwołania zostało uwzględnione, a odwołujący cofnął odwołanie”.

Zamawiający poddał pod rozagę Izby odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5

ustawy.

W zakresie zarzutu nr 2 zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu odwołania, podział zamówienia na etapy został określony już w pierwotnym brzmieniu dokumentacji przetargowej, a zmiana SIWZ dokonana w dniu 04 października 2019 r. wprowadziła zmianę poprzez zmianę użycie zwrotu odcinek małą literą.

W pierwotnych warunkach umowy zostały także określone kwestie związane z oddaniem do eksploatacji poszczególnych robót, a także został określony termin, od którego będzie liczony termin rękojmi oraz gwarancji. Zatem wszystkie okoliczności podnoszone w uzasadnieniu odwołania były znane odwołującemu na etapie poprzedniego odwołania (uzasadnienie zawarte na stronie 3-4 odwołania) i znacznej części stanowiły podstawę sformułowanych w Odwołaniu 21.10 zarzutów (strona 4 i nast. odwołania). W świetle powyższego zarzut nr 2 kwestionujący ustalony termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia na okres rękojmi jest zarzutem spóźnionym.

W dalszej kolejności w ramach odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania - argumentacja przyjęta przez odwołującego prowadziaby do przyjęcia nieuprawnionych wniosków nakładając tym samym na zamawiającego konieczność dokonywania czynności w sposób niezgodny z przepisami Kodeksu Cywilnego oraz ustawy.

Zamawiający w dniu 04.11.2019 r. dokonał stosownych modyfikacji w treści SIWZ. Wspomniane modyfikacje dotyczyły m.in. rezygnacji z wyspecyfikowania Odcinków w ramach prowadzonych prac, kwestii ukształtowania okresu naprawy wad i usterek oraz świadczenia usług gwarancyjnych, zmiany definicji „Okresu zgłaszania wad” oraz zmian w Tomie II SIWZ - Warunki umowy Subklauzuli 8.13 ETAPY. (vide Zmiana SIWZ nr 2 z dnia 04.11.2019 r.)

Dokonane zmiany w całości skonsumowały okoliczności przedstawione przez odwołującego i czyniły zadość zarzutom ukształtowanym w treści pierwotnego odwołania z dnia 21.10.2019. Odwołujący pomimo pełnej świadomości dokonanych przez zamawiającego zmian w treści SIWZ nie dążył do podtrzymania sformułowanych zarzutów odwołania z dnia 21.10.2019

Odwołujący, pomimo braku zgłaszania zastrzeżeń co do treści dokonanych przez zamawiającego zmian już na etapie rozpoznania odwołania z dnia 21.10.2019 r. zdecydował się jednak na ponowne wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania w zakresie problematyki, która była już przedmiotem zaskarżenia w ramach odwołania rozpatrywanego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zgodnie z treścią żądań Odwołujący w ramach niniejszego postępowania wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinka w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, np. poprzez wskazanie jako Odcinków robót przewidzianych do wykonania w ramach Etapów 1.2,

1.3, 1.4 i 1.5, zdefiniowanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Szczególnych Kontraktu, a w konsekwencji

-umożliwienie zastosowania regulacji umownych, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót danego Odcinka i rozpoczęciu jego eksploatacji przez zamawiającego, a także w następstwie uwzględnienia powyższego wniosku oraz

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

W odniesieniu do powyższych żądań zamawiający wskazał, iż ze względu na fakt ich oczywistej bezzasadności odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

W przedmiocie pierwszego zarzutu odwołania

Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 568 1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 656 par 1 k.c. oraz art. 558 par 1 k.c. w zw. z art. 353 (1), art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy.

Wspomniany zarzut w swej istocie dotyczy dwóch kwestii tj. po pierwsze zasady swobody umów w ramach zamówień publicznych, a po drugie zagadnień związanych z instytucją rękojmi. Prawidłowe rozumienie wskazanych powyżej kwestii prowadzi jednak do zgoła odmiennych wniosków niż te, które zostały przedstawione w treści odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w dniu 6 kwietnia 2018 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała orzeczenie w ramach którego wyraziła pogląd, że istnienie po stronie podmiotu zamawiającego uprawnienia do kształtowania treści umowy nie stanowi o nadużyciu czy przełamaniu zasady swobody umów tudzież naruszeniu zasad współżycia społecznego. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2018 r., KIO 484/18, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2015, KIO 2014/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 r. KIO 471/15; KIO 472/15 wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2015, KIO 1815/15.

Zdaniem zamawiającego, trudno doszukiwać się jej występowania w sytuacji braku wyspecyfikowania „Odcinków” w treści SIWZ, tudzież określenia odmiennego od oczekiwań odwołującego sposobu ukształtowania biegu okresu rękojmi i gwarancji. Wolność kontraktowa nie narzuca bowiem zamawiającemu jakiegokolwiek wymogu podziału zamówienia na Odcinki czy też ukształtowania biegu rękojmi i gwarancji w określony przez odwołującego sposób.

W ramach kontynuacji wywodów dotyczących prawidłowego rozumienia zasady swobody umów dodać należy, że twierdzenia odwołującego w zakresie braku możliwości modyfikacji terminu rękojmi są bezzasadne. Dokonanie zmian wskazanego terminu wpisuje się bowiem w zakres wynikający z treści art. 353 (1) KC.

Powyżej zaprezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie sądowym. Powołał się na Sąd Najwyższy w wyroku z 5 sierpnia 2005 r., II CK 28/2005.

W świetle brzmienia przepisu art. 568 Kc oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego zamawiający jest

zatem w pełni uprawniony do wydłużenia okresu trwania rękojmi, a stanowisko odwołującego w tym zakresie nie znajduje zatem uzasadnienia.

Zamawiający, podsumowując całość prezentowanego stanowiska co do treści niniejszego zarzutu dodatkowo podniósł, iż dla możliwości uznania, że ukształtowana treść postanowień umownych godzi w zasadę wyrażoną w treści art. 353 (1) Kc wykazania wymaga fakt obiektywnego pokrzywdzenia jednej ze stron umowy.

Zdaniem zamawiającego w ramach niniejszego postępowania brak jednak uzasadnionych podstaw do uznania, iż Odwołujący w jakikolwiek sposób wykazał, iż kwestionowane postanowienia specyfikacji dążą do pokrzywdzenia wykonawcy, choćby w najmniejszym stopniu.

W przedmiocie drugiego zarzutu odwołania

Zamawiający w odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołania podkreślił, iż zarzut ten został sformułowany w tożsamy sposób, jak miało to miejsce w ramach poprzednio wniesionego odwołania z dnia 21.10.2019 r. W ocenie zamawiającego poddaje to w wątpliwość jego merytoryczną zasadność, w szczególności w kontekście zmian dokonanych przez zamawiającego w treści SIWZ (vide Zmiana SIWZ z dnia 4.11.2019r.).

Odnosząc się jednak wprost do sformułowanego zarzutu odwołania zamawiający podkreślił, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający stoi na stanowisku, iż ukształtował zabezpieczenie prawidłowo i zgodnie z treścią art. 147 - 151 ustawy oraz treścią art. 353 (1) KC, nie dążąc tym samym do przekroczenia granic swobody kontraktowej, również w zakresie dokonania zwrotu zabezpieczenia.

Sposób wyboru ukształtowania postanowień dotyczących zabezpieczenia wynika z konieczności zabezpieczenia istotnych interesów zamawiającego, aż do momentu zakończenia okresu rękojmi za wady. Takie działanie zamawiającego nie stanowi w najmniejszym stopniu naruszenia zasad prawidłowego prowadzenia postępowania i jest powszechnie akceptowane w orzecznictwie, co obrazuje m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2019 r., KIO 833/19.

Zamawiający odnosząc się zatem zbiorczo do treści przedstawionych zarzutów w kontekście naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy tj. rzekomego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia złożenie porównywalnych ofert oraz art. 7 ust. 1 ustawy tj. rzekomego naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania określenia przez zamawiającego terminu rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od momentu rozpoczęcia faktycznej eksploatacji części zamówienia, a także zaniechania odpowiedniej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wskazał, iż zarzuty te nie znajdują uzasadnienia.

Zdaniem zamawiającego, w opozycji do stanowiska odwołującego właśnie dokonanie uwzględnienia

żądań odwołującego, poprzez wprowadzenie definicji Odcinka i w konsekwencji odmienne ukształtowanie okresu rękojmi i gwarancji, a także wprowadzenie podstaw redukcji zabezpieczenia stanowiłoby działanie sprzeczne z zasadami wynikającymi m.in. z art. 353 (1) Kc oraz 151 ust. 1 i 2 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. modyfikacji treści siwz z dnia 4 listopada 2019r.

Z pierwotnego brzmienia siwz:

Tom I 21. IDW Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy

21.1. Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku Postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia za realizację Zakresu Podstawowego w wysokości 10% ceny brutto Zakresu Podstawowego podanej w ofercie.

21.2. Wybrany Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formie przewidzianej w art. 148 ust. 1 Ustawy przed podpisaniem umowy.

21.3. Jeżeli okres na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się Wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy.

21.4. W przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia najpóźniej na 30 dni przed upływem terminu ważności dotychczasowego zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, Zamawiający zmienia formę na zabezpieczenie w pieniądzu, poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.

21.5. W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji, gwarancja ma być, co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego do której zastosowanie będzie miało prawo polskie. W treści gwarancji nie mogą być wymienione jakiegokolwiek warunki i dokumenty uzasadniające roszczenie. Treść gwarancji powinna być zasadniczo zgodna z załączonym do SIWZ wzorem. Przed złożeniem gwarancji Wykonawca uzyska od Zamawiającego akceptację jej treści. Wzór gwarancji stanowi Załącznik Nr 5 do IDW.

21.6. Gwarancja wystawiona przez bank lub zakład ubezpieczeń nienadzorowany przez Komisję Nadzoru Finansowego „KNF” albo przez oddział zagranicznej instytucji kredytowej lub ubezpieczeniowej spoza z listy KNF wymaga uzyskania regwarancji przez podmiot nadzorowany przez KNF lub przez oddział zagranicznej instytucji kredytowej lub ubezpieczeniowej z listy KNF (https://www.knf.gov.pl/podmioty/wyszukiwarka_podmiotow). Gwarancja nie może być wystawiona przez banki lub zakłady ubezpieczeń objęte postępowaniem upadłościowym lub restrukturyzacyjnym.

21.7. Gwarancje i poręczenia muszą zawierać (oprócz elementów właściwych dla każdej formy,

określonych przepisami prawa): a) nazwę i adres Zamawiającego (tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa) b) oznaczenie (numer i nazwa) umowy.

21.8. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy wnoszone w pieniądzu należy przelać na następujący rachunek Zamawiającego: Bank PEKAO S.A. 22 1240 6292 1111 0010 5719 4182 SWIFT: PKOPPLPW Za termin wniesienia zabezpieczenia uznaje się termin zaksięgowania na rachunku Zamawiającego. Na przelewie należy podać następującą treść: „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy (wpisać właściwy numer umowy)”.

21.9. Jeżeli zabezpieczenie wniesiono w pieniądzu, Zamawiający przechowuje je na oprocentowanym rachunku bankowym. Zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy Wykonawcy.

21.10. W przypadku oferty wspólnej dopuszcza się podział zabezpieczenia należytego wykonania umowy pomiędzy Wykonawców składających ofertę, przy czym suma jego wszystkich części nie może być niższa od wymienionej w punkcie 20.1 IDW.

21.11. W przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w każdej dopuszczalnej przez Zamawiającego formie innej niż pieniądz, Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia bezpośrednio do Zamawiającego (osobie wyznaczonej do kontaktów dla przedmiotowego Zamówienia) albo oryginału dokumentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości żądanej przez Zamawiającego, wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia osób do reprezentowania wystawcy zabezpieczenia (np. pełnomocnictwo, KRS) albo dokumentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości żądanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej podpisanego podpisami kwalifikowanymi, w rozumieniu ustawy z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia osób do reprezentowania wystawcy zabezpieczenia (np. pełnomocnictwo, KRS).

21.12. Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym od dnia dokonania Odbioru końcowego albo dokonania ostatniego Odbioru końcowego, jeżeli były dokonywane Odbiory końcowe dla Odcinków albo innych części Robót niebędących Odcinkami w zakresie należytego wykonania Umowy, a Zabezpieczenie Wykonania w Okresie Zgłaszania Wad (w wysokości 30% wartości Zabezpieczenia Wykonania) będzie obowiązywało w okresie o 15 dni dłuższym od daty upływu Okresu Zgłaszania Wad.

21.13. Zapisy dotyczące zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostały zawarte w Tomie II SIWZ- Warunki Umowy, Subklauzula 4.2 Warunki Szczególne.

21.14. Zamawiający, wyraża zgodę na wniesienie przez Wykonawcę, części kwoty zabezpieczenia przed podpisaniem umowy w wysokości co najmniej 30% kwoty zabezpieczenia (w formie przewidzianej w pkt 21.2 IDW). Pozostała część kwoty zabezpieczenia określonego w pkt 21 IDW będzie potrącana w ratach w wysokości 25% wartości netto wystawionego Przejściowego

Świadczenia Płatności, do czasu uzyskania pełnej wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazanej w pkt. 21.1 IDW. Jeżeli do dnia określonego jako połowa okresu realizacji Zamówienia (pkt 3 IDW), łączna kwota wartości zabezpieczenia potrącanego w ratach i wniesionego przez Wykonawcę, przed podpisaniem umowy, nie osiągnie całości kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy, Wykonawca dokona w terminie wskazanym przez Zamawiającego dopłaty brakującej kwoty zabezpieczenia.

21.15 Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy dla zakresu świadczenia opcjonalnych Usług pogwarancyjnych (Prawo Opcji 1) reguluje Załącznik nr 9 do WU.

Z Aktu Umowy wynika, że

§ 2. 1. Wykonawca niniejszym zobowiązuje się, że:

1) zaprojektuje i wykona Roboty nie dłużej niż w ciągu 32 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Warunków Szczególnych oraz

2) będzie usuwał ujawnione wady i usterki w wykonanych Robotach przez okres co najmniej 72 miesięcy, który rozpocznie się z dniem Odbioru Końcowego Robót (przez cały Okres Zgłaszania Wad),

3) będzie usuwał ujawnione wady i usterki w wykonanych Robotach w branży srk i telekomunikacji oraz będzie świadczył Usługi gwarancyjne w wykonanych Robotach w branży srk i telekomunikacji w sposób i na warunkach określonych niniejszą Umową przez okres co najmniej 72 miesięcy, który rozpocznie się w przypadku odbioru Odcinków z dniem pierwszego Odbioru Końcowego Odcinka, a w przypadku braku odbioru Odcinków z dniem Odbioru Końcowego Robót,

§ 5. Istotna zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy możliwa jest w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności w zakresie i na warunkach określonych poniżej:

1. W przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

a) opóźnienia wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów,

b) odmowy lub zmiany wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów,

c) wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń, certyfikatów, itp. dotyczących zamknięcia dróg publicznych lub dróg szynowych albo przebudowy instalacji gestorów sieci, w których nakazano dopuszczalny czas prowadzenia robót budowlanych uniemożliwiający dotrzymanie terminów realizacji poszczególnych Etapów lub Etapu, czego Wykonawca nie przewidywał lub nie mógł przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności oczekiwanej od doświadczonego Wykonawcy; o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek

sposób zależne od Wykonawcy, zmianie może ulec Czas na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, a także czas wykonania Etapu lub Etapów oraz zakres Etapu lub Etapów.

2. W przypadku ograniczenia przez właściwy organ środków przyznanych Zamawiającemu na realizację przedmiotu Umowy, ograniczeniu ulec może, bez żadnych ujemnych dla Zamawiającego konsekwencji finansowych, odpowiednio zakres rzeczowy przedmiotu Umowy, Zaakceptowana Kwota Kontraktowa oraz Czas na Ukończenie. Zamiar ograniczenia przedmiotu Umowy Zamawiający zgłosi Wykonawcy w formie pisemnej, w terminie 30 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych. W takiej sytuacji Wykonawca wyrazi zgodę na zmianę, jeśli Zamawiający zapłaci Wykonawcy za Materiały i Urządzenia pod warunkiem, że są one niezbędne do należytego wykonania Robót i zostały dostarczone na Plac Budowy lub których dostawę Wykonawca zobowiązany jest przyjąć, a Wykonawca posiada i przedstawi Zamawiającemu wszelkie dokumenty potwierdzające zakup, własność bądź dokonanie przedpłaty na poczet zakupu Materiałów i Urządzeń w celu przeniesienia prawa ich własności i/lub zapewnienia przeniesienia prawa własności i/lub zapewnienie dostarczenia ich na Plac Budowy.

3. Pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami:

a) zmiany spowodowane wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi, uniemożliwiającymi prowadzenie Robót, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów, a trwającymi przez okres mający wpływ na dotrzymanie Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów – w takim przypadku zmianie ulegnie: sposób wykonania lub materiały i technologie Robót lub Urządzeń, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub zakres Etapu lub Etapów lub Czas na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty.

Wyjątkowo niesprzyjające warunki atmosferyczne to takie warunki, które łącznie:

- (i) biorąc pod uwagę wymogi reżimów technologicznych determinujących wykonanie poszczególnych Robót skutkują wstrzymaniem prowadzenia tychże Robót,
- (ii) ilość dni występowania czynników atmosferycznych lub intensywność opadów skutkująca przeszkodami, o których mowa powyżej, jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca, z ostatniego pięciolecia, licząc od daty składania ofert wstecz.

b) kolizja z planowanymi lub równoległe prowadzonymi inwestycjami przez Zamawiającego lub działającymi w jego imieniu i na jego rzecz Wykonawcami albo z inwestycjami prowadzonymi przez inne podmioty, w takim przypadku zmianie ulegnie: sposób wykonania, lub materiały i technologie, lub lokalizacja budowanych obiektów budowlanych lub urządzeń, w zakresie koniecznym do usunięcia kolizji i pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub zakres Etapu lub Etapów, w tym także wyłączenie części Robót lub Czas na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów, odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu

niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, lub Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, wyceniona zgodnie z SubKLAUZULĄ 13.3 Warunków Szczególnych, na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów pozostających w bezpośrednim związku z działaniami podjętymi w celu usunięcia kolizji,

c) w przypadku nieprzekazania przez Zamawiającego w terminie prawa dostępu, o którym mowa w SubKLAUZULI 2.1 Warunków Szczególnych – w takim przypadku możliwa jest zmiana: zakresu Etapu lub Etapów, Czas na Ukończenie lub data wykonania Etapu lub Etapów – odpowiednio do czasu przesunięcia terminu przekazania prawa dostępu, które uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty lub Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, która może ulec zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych,

d) w przypadku odkrycia znaleziska, o którym mowa w SubKLAUZULI 4.24 Warunków Szczególnych, a także innego obiektu lub przedmiotu, który w sposób znaczący zakłóca lub uniemożliwia wykonywanie Robót, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy – w takim przypadku zmianie ulegnie: Czas na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, lub data wykonania Etapu lub Etapów, lub zakres Etapu lub Etapów, lub Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, która może ulec zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych,

4. W przypadku wystąpienia odmiennych warunków geologicznych od określonych w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, możliwa jest zmiana:

a) Czasu na Ukończenie, daty wykonania Etapu lub Etapów, zakresu Etapu lub Etapów,

b) Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych.

5. W przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo – Finansowym, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, w szczególności brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych w terminie ustalonym na podstawie Instrukcji Ir-19, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana: sposobu wykonania, materiałów i technologii Robót, zmiana lokalizacji budowanych obiektów budowlanych, urządzeń w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty oraz zakresu Etapu lub

Etapów, w tym wyłączenia części Robót oraz zmiana Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody, która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, zakresu obowiązków Wykonawcy lub Zamawiającego na etapie świadczenia Usług gwarancyjnych lub Usług pogwarancyjnych w sposób maksymalnie odpowiadający pierwotnemu celowi zmienianego postanowienia umownego; Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych. Brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych opisany powyżej nie może stanowić podstawy do zmiany Umowy, w przypadku gdy niemożliwość udzielenia dotyczy zamknięć torowych, które miały być udzielone po upływie Czasu na Ukończenie Wykonawcy, który pozostaje w zwłoce w wykonaniu Umowy.

6. W przypadku, gdy ze względu na nowe warunki zewnętrzne niedające się przewidzieć w dacie zawierania niniejszej Umowy realizacja części Robót: (i) utraciła zasadność, (ii) powodowałyby zagrożenie realizacji celów projektu, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana odpowiednio zakresu rzeczowego przedmiotu Umowy, Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej obliczanej na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych i/lub Czasu na Ukończenie.

7. W przypadku braku uzyskania bądź opóźnienia w przekazaniu przez Zamawiającego wymaganych zgód i pozwoleń na realizację Robót, do których Zamawiający zobowiązał się w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, możliwa jest zmiana: Czasu na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, daty wykonania Etapu lub Etapów, zakresu Etapu lub Etapów, Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, która może ulec odpowiednio zmniejszeniu maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów bądź zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych.

8. W przypadku wystąpienia innych niż wymienione w § 5 istotnych okoliczności wskazanych w Warunkach Szczególnych i Warunkach Ogólnych możliwa jest zmiana Umowy w zakresie i na warunkach w nich określonych, z zachowaniem wymogu formy pisemnej zgodnie z § 8 ust. 1.

SubKLAUZULA 1.1.3.7 „Okres Zgłaszania Wad” Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią: „Okres Zgłaszania Wad” oznacza 72 miesiące na zgłaszanie wad w Robotach lub jakimś ich Odcinku (w zależności od przypadku i z zastrzeżeniem in fine definicji) według SubKLAUZULI 11.1 Warunków Szczególnych, liczone od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, tak jak poświadczono według SubKLAUZULI 10.1 Warunków Szczególnych, z każdym przedłużeniem według SubKLAUZULI 11.3 Warunków Szczególnych, z tym że trwa dla każdego z Odcinków nie krócej niż do zakończenia Okresu Wad dla ostatniego z Odcinków. Okres ten rozumie się jako okres rękojmi za wady i jest on równy okresowi objętemu Gwarancją Jakościową, o której

mowa w Kontrakcie. Bieg okresu Gwarancji Jakościowej rozpoczyna się w dacie wskazanej w Karcie Gwarancyjnej

SUBKLAUZULA 2.7 ODBIÓR KOŃCOWY ROBÓT, ODBIÓR KOŃCOWY USŁUG W terminie 30 dni przed planowanym Odbiorem końcowym Robót, Wykonawca przekaze Inżynierowi dokumentację budowy oraz dokumentację powykonawczą odbieranych Robót lub Odcinka, w tym w zakresie, w jakim wymagane jest pozwolenie na użytkowanie, a także komplet dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych (jeżeli wymagane), zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 710 z późn. zm.). Inżynier najpóźniej w terminie 20 dni od daty dostarczenia tej dokumentacji dokona jej weryfikacji, następnie ją zatwierdzi bądź zwróci do poprawy, przedkładając na bieżąco, o ile będzie to możliwe, uwagi do tej dokumentacji. Wykonawca będzie niezwłocznie wprowadzać poprawki do dokumentacji na skutek uwag Inżyniera.

W terminie 60 dni przed upływem Okresu Zgłaszania Wad, Wykonawca przekaze Zamawiającemu dokumentację w zakresie świadczonych Usług gwarancyjnych określającą bieżący stan infrastruktury, w tym ocenę stopnia jej zużycia i warunków dla dalszej jej eksploatacji zgodnie z przyjętym dla tej infrastruktury Planem Utrzymania oraz jej dokumentacją techniczną, w tym DTR producenta. Zamawiający najpóźniej w terminie 21 dni od daty dostarczenia tej dokumentacji dokona jej weryfikacji, następnie ją zatwierdzi bądź zwróci do poprawy, przedkładając na bieżąco, o ile będzie to możliwe, uwagi do tej dokumentacji. Wykonawca będzie niezwłocznie wprowadzać poprawki do dokumentacji na skutek uwag Zamawiającego

Dodaje się SubKLAUZULĘ: SubKLAUZULA 8.13 ETAPY Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap 1

Etap 1.1 – 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – Wykonanie kompletnych Projektów Wykonawczych;

Etap 1.2 – 14 miesięcy od zakończenia Etapu 1.1 – Oddanie do eksploatacji trakcją spalinową Odcinka od stacji Tarnowskie Góry do stacji Siewierz wraz z łącznicą Gosek dla obsługi bocznic stacji Siewierz. Budowa LCS Siewierz;

Etap 1.3 – 9 miesięcy od Zakończenia Etapu 1.2 – Oddanie do eksploatacji Odcinka od stacji Siewierz do stacji Zawiercie wraz z łącznicą lk 705;

Etap 1.4 – 24 miesiące od Daty Rozpoczęcia – Oddanie do eksploatacji peronu nr 3 w stacji Tarnowskie Góry;

Etap 1.5 – 12 miesięcy od zakończenia Etapu 1.2 – Pozostałe roboty wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń w tym certyfikacja. Zakończenie robót;

Etap 2 Zapewnienie Gwarancji Jakości poprzez wykonanie Usług gwarancyjnych i zapewnienie Warunków Gwarancji przez Okres Zgłaszania Wad.

KLAUZULA 10 PRZEJĘCIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO

SubKLAUZULA 10.1 PRZEJĘCIE ROBÓT I ODCINKÓW Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:

Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy:

a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (i) poniżej, oraz b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ.

Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego. W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powyższy termin zaczyna biec z chwilą uzyskania tego pozwolenia. Jeżeli Roboty podzielone są na Odcinki, to Wykonawca będzie mógł wystąpić o Świadectwo Przejęcia dla każdego Odcinka. Zmiana kilometraża Odcinka, nie wpływa na możliwość odbioru tak podzielonych Robót na Odcinki. Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

- (i) wystawi Wykonawcy Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu (użycie do czasu ukończenia tej pracy i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności); lub
- (ii) odrzuci wniosek, podając i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadectwa Przejęcia. Wtedy Wykonawca ukończy tę pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszej SubKLAUZULI. Jeżeli Inżynier ani nie wystawi Świadectwa Przejęcia, ani nie odrzuci wniosku Wykonawcy w ciągu tego okresu 28 dni i jeżeli Roboty lub Odcinek (w zależności od przypadku) są w istocie zgodne z Kontraktem, to będzie się uważało, że Świadectwo Przejęcia zostało wystawione w ostatnim dniu tego okresu. SubKLAUZULA 10.2 PRZEJĘCIE CZĘŚCI ROBÓT Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią: Do czasu dokonania Odbioru końcowego Odcinka, użytkowanie przez Zamawiającego tego Odcinka, będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe. Jeżeli Świadectwo Przejęcia zostaje wystawione dla Odcinka, podstawą do naliczenia odszkodowania umownego (kara umowna) za zwłokę w ukończeniu reszty Robót będzie wartość zmniejszona o odebraną część Robót. Inżynier będzie postępował zgodnie z SubKLAUZULĄ 3.5 Warunków Ogólnych, aby uzgodnić lub określić tę wartość. Powyższe postanowienie nie wpływa na łączną sumę kar umownych, jaka może zostać naliczona na podstawie SubKLAUZULI 8.7 Warunków Szczególnych. W okresie użytkowania tymczasowego Wykonawca nie ponosi kosztów oraz nie jest zobowiązany do wykonywania czynności związanych ze zwykłym zużyciem i utrzymaniem Robót użytkowanych przez Zamawiającego. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, w okresie użytkowania tymczasowego wad lub usterek, które nie wynikają ze zwykłego zużycia Robót, w tym w szczególności wad lub usterek związanych z geometrią i osiadaniem toru, Zamawiający niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Wykonawcę i

Inżyniera. W takim przypadku Wykonawca, w odpowiednim wskazanym przez Zamawiającego terminie, usunie stwierdzone wady lub usterki. W przypadku nieusunięcia wad lub usterek w wyznaczonym odpowiednim terminie przez Wykonawcę, Zamawiający jest nieodwołalnie upoważniony do wykonania zastępczego, poprzez powierzenie usunięcia wad lub usterek innemu wykonawcy na koszt i ryzyko Wykonawcy. W takim przypadku Wykonawca pokryje Zamawiającemu wszystkie koszty związane z wykonawstwem zastępczym. Strony ustalają, że zgłoszenie wystąpienia wad lub usterek w okresie użytkowania tymczasowego, nie może być w żadnym przypadku przez żadną ze Stron uznawane za rozpoczęcie Okresu Zgłaszania Wad. Niezależnie od ponoszenia przez Zamawiającego kosztów lub wykonywania czynności związanych ze zwykłym zużyciem Robót użytkowanych przez Zamawiającego w okresie użytkowania tymczasowego, Wykonawca jest zobowiązany do doprowadzenia, do dnia Odbioru końcowego Odcinka, wszystkich Robót objętych Odbiorem końcowym Odcinka, do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu.

W załączniku nr 2 do formularza ofertowego zamawiający opisał:

Odcinek w rozumieniu SubKlauzuli 1.1.5.6 jako:

Odcinek 1: od km 0,180 do km 6,025 stacja Tarnowskie Góry z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 2: od km 0,000 do km 0,920 stacja Tarnowskie Góry tor 690 (dawna łącznica TGE – Miasteczko Śląskie Gosek) z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 3: od km od km 6,025 do km 17,900 szlak Tarnowskie Góry – Pyrzowice Lotnisko i tor 690 od km 0,920 do km 1,054 stacja Tarnowskie Góry z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 4: od km 17,900 do km 20,800 stacja Pyrzowice Lotnisko z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 5: od km 20,800 do km 29,100 szlak Pyrzowice Lotnisko - Siewierz z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 6: od km 29,100 do km 30,400 stacja Siewierz z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 7: od km 30,400 do km 36,050 szlak Siewierz – Poręba z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 8: od km 36,050 do km 37,190 stacja Poręba z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 9: od km 37,190 do km 44,100 szlak Poręba - Zawiercie oraz łącznica 705 od km 0,000 do 0,200 z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 10: od km 44,100 do km 45,392 stacja Zawiercie z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 11: od km od km 0,200 do km 1,220 łącznica 705 z wyłączeniem branży srk;

Odcinek 12: od km -0,571 do km 0,180 stacja Tarnowskie Góry;

Odcinek 13: branża srk w całym zakresie;

Oraz zdefiniował Okres Zgłaszania Wad w rozumieniu Subklauzuli 1.1.3.7 jako 72 miesiące, od dnia Odbioru Końcowego Robót dla Etapu 1 Zamówienia podstawowego

, a także Etapy w rozumieniu Subklauzuli 1.1.3.10 jako zgodnie z Subklauzulą 8.13 WU

Podał Minimalną kwotę Przejściowego Świadczenia Płatności dla subklauzuli 14.6 jako 0,5%

wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej Płatności będą następowały nie częściej niż 2 razy w miesiącu.

Natomiast Płatność dla Subklauzuli 14.7 jako w ciągu 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego dokumentów wskazanych w Subklauzuli 14.7 WSU

W wyjaśnieniach z dnia 21 października 2019r. nr I zamawiający udzielił odpowiedzi na następujące pytania:

Pytanie nr 10 Tom I siwz (IDW) – pkt 3.1.2. – wykonawca prosi o określenie czasu realizacji Etapu 2.

Zamawiający odpowiedział : Zamawiający informuje, że realizacja Etapu 2 wynosi : 72 miesiące, licząc od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, z tym, że w przypadku Odbioru Odcinków trwa dla każdego z Odcinków nie krócej niż do zakończenia Okresu Zgłaszania Wad dla ostatniego z Odcinków (zgodnie z pkt. 13 i 14 załącznika nr 1 do IDW – Formularz Ofertowy – wzór).

Pytanie nr 13 Tom I siwz (IDW) – załącznik nr 1 – formularz oferty – pkt 13 – wykonawca prosi o wyjaśnienie, czy żądany przez Zamawiającego okres gwarancji jakości i rękojmi za wady wynosi 72 miesiące czy też 60 miesięcy jak określono w pkt. 5.4. [Warunki Gwarancji dla zakresu Robót nie objętych Usługami gwarancyjnymi] str. 249 i n. tomu III siwz (PFU).

Zamawiający odpowiedział: Okres gwarancji jakości i rękojmi wynosi 72 miesiące. Zamawiający w ramach modyfikacji treści siwz dokonał zmiany w pkt 5.4. PFU – Warunki Gwarancji dla zakresu Robót nie objętych Usługami gwarancyjnymi, ppkt. 6.

Pytanie nr 15 Tom II (WU) - § ust. 1 pkt 2 w związku z subklauzulą 1.1.5.6. WSU na mocy której wyznaczono Odcinki – wykonawca prosi o uzupełnienie istniejącego postanowienia, w ten sposób by wykonawca był zobowiązany usuwać wady przez okres 72 miesięcy rozpoczynający się nie tylko z dniem odbioru Końcowego Robót, ale również z dniem Odbioru Końcowego Odcinka

Zamawiający odpowiedział: Zamawiający wyjaśnia, że okres gwarancji jakości i rękojmi za wady (Etap 2) wynosi 72 miesiące, licząc od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, z tym że w przypadku odbioru odcinków trwa dla każdego z Odcinków nie krócej niż do zakończenia Okresu Zgłaszania Wad dla ostatniego z Odcinków.

Zgodnie z modyfikacją z dnia 4 listopada 2019r. zamawiający zmienił treść Załącznika nr 2 do IDW przez wykreślenie Odcinków — Załącznik nr 2 — „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY”.

Tom II — Warunki Umowy

1. Akt Umowy, ust 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie:

- będzie usuwał ujawnione wady i usterki oraz będzie świadczył Usługi gwarancyjne w wykonanych Robotach przez okres 72 miesięcy, który rozpocznie się w przypadku odbioru Odcinków z dniem pierwszego Odbioru Końcowego Odcinka, a w przypadku braku odbioru Odcinków z dniem Odbioru Końcowego Robót,

2. SubKLAUZULA 1.1., definicja 1.1.3.7 „Okres Zgłaszania Wad” otrzymuje brzmienie:

Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:

1.1.3.7 „Okres Zgłaszania Wad” oznacza 72 miesiące na zgłaszanie wad w Robotach lub jakimś ich Odcinku (w zależności od przypadku i z zastrzeżeniem in fine definicji) według SubKLAUZULI 11.1 Warunków Szczególnych, liczone od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, tak jak poświadczono według SubKLAUZULI 10.1 Warunków Szczególnych, z każdym przedłużeniem według SubKLAUZULI 1 1.3 Warunków Szczególnych.

Okres ten rozumie się jako okres rękojmi za wady i jest on równy okresowi objętemu Gwarancją Jakościową, o której mowa w Kontrakcie. Bieg okresu Gwarancji Jakościowej rozpoczyna się w dacie wskazanej w Karcie Gwarancyjnej.

3. SubKLAUZULA 8.13 ETAPY otrzymuje brzmienie:

Dodaje się SubKLAUZULĘ:

SubKLAUZULA 8.13 ETAPY

Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap 1

Etap 1.1 — 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia — Wykonanie kompletnych Projektów Wykonawczych;

Etap 1.2 — 14 miesięcy od zakończenia Etapu 1.1 — Oddanie do eksploatacji trakcją spalinową odcinka od stacji Tarnowskie Góry do stacji Siewierz wraz z łącznicą Gosek dla obsługi bocznic stacji Siewierz. Budowa LCS Siewierz;

Etap 1.3 — 9 miesięcy od Zakończenia Etapu 1.2 — Oddanie do eksploatacji odcinka od stacji Siewierz do stacji Zawiercie wraz z łącznicą Ik 705;

Etap 1.4 — 24 miesiące od Daty Rozpoczęcia — Oddanie do eksploatacji peronu nr 3 w stacji Tarnowskie Góry;

Etap 1.5 — 12 miesięcy od zakończenia Etapu 1.2 — Pozostałe roboty wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń w tym certyfikacja. Zakończenie robót;

Etap 2

Zapewnienie Gwarancji Jakości poprzez wykonanie Usług gwarancyjnych i zapewnienie Warunków Gwarancji przez Okres Zgłaszania Wad.

4. SubKLAUZULA 13.5 KWOTY WARUNKOWE otrzymuje brzmienie:

SubKLAUZULA 13.5 KWOTY WARUNKOWE

Usuwa się treść SubKLAUZULI i zastępuje następującą treścią:

1. Kwota Warunkowa będzie użyta, w całości lub części, tylko zgodnie z poleceniami Inżyniera po wyrażeniu uprzedniej zgody przez Zamawiającego i odpowiednio do tego będzie skorygowana Zaakceptowana Kwota Kontraktowa. Całkowita suma zapłacona Wykonawcy będzie zawierać tylko takie kwoty jakie odpowiadają uprzednim poleceniom Inżyniera.

2. Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i wycenione według SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych, w tym w szczególności:

- a) nadwyżek kosztów Robót zamiennych, gdy wartość Robót zastępujących przewyższa wartość Robót zastępowanych,
- b) wzrostu kosztów wynikających ze zmiany Umowy dokonanej zgodnie z jej postanowieniami lub na podstawie przepisów u.p.z.p.,

3. Kwota Warunkowa może służyć do pokrycia korekt wynikających ze zmian kosztu, o których mowa w SubKLAUZUL113.8 Warunków Szczególnych. Korekty wynikające ze zmian kosztu, o których mowa w SubKLAUZULI 13.8 Warunków Szczególnych nie wymagają polecenia Inżyniera.

Izba ustaliła także treść Załącznika do uchwały nr 938/2017 Zarządu PKP PLK SA z dnia 12 września 2017r. określającego warunki i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych. Z treści tego dokumentu wynika, co następuje:

Warunki te mają zastosowanie do maksymalnych prędkości taborów pasażerskich 160km/h i towarowych 120km/h i nie dotyczą urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej SRK) – par.2 pkt. 5 i 7 warunków.

Według par. 4 celem odbiorów jest między innymi przekazanie obiektów do eksploatacji – ust. 2 pkt 2 ppkt. 3. Zgodnie z par. 5 wyróżnia się odbiory:

1. Częściowe (w tym robót zanikających i ulegających zakryciu) – prowadzi się je w celu odbioru poszczególnych części zrealizowanych robót jeśli wykonawca ubiega się o zapłatę za częściowe wykonanie robót, a zawarta umowa przewiduje taki sposób rozliczenia, wykonawca przystępuje do kolejnej fazy, a potrzebne jest określenie ilości i jakości robót zanikających lub ulegających zakryciu, potrzebna jest ocena jakości zamontowanych elementów lub urządzeń, przed przekazaniem fazy robót innemu wykonawcy.
2. Techniczne – w celu sprawdzenia budowy lub przebudowy obiektów i urządzeń pod kątem spełniania przez nie wymagań technicznych i innych,
3. Eksploatacyjne – w celu przywrócenia eksploatacji linii kolejowej lub jej części po wykonanych pracach. Komisja dokonująca odbioru eksploatacyjnego określa po zakończeniu prac niezbędne obostrzenia dla ruchu pociągów oraz określa warunki eksploatacji,
4. Końcowy – ostateczne przekazanie zamawiającemu przedmiotu umowy po całkowitym lub częściowym zakończeniu robót, w tym po wykonaniu z wynikiem pozytywnym pomiarów i badań,
5. Gwarancyjny i pogwarancyjny

Zgodnie z par. 11 odbiory toru w celu potwierdzenia prawidłowości wykonania robót muszą być wykonane na całej długości otwieranego odcinka. Dla prędkości 160 km/h konieczny jest wykonanie drezyną pomiarową przejazdu technicznego w celu wykonania pomiarów technicznych toru oraz sieci trakcyjnej.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania.

W ocenie Izby nie można dokonać odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż w sprawie sygn.. akt KIO 2133/19 nie zapadł ani wyrok Izby, ani Sądu, zamawiający także nie uwzględnił zarzutów odwołania w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn.. akt KIO 2133/19, przeciwnie procesowo wnosił o oddalenie tego odwołania w całości, tym samym nie mogło dojść do nałożenia na zamawiającego obowiązku wykonania żądań zawartych w odwołaniu z dnia 21 października 2019r. tym samym wewnętrzne przekonanie odwołującego, że modyfikacja siwz z dnia 4 listopada 2019r. stanowiła częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania w sprawie sygn.. akt KIO 2133/19 nie ma znaczenia dla oceny zaistnienia przesłanek odrzucenia w oparciu o normę art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Dokonana modyfikacja z 4 listopada 2019r. procesowo w postępowaniu odwoławczym mogła by jedynie wskazywać na przyznanie okoliczności odwołania, wbrew wnioskowi o jego oddalenie.

W zakresie podstawy odrzucenia w oparciu o przepis art. 189 ust. 1 pkt 4 ustawy, to przede wszystkim przepis ten nie może być zastosowany w niniejszym stanie faktycznym nie z uwagi na tożsamość lub brak tożsamości okoliczności ponoszonych w obu odwołaniach tj. odwołaniu z 21 października 2019r i 14 listopada 2019r., ale z uwagi na to, że Izba rozstrzyga postępowanie wyrokiem uwzględniając je lub oddalając – vide art. 192 ust. 1 zd. 1 ustawy natomiast w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. W przedmiotowej sprawie w sprawie sygn.. akt KIO 2133/19 nie doszło do wydania rozstrzygnięcia, a Izba umorzyła postępowanie na skutek wycofania odwołania, a więc czynności dyspozytywnej odwołującego, która powoduje, że odwołanie należy traktować jak niewniesione. Także właśnie z powodu wycofania pierwotnego odwołania nie można w ocenie Izby dokonywać porównania okoliczności obu odwołań. Odwołanie wycofane nie wywołuje skutków związanych z jego wniesieniem i nie podlega rozpoznaniu.

Natomiast podstawa odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 1 pkt 2 nie znajduje odzwierciedlenia w podniesionej argumentacji, zamawiający zarzuca bowiem że zarzut jest spóźniony, a określona podstawa prawna daje jedynie postawę do odrzucenia odwołania wniesionego przez osobę nieuprawnioną czego zamawiający nie wykazał.

Gdyby przyjąć, że żądanie odrzucenia odwołania oparte jest jednak o przepis art. 189 ust. 3 ustawy i odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, to również i w tym zakresie Izba nie znajduje podstaw do odrzucenia odwołania, gdyż zarzut nr 2 nie wyczerpuje całości odwołania, zaś samo odwołanie jest wniesione od czynności modyfikacji treści siwz przez usunięcie klauzuli 1.1.5.6. z załącznika nr 1 do formularza umownego dokonanej w dniu 4 listopada 2019r., zatem odwołanie wniesione w dniu 14 listopada 2019r. nie może być w świetle art. 182 ust. 2 pkt 1 uznane za spóźnione.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353(1) k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy przez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające na rezygnacji z postanowień umownych definiujących Odcinek, a tym samym uniemożliwienie zastosowania postanowień, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanej części robót rozpocznie się po odbiorze tej części przez zamawiającego, a w konsekwencji naruszenie

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Istotą sporu jest fakt, że zamawiający ma prawo do przyjęcia do eksploatacji określonych elementów robót w celu prowadzenia na nich przejazdów bez jednoczesnego przyjęcia na siebie odpowiedzialności za stan techniczny przyjętego do eksploatacji elementu robót, mimo zagwarantowania sobie prawa do żądania usuwania wad i usterek oraz przekazania w stanie zgodnym z wymaganiami zamawiającego dotyczącym odbioru końcowego. W ocenie odwołującego fakt przyjęcia elementu robót do eksploatacji powinien być utożsamiany z pojęciem wydania rzeczy kupującemu czy działa zamawiającemu, a więc z chwilą rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji w rozumieniu art. 568 kc w związku z art. 638 kc i 656 kc. W ocenie odwołującego wprowadzenie podziału na odcinki równe opisanym przez zamawiającego Etapom 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 będzie odpowiadało wydaniu zorganizowanej części robót.

Jednakże Izba zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy jest uprawniona do oceny zgodności z prawem czynności zamawiającego i w ocenie Izby odwołujący nie uprawdopodobnił, że brak określenia terminu rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji od momentu ukończenia zorganizowanych części robót narusza przepisy prawa, w szczególności stanowi przekroczenie granic swobody kontraktowania. Odwołujący nie przeczył temu, że w chwili obecnej termin rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji jest określony, ale rozpoczyna się od momentu odbioru końcowego i jest określony jako dłuższy od wynikającego z art. 568 par. 1 kc, co było dopuszczalne zgodnie z art. 558 kc. Odwołujący powoływał się na ryzyka związane z koniecznością usuwania wad i usterek w okresie poprzedzającym rozpoczęcie terminu rękojmi i gwarancji a także na trudności z wyceną kosztów ewentualnego uszkodzenia dotychczas zrealizowanych robót przez uruchomione na danym odcinku przejazdy i trudności z wyceną kosztów doprowadzenia przyjętego do eksploatacji elementu robót do stanu umożliwiającego odbiór końcowy. Jednakże odwołujący w tym zakresie poprzestał jedynie na twierdzeniach, których uprawdopodobnienia się nie podjął. Za takie uprawdopodobnienie nie można uznać wiedzy odwołującego, że po zrealizowaniu Etapu 1.2 zamawiający będzie prowadził ruch na odcinku Tarnowskie Góry – Siewierz co najmniej do bocznic Kopalni Dolomity i Eletroluxu. Odwołujący podał tę okoliczność, ale nie wykazał, że choćby na innych inwestycjach liniowych zamawiającego, w których nie dopuszczono podziału na odcinki i przewidziano płatność ryczałtową podzieloną

na części w zależności od procentowej wartości wykonania robót, doszło do sytuacji, w której ryzyko realne przewyższyło ryzyko szacowane w ofercie, w tak znaczącym stopniu, że realizacja całości zadania okazała się utrudniona lub nieopłacalna. Odwołujący wskazywał na roboty na stacji Skierniewice jednak poza wydłużeniem się terminu ich realizacji nie wskazał na powiązane z tym koszty. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, którym nie przeczył odwołujący, że w przypadku oddania elementu robót do eksploatacji zamawiającemu nie dochodzi do zwrotu zamawiającemu placu budowy, a także, iż wykonawca również eksploatuje przekazany element choćby w celu dowozu materiałów i sprzętu. Tym samym nie można tej sytuacji uznać za klasyczne wydanie rzeczy zamawiającemu w rozumieniu art. 568 par. 1 kc. Jednocześnie odwołujący nie wykazał, że przyjęcie do eksploatacji dotyczy zorganizowanej części robót, natomiast tej okoliczności przeczył zamawiający podnosząc, że przyjęcie do eksploatacji dotyczy przejezdności niedocelowej 140 km/h, ale znacznie niższej, której warunki określi Komisja dotycząca odbioru eksploatacyjnego. Twierdzenia zamawiającego znalazły swoje potwierdzenie tak w pierwotnym brzmieniu definicji odcinków, które wskazywały na brak wykonania urządzeń SRK, jak i w samym Programie Funkcjonalno-Użytkowym, czy wreszcie w par. 5 Warunków i zasad odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych. Izba zatem uznała, że zamawiający wykazał uzasadnioną potrzebę rezygnacji, w tym przedmiotowym postępowaniu z definicji odcinków w rozumieniu etapów, czy innych mierników pozwalających na uznanie, że ich zakończenie stanowi zamknięcie danego stanu robót, które mogą być wydane zamawiającemu do użytkowania. W ocenie Izby dla uznania zasadności stanowiska zamawiającego kluczowe jest właśnie to, że zamawiający nie korzysta wyłącznie sam z przekazywanych mu elementów, ale skoro plac budowy mu nie podlega musi liczyć się także z potrzebami wykonawcy. Zamawiający także słusznie zwrócił uwagę na to, że ryzyko uszkodzenia wykonanych elementów jest również w takiej sytuacji trudne dla wykazania przez zamawiającego, który również może wskazywać, że uszkodzenia nastąpiły nie wyniku eksploatacji przez podmioty dopuszczone przez zamawiającego, ale w wyniku eksploatacji przez wykonawcę. Tym samym w ocenie Izby w zakresie tego ryzyka nie można stwierdzić braku równowagi stron. Odnośnie konieczności usuwania wad i usterek przed rozpoczęciem biegu gwarancji, to w ocenie Izby również ta okoliczność nie jest nieznaną prawu cywilnemu, choćby art. 636 kc, który pozwala na zgłaszanie wad czy nieprawidłowego wykonywania dzieła w toku jego realizacji, przed rozpoczęciem biegu gwarancji czy rękojmi, a do którego odsyła również art. 656 kc. Nadto odbiór częściowy przewiduje ustawodawca w art. 654 kc, jednakże jedynie jako przepis dyspozytywny, z którego nie można czynić normy bezwzględnie obowiązującej. Definicja odbioru częściowego wynikająca z załącznika nr 938/2017 Zarządu PKP PLK SA nie nadaje się do zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż wynagrodzenie umowne nie jest uzależnione od odbioru części robót. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że zamawiający przewidział tak zaliczkę jak i wystawianie przejściowych świadectw płatności, jak i budowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy z potrąceń z płatności częściowych, co w ocenie Izby również powinno być brane pod uwagę przy ocenie potencjalnej szkody jaka może płynąć dla wykonawcy z niewystarczającej oceny ryzyka.

W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się przekroczenia granic swobody kontraktowania z art. 353 (1) kc, które naruszałaby jednocześnie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby sam fakt, że wykonawcy w różnym stopniu mogą wyceniać ryzyko związane z realizacją kontraktu nie powoduje każdorazowo nieporównywalności ofert, a to z tego względu, że w zależności od modelu prowadzenia działalności gospodarczej, doświadczenia w danej branży, doświadczenia z danym zamawiającym pozytywnego lub nie - różnie wykonawcy na podstawie tych samych danych identyfikują ryzyka.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez przekroczenie granic swobody kontraktowania, przy jednoczesnym naruszeniu art. 151 ust. 1, 2 i 3 ustawy i art. 36 ust. 1 pkt 15 ustawy przez ustalenie terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zabezpieczenia na okres rękojmi w sposób sprzeczny z art. 151 ust. 1, 2 i 3 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego przekroczenia granic swobody kontraktowania. Natomiast. Przepisy art. 151 stanowią, że :

1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.
2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.
3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady.

Naruszenie tych przepisów mogłoby mieć zatem miejsce wtedy, gdy zamawiający wadliwie ustaliłby dzień należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby do tej sytuacji nie doszło, dla zamawiającego dniem należytego wykonania zamówienia jest dzień wykonania odbioru końcowego z uzyskaniem wyniku pozytywnego dla badań i pomiarów dla całości remontowanej linii kolejowej wraz z urządzeniami LCS i SRK. Od tak liczonego dnia należytego wykonania zamówienia postanowienia umowne przewidują odpowiednie zwolnienie zabezpieczenia i pozostawienie niezbędnej i zgodnej z prawem kwoty na czas rękojmi za wady – pkt. 21.12 IDW.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienie porównywalnych ofert

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zarzut nie został uprawdopodobniony przez odwołującego. Odwołujący wprawdzie wskazywał na brak danych o ilości przejazdów, które będą uruchomione na elementach przejętych przez zamawiającego do eksploatacji, jednakże w ślad za tym stwierdzeniem

w żądaniach nie znalazło się oczekiwanie podania przez zamawiającego choćby szacunkowych planowanych lub wykonywanych obecnie przejazdów, które to ryzyko pozwoliłyby wykonawcy zniwelować, z ewentualnym podaniem tych danych o których wspominał zamawiający, jak rodzaj taboru, czy przewidywane tonaże. Izba ponownie podkreśla, że sam fakt możliwości różnej wyceny ryzyka na podstawie tych samych danych nie może być uznany za podstawę nieporównywalności ofert. Biorąc to pod uwagę Izba postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec zaniechania określenia przez zamawiającego terminu rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od momentu rozpoczęcia faktycznej eksploatacji części zamówienia, a także zaniechanie odpowiedniej redukcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zarzut w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest w rzeczywistości konsekwencją wcześniej podniesionych zarzutów, których Izba nie podzieliła. W całości zatem należy podtrzymać argumentację podniesioną powyżej.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu od odwołania w wysokości 20 000zł. i zaliczając uiszczony wpis w całości na pokrycie kosztów postępowania odwoławczego, a także uwzględniając fakt, że odwołujący w całości uległ zamawiającemu, który wnioskował o przyznanie mu kosztów zastępstwa prawnego, to kosztami tymi należało obciążyć odwołującego w wysokości 3 600zł. tj. do kwoty maksymalnej określonej przez rozporządzenie. .

Przewodniczący: