

Sygn. akt: KIO 317/23

WYROK

z 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Marek Bienias
Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. przez **Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**
- 2) **Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**
- 3) **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**
- 4) **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 10 i nakazuje Zamawiającemu zmianę § 29 ust. 6 Tomu II SWZ (Warunki Umowy), poprzez wykreślenie fragmentu: „a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty”.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
3. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w części 1/17 i Izbę Gospodarczą Transportu Lądowego z siedzibą w Warszawie w części 16/17 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1 177 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc sto siedemdziesiąt siedem złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Prace na linii kolejowej nr 274 na odcinku Wrocław Świebodzki - Jelenia Góra - prace na szlaku Marciszów - Sędziszów, Wałbrzych Miasto - Wałbrzych Fabryczny oraz na obiektach inżynieryjnych realizowanego w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 274 na odcinku Wrocław Świebodzki - Jelenia Góra - prace na szlaku Marciszów - Sędziszów, Wałbrzych Miasto - Wałbrzych Fabryczny oraz na obiektach inżynieryjnych*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 020-055331.

W dniu 6 lutego 2023 r. Izba Gospodarcza Transportu Lądowego wniosła odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 357 1 , art. 358 1 § 3, art. 632 § 2, art. 5, art. 353(1) i art. 58 Kc oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 i art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie możliwości zmiany wynagrodzenia umownego do podstaw wynikających z ustawy Pzp lub umowy, z pominięciem podstaw zmiany wynagrodzenia określonych w Kc (§ 3 ust. 4 WU);
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) i art. 647 Kc w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 99 i art. 16 ustawy Pzp, poprzez odroczenie płatności 20% wartości Urządzeń lub Materiałów nabytych na potrzeby realizacji inwestycji i obarczenie Wykonawcę obowiązkiem czasowego finansowania robót w zakresie niepokrytym przez (§ 3 ust. 22 WU)
- 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353(1) i art. 647 Kc oraz art. 464 w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp, poprzez narzucenie Wykonawcy w umowie w sprawie zamówienia zasad współpracy z podmiotami trzecimi (podmiotami przechowującymi Materiały i Urządzenia (§ 3 ust. 24 pkt 3, 4 i 5 WU);
- 4) art. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) oraz art. 387 i art. 647 Kc, poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w zakresie terminu na złożenie przez Wykonawcę kompletnego wniosku/wniosków o zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych, zgodnie z Ustawą o transporcie kolejowym – nie dłużej niż w ciągu 26 miesięcy od daty zawarcia Umowy (§ 4 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 3 pkt 5 i 6 WU);

- 5) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1), art. 471 i art. 647 Kc w zw. z art. 513 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i art. 16 ustawy Pzp, przerzucenie na Wykonawcę w całości ryzyka ponoszenia kosztów związanych z brakiem działania lub opóźnieniem w działaniach organów administracyjnych pozostających poza wpływem Wykonawcy oraz niemożliwych do przewidzenia i wyceny na etapie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (§ 9 ust. 4 WU);
- 6) art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 647 w zw. z art. 487 § 2 w zw. z art. 117 § 2 w zw. z art. 118 w zw. z art. 119 w zw. z art. 120 § 1 Kc ze skutkami określonymi w art. 58 § 2 Kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ustalenie, że warunkiem istnienia roszczenia Wykonawcy, rozumianego jako jego uprawnienie do zmiany Umowy, w tym dodatkowej płatności oraz, w konsekwencji, istnienia odpowiedzialności Zamawiającego z tego tytułu jest złożenie przez Wykonawcę wniosku w terminach ustalonych umową – odpowiednio 30 / 45 dni (§12 ust. 2 i ust. 5 pkt 3 WU);
- 7) art. 433 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 2 i ust. 4 w zw. z art. 134 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 16 w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc, poprzez ukształtowanie postanowień § 13 ust. 10 oraz §1 3 ust. 33 WU:
- obowiązków w zakresie koniecznych do uzyskania przez Wykonawcę „zezwoleń, zatwierdzeń ii innych dokumentów wymaganych do wykonania Robót” z pominięciem odniesienia tego obowiązku do OPZ,
 - odpowiedzialności za wszelkie szkody w zakresie „instalacji i urządzeń naziemnych i podziemnych, istniejących lub mających powstać w przyszłości” bez odniesienia liczby, rodzaju oraz obszaru występowania tych instalacji do ich statusu wynikającego z OPZ,
- 8) art. 433 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 w zw. z art. 353(1) Kc poprzez ukształtowanie obowiązku podjęcia przez Wykonawcę niezbędnych działań w celu uzyskania na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz zapewnienia Zamawiającemu tytułu prawnego do nieruchomości (§15 ust. 7 WU);
- 9) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 483 ust.1 w zw. z art. art. 353(1) w zw. z art. 471 Kc, poprzez ukształtowanie kary umownej w § 28 ust. 5 WU w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron, ustalając karę umowną z naruszeniem jej istoty, w szczególności stworzenie możliwości niedopuszczalnego kumulowania kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania;
- 10) art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, art. 556 i nast., art. 577 § 1 i 2, art. 578 w zw. z art. 638 § 1 i 2 w zw. z art. 656 § 1 Kc i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353(1) w zw. z art. 471 Kc i art.

- 8 ust. 1 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w § 29 ust. 6 WU, że Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty;
- 11) art. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 353(1) oraz art. 491 i art. 494 w zw. z art. 627 i art. 647 Kc, poprzez ustalenie w § 30 ust. 14 pkt 3 WU, że Zamawiający będzie miał dowolność wyboru Materiałów, Urządzeń i Konstrukcji, które chciałby przejąć na własność;
- 12) art. 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. z art. 353(1) oraz art. 491 i art. 494 w zw. z art. 627 i art. 647 Kc, poprzez ustalenie w § 31 ust. 6 pkt 2 WU, że Zamawiający będzie miał dowolność wyboru Materiałów, Urządzeń i Konstrukcji, które chciałby przejąć na własność;
- 13) art. 58, art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) w zw. z art. 474 w zw. z art. 856 Kc poprzez ukształtowanie w § 40 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 9 i 10 oraz Załącznika nr 11 WU, w sposób nadmiernie ingerujący w prawo wykonawców do swobodnego kształtowania stosunku umownego;
- 14) art. 353(1) w zw. z art. 647 i art. 651 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 i art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron, w zakresie, w jakim w Tomie III SWZ PFU pkt 3.7.3.1 Zakres robót na obiektach inżynierskich na linii nr 274, Zamawiający:
- w poz. 6 tiret 4 tabeli nakłada na Wykonawcę obowiązek wzmocnienia obiektu,
 - w poz. 7 tiret 3 tabeli nakłada na Wykonawcę obowiązek wzmocnienia przęsła stalowego, - w poz. 16 tiret 4 i 5 nakłada na Wykonawcę obowiązek wykonania wymiany elementów skorodowanych i wzmocnienia konstrukcji obiektu,
 - w poz. 24 tiret 4 i 5 nakłada na Wykonawcę wykonanie wymiany elementów skorodowanych oraz wzmocnienia konstrukcji obiektu;
- 15) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Tomie IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) pozycja 2.1 M.6, 2.1 M.7, 2.1 M.16, 2.1 M.18, 2.1 M.24 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń;
- 16) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Tomie IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) pozycja 2.1 M.11, 2.1 M.14 w sposób

niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń;

- 17) art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w PFU, pkt 3.7.10 Elektroenergetyka trakcyjna, punkt 2 tabeli (str. 67, Stacja Wałbrzych Główny) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- Ad 1) modyfikacji treści § 3 ust. 4 WU poprzez uzupełnienie § 3 ust. 4 o możliwość zmiany wynagrodzenia na podstawie przepisów Kc, np. poprzez zmianę zdania drugiego § 3 ust. 4 w następujący sposób: „Oznacza to, że Wykonawca, poza przypadkami określonymi w Umowie oraz w u.p.z.p. i k.c., nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub Kosztu Robót do zgodnego z Umową i Prawem wykonania całości przedmiotu Umowy”.
- Ad 2) modyfikacji § 3 ust. 22 SWZ Tom II WU poprzez nadanie temu postanowieniu następującego brzmienia: „Płatność za Urządzenia lub Materiały, o których mowa w ust. 20, będzie równoważna 100% kosztów wynikających z faktury przedstawionej przez Wykonawcę (bez VAT), biorąc pod uwagę dokumenty wymienione w ust. 21 i wartość tych Materiałów lub Urządzeń. Łączna płatność, poświadczona na warunkach określonych w ust. 21, nie może w żadnym momencie realizacji Umowy przekroczyć 25% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 2. Limit ten może być ponownie wykorzystany po wbudowaniu Materiałów lub Urządzeń.”
- Ad 3) modyfikacji § 3 ust. 24 pkt 3, 4 i 5 WU poprzez wykreślenie pkt 4 i 5 oraz nadanie następującego brzmienia pkt. 3): „podmiot przechowujący zobowiązuje się odmówić Wykonawcy dostępu do przechowywanych Urządzeń lub Materiałów na pisemne żądanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z Wykonawcą na podstawie § 31 Umowy”
- Ad 4) modyfikacji § 4 ust. 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 3 pkt 5 i 6 WU w taki sposób, aby wykonawca miał realny termin na pozyskanie Certyfikatu weryfikacji WE, nie krótszy niż 6 miesięcy od daty zakończenia robót budowlanych;
- Ad 5) modyfikacji treści § 9 ust. 4 ostatni akapit WU, poprzez nadanie tym postanowieniom następującego brzmienia: „jeżeli okoliczności te nie będą wynikały z niedochowania przez Wykonawcę należytej staranności, możliwa jest zmiana terminów realizacji Umowy lub Etapów, o okres wynikający z opisanych wyżej okoliczności oraz zmiana

Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów uzasadnionych tymi okolicznościami.”

Ad 6) modyfikacji treści §12 ust. 2 WU, poprzez:

- wykreślenie zdania: „W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę w terminie wniosku, o którym mowa w niniejszym paragrafie, Wykonawca nie będzie uprawniony do zmiany Umowy, w tym do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem.”

- modyfikacji treści § 12 ust. 5 pkt 3 WU, poprzez wykreślenie zdania: „W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę wniosku, w terminie o którym mowa w niniejszym punkcie, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem.”

Alternatywnie: modyfikacji treści ww. § 12 ust. 3 i ust. 5 pkt 3 WU, poprzez nadanie im brzmienia tożsamego z brzmieniem Umowy w zakresie roszczeń składanych przez Zamawiającego, tj. „Wniosek należy złożyć tak szybko, jak jest to możliwe, po tym jak Wykonawca dowie się o wydarzeniu lub okoliczności dającej powód do zmiany lub roszczenia.”

Ad 7) modyfikacji § 13 ust. 10 WU, poprzez”

- wykreślenie znajdującego się na początku pierwszego zdania zapisu: „O ile SWZ nie stanowią inaczej” i dopisanie w treści jednoznacznych odniesień do OPZ/SWZ oraz zasady ponoszenia kosztu, w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązany jest uzyskać wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty wymagane do wykonania Robót, jak również dla innych działań niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności dostarczenia, usunięcia lub rozbiórki istniejącej infrastruktury lub jej elementów (w tym Urządzeń lub Materiałów) w zakresie wynikającym z OPZ zawartego w SWZ. Wykonawca opracuje i złoży w tym celu wszelkie wymagane wnioski i inne dokumenty oraz w razie potrzeby wystąpi do Zamawiającego o wydanie stosownych pełnomocnictw. Koszty związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę chyba, że na skutek zmiany Umowy zakres powyższych obowiązków uległby zmianie lub wynika on z zakresu nieobjętego SWZ. W takim przypadku Wykonawca występując z wnioskiem, o którym mowa w § 12 Umowy uwzględni w kalkulacji zmiany wartości Robót netto, o której mowa w § 12 ust. 3 Umowy dodatkowe koszty z tym związane. Koszty związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Zamawiającego”.

- modyfikacji treści § 13 ust. 33 WU poprzez odniesienie odpowiedzialności za szkody wyłącznie do tych instalacji, które Wykonawca miał możliwość zidentyfikowania na podstawie OPZ oraz usunięcie sformułowania „lub w mających powstać” i w konsekwencji nadanie § 13 ust. 33 SWZ Tom II Warunki Umowy następującego brzmienia: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić ochronę możliwych do zidentyfikowania na podstawie OPZ zawartego w SWZ instalacji i urządzeń na powierzchni ziemi i instalacji podziemnych oraz ponosi odpowiedzialność za wszystkie szkody w istniejących w granicach lub poza Terenem Budowy elementach infrastruktury, w tym nawierzchniach drogowych, rowach melioracyjnych, rurociągach, kablach elektrycznych, sieciach lub mediach, wszystkich rodzajów, budynkach i budowlach - wyrządzone przez niego lub Podwykonawcę w trakcie prowadzenia Robót. Wykonawca powinien je uwzględnić i postępować zgodnie ze szczegółowymi zapisami znajdującymi się w PFU, odnoszącymi się do takiej infrastruktury. Wykonawca niezwłocznie, na własny koszt zobowiązany jest naprawić wszystkie szkody powstałe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Personelu Wykonawcy) i – jeżeli to konieczne – przeprowadzić dalsze prace naprawcze zarządzone lub polecane przez Inżyniera.”

Alternatywnie: wykreślenie § 13 ust. 10 i § 13 ust. 33 WU;

Ad 8) wykreślenia §15 ust. 7 WU;

Ad 9) modyfikacji § 28 ust. 5 WU, poprzez dodanie zdania o treści: „Kary umowne z tytułu tych samych zdarzeń nie podlegają kumulacji.”

Ad 10) modyfikacji treści § 29 ust. 6 WU, poprzez usunięcie części zdania pierwszego po przecinku o następującej treści: „a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty”.

Ad 11) modyfikacji § 30 ust. 14 pkt. 3) SWZ Tom II Warunki Umowy w następujący sposób:

- „przejmie na własność Materiały, Urządzenia lub konstrukcje, określone w ust. 12 pkt 3, lub (jeśli nie zostały jeszcze nabyte przez Wykonawcę) zobowiązuje Wykonawcę do ich nabycia od dostawców (w takim przypadku Wykonawca po ich nabyciu od dostawców dokona ich refakturowania na rzecz Zamawiającego); Materiały, Urządzenia, wyroby budowlane lub konstrukcje Wykonawca przetransportuje na Teren Budowy (o ile nie znajdują się tam). Do uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w tym punkcie, stosuje się ust. 15, 16, 17 oraz 18;”

- alternatywnie: modyfikacji § 30 ust. 14 pkt 3 WU w taki sposób, aby wszelkie Materiały, Urządzenia i Konstrukcje zamówione w związku z realizacją Umowy zostały odkupione od Wykonawcy przez Zamawiającego.

Ad 12) modyfikacji § 31 ust. 6 pkt 2 WU w następujący sposób:

- „przejmie na własność Materiały, Urządzenia lub konstrukcje, określone w ust. 5 pkt 3, lub (jeśli nie zostały jeszcze nabyte przez Wykonawcę) zobowiązuje Wykonawcę do ich nabycia od dostawców (w takim przypadku Wykonawca po ich nabyciu od dostawców dokona ich refakturowania na rzecz Zamawiającego); Materiały, Urządzenia, wyroby budowlane lub konstrukcje Wykonawca przetransportuje na Teren Budowy (o ile nie znajdują się tam). Do uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w tym punkcie, stosuje się §3 0 ust. 15 - 18;

- alternatywnie: modyfikacji § 31 ust. 6 pkt 2 WU taki sposób, aby wszelkie Materiały, Urządzenia i Konstrukcje zamówione w związku z realizacją Umowy zostały odkupione przez Zamawiającego od Wykonawcy.

Ad 13) modyfikacji § 40 WU poprzez wykreślenie § 40 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 9 i 10 WU oraz Załącznika 11, alternatywnie określenie obowiązku złożenia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców (jak w art. 59 ustawy Pzp), wymagania w zakresie solidarnej odpowiedzialności za realizację Umowy (jak w art. 445 ust. 1 ustawy Pzp) oraz wskazania podziału obowiązków wykonawców przez pryzmat złożonej przez nich oferty (jak w art. 60 lub art. 117 ustawy Pzp).

Ad 14) modyfikacji treści Tomu III SWZ PFU pkt 3.7.3.1 tabela:

a) pozycja 6 – poprzez wykreślenie tiret 4 o treści „Wzmocnienie obiektu w celu uzyskania nacisku 221 kN/oś”

b) pozycja 7 – poprzez wykreślenie tiret 3 o treści „Wzmocnienie (w razie konieczności) przęsla stalowego”

c) pozycja 16 – poprzez wykreślenie tiret 4 i 5 o treści „Wykonanie wymiany elementów skorodowanych. O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice)”

d). pozycja 24 – poprzez wykreślenie tiret 4 i 5 o treści „Wykonanie wymiany elementów skorodowanych. □ O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice)” oraz wprowadzenie w odniesieniu do w/w pozycji zapisu, zgodnie z którym po oczyszczeniu zostanie

określony zakres wzmocnienia oraz wykonana ocena ewentualnej konieczności wymiany elementów konstrukcji.

Ad 15) modyfikacji Tomu IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) pozycja 2.1 M.6, 2.1 M.7, 2.1 M.16, 2.1 M.18, 2.1 M.24 poprzez wykreślenie słów: „wzmocnienie, przebudowa”;

Ad 16) modyfikacji treści Tomu IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) pozycja 2.1 M.11, 2.1 M.14 poprzez wykreślenie słowa „przebudowa”;

Ad 17) określenia zakresu przebudowy i regulacji sieci trakcyjnej w sposób umożliwiający ustalenie zakresu i kosztów tych robót, w szczególności poprzez określenie liczby, odcinka lub konkretnych lokat słupów przeznaczonych do wymiany oraz wymagań w stosunku do przewodów jezdnych, tj. wymiany lub przecinania i łączenia, ich parametrów po ewentualnej wymianie, sposobu zakotwienia.

Zarzut nr 1

Odwołujący podniósł, że w § 3 ust. 4 WU Zamawiający, wskazując na podstawy zmiany umowy pominął przepisy Kc. Redakcja tego postanowienia wprowadza niepewność co możliwości skorzystania z sądowej zmiany umowy, co oznaczałoby ograniczenie możliwości żądania zmiany wynagrodzenia do podstaw określonych przepisami ustawy Pzp i postanowień umowy. Tymczasem przepisy Kc dają podstawę żądania sądowej zmiany treści tego stosunku w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia w oparciu o przepisy Kc (art. 357(1) § 1 stanowi podstawę prawną zmiany sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia, a nawet rozwiązania umowy w przypadku, gdy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy; art. 358(1) § 3 dotyczy możliwości zmiany umowy, tyle tylko, że w drodze zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego i wyłącznie w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza; art. 632 § 2 przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy w sytuacji, gdy wykonanie umowy groziłoby wykonawcy rażącą stratą). Odwołujący podniósł, że w przepisach tych chodzi o zmianę umowy spowodowaną sytuacjami niemożliwymi do przewidzenia, której dokonuje sąd w wyroku, poprzedzonym procesem sądowym. Nie uchylają one obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią, umożliwiają jednak uwzględnienie okoliczności zaistniałych po zawarciu umowy, których znaczenie dla wykonania zobowiązania okazuje się na tyle istotne, że ich pominięcie prowadziłoby do znacznego i nieusprawiedliwionego zachwiania równowagi umownej, a tym samym naruszenia reguł słuszności kontraktowej.

Odwołujący wskazał, że właściwością stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy Pzp jest ich niezmienność. Wykonawca na etapie kalkulacji oferty

przetargowej zobowiązany jest w oparciu o dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ryzyka te odnoszą się do konkretnego zamówienia, opisanego przez Zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów Pzp. Wykonawca przyjmuje więc ryzyko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, możliwe do zidentyfikowania przez profesjonalistę. Zakładając, zgodnie z redakcją kwestionowanego postanowienia umownego, że podstawą zmiany umowy mogą być wyłącznie przepisy Pzp i sama umowa, należałoby przyjąć, że Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk. Odwołujący zaznaczył, że przepisy art. 357(1), art. 358(1) oraz 632 § 2 Kc mają charakter szczególny i wyjątkowy. Stanowią jedynie podstawę zwrócenia się przez stronę stosunku o dokonanie przez sąd zmiany jego treści. Przesłanką sądowej zmiany umowy na każdej z omawianych podstaw jest wyjątkowość i nieprzewidywalność. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 99-103 ustawy Pzp. Doprowadzi to do założenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny wykonawca ryzyka ta skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

W ocenie Odwołującego, wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 22 WU: „Płatność za Urządzenia lub Materiały, o których mowa w ust. 20, będzie równoważna 80% kosztów wynikających z faktury przedstawionej przez Wykonawcę (bez VAT), biorąc pod uwagę dokumenty wymienione w ust. 21 i wartość tych Materiałów lub Urządzeń. Pozostałe 20% wartości tych Materiałów lub Urządzeń, wynikające z faktury przedstawionej przez Wykonawcę, będzie zapłacone po dokonaniu Odbioru częściowego przedmiotu Umowy obejmującego zabudowę wskazanych Materiałów lub Urządzeń (płatność wg protokołu Odbioru częściowego). Łączna płatność, poświadczona na warunkach określonych w ust. 21, nie może w żadnym

momencie realizacji Umowy przekroczyć 25% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 2. Limit ten może być ponownie wykorzystany po wbudowaniu Materiałów lub Urządzeń.”

Odwołujący podniósł, że Zamawiający ustalił zatem zasadę płatności wyłącznie 80% wartości nabytych przez wykonawcę urządzeń i materiałów przeznaczonych do wbudowania w roboty stałe, z odroczeniem płatności pozostałych 20% do czasu ich zabudowy potwierdzonej protokołem odbioru częściowego. Płatność wyłącznie 80% wartości udokumentowanych kosztów zakupu urządzeń i materiałów przerzuca na wykonawcę obowiązek finansowania i kredytowania 20% wartości ich zakupu. Jest to nieuzasadnione z uwagi na fakt, że zgodnie z § 3 ust. 23 WU, stają się one własnością Zamawiającego w momencie dostarczenia ich na Teren Budowy bądź teren lub magazyn uzgodniony i zaakceptowany przez Inżyniera. Zamawiający zyskuje zatem pełne prawo własności tych urządzeń i materiałów. W związku z tym Zamawiający powinien ponosić pełne koszty ich nabycia oraz jako właściciel ich utrzymania po przejściu na niego prawa ich własności. Natomiast zgodnie z warunkami Umowy, w zaskarżonym postanowieniu umownym, to Wykonawca jest obciążony wszelkimi ryzykami z tym związanymi. Płatność wyłącznie w wysokości 80% zakupu urządzeń i materiałów nie uwzględnia bowiem kosztów wykonawcy ponoszonych w związku z takim zakupem, np. związanych z zapewnieniem placów składowych, magazynów, kosztów transportu, zabezpieczenia przed kradzieżą oraz zniszczeniem, ubezpieczenia.

Odwołujący dodał, że biorąc także pod uwagę obecne uwarunkowania rynkowe związane z rozwijającym się konfliktem zbrojnym związanym z agresją Rosji w Ukrainie oraz ograniczeniami w dostępie do materiałów i siły roboczej, a także spowodowaną tymi zdarzeniami oraz pandemią COVID-19 inflacją, określone przez Zamawiającego warunki częściowej płatności za urządzenia i materiały, stanowią wykorzystanie dominującej pozycji Zamawiającego poprzez przerzucenie ryzyka finansowania robót na Wykonawcę. Taki sposób płatności, z uwagi na wskazane powyżej uwarunkowania rynkowe, w szczególności ogranicza lub w całości wyłącza zysk wykonawcy za te zakresy robót, który byłby możliwy do osiągnięcia w ramach rozliczenia zabudowy urządzeń i materiałów w ramach odpowiednich pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej w przypadku zastosowania zasady pełnej płatności. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca nie jest instytucją z sektora bankowego i w ramach jego profesjonalnej działalności kluczowe jest wykorzystywanie doświadczenia w ramach organizacji i realizacji procesów budowlanych. Natomiast podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jako inwestora jest uzyskanie i zapewnienie stosownych środków na sfinansowanie realizacji inwestycji i bieżącej realizacji robót.

Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 24 WU: „W sytuacji, gdy Urządzenia lub Materiały zakupione przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami powyżej, mają zostać dostarczone w miejsce inne niż Teren Budowy bądź teren lub magazyn, uzgodnione i zaakceptowane przez Inżyniera w formie pisemnej, Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania od podmiotów przechowujących wyżej wskazane Urządzenia lub Materiały pisemnego oświadczenia, zgodnie z którym: (...)

3) podmiot przechowujący zobowiązuje się odmówić Wykonawcy dostępu do przechowywanych Urządzeń lub Materiałów na żądanie Zamawiającego, w tym na żądanie uprawnionego pracownika Zamawiającego legitymującego się pełnomocnictwem;

4) podmiot przechowujący nie będzie kierować do Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń związanych z umową łączącą podmiot przechowujący z Wykonawcą, z wyłączeniem ewentualnych roszczeń, które mogą mu przysługiwać w stosunku do Zamawiającego na podstawie u.p.z.p. z tytułu obowiązku bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom, Dalszym Podwykonawcom (w przypadku spełnienia przesłanek do dokonania bezpośredniej zapłaty, wynikających z u.p.z.p.);

5) w przypadku jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Wykonawcy podmiot przechowujący zrzeka się uprawnienia do skorzystania z prawa zastawu na Urządzeniach lub Materiałach przez niego przechowywanych.”

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, w ramach określania warunków wcześniejszej płatności przez Zamawiającego za Urządzenia i Materiały przeznaczone do wbudowania w roboty stałe, wprowadził jako warunek uzyskanie przez Wykonawcę dodatkowych oświadczeń podmiotów przechowujących zakupione Urządzenia i Materiały w ww. zakresie, które skutkować mogą znacznym ograniczeniem dostępu Wykonawcy do dóbr niezbędnych do realizacji Umowy.

Odwołujący zaznaczył, że w zakresie uzyskania oświadczenia, o którym mowa w pkt. 3, Zamawiający ma być uprawniony do żądania od podmiotu przechowującego urządzenia i materiały odmowy ich wydania wykonawcy. Przedmiotowe uprawnienie nie zostało ograniczone do żadnych konkretnych okoliczności, w którym Zamawiający mógłby ograniczyć wykonawcy prawo do korzystania z takich urządzeń i materiałów, lecz stanowi to jednostronne i dyskrecyjne uprawnienie Zamawiającego. W ramach przedmiotowego uprawnienia Zamawiający nie będzie w żadnym zakresie ograniczony i nie będzie wymagało żadnego uzasadnienia. Nieograniczony dostęp do urządzeń i materiałów, które są zakupione przez wykonawcę, jest kluczowym warunkiem do prawidłowej i terminowej realizacji robót. Jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie, spowodowane przez Zamawiającego, stanowiąc będą daleko idące ograniczenia wykonawcy w realizacji jego zobowiązań umownych wobec

Zamawiającego. W ocenie Odwoływającego, uzasadnioną okolicznością odmowy wydania urządzeń i materiałów wykonawcy jest wyłącznie odstąpienie od umowy z wykonawcą, kiedy to w interesie Zamawiającego jest zabezpieczenie urządzeń i materiałów dla celów realizacji danej inwestycji, do ich dalszego wykorzystania.

W zakresie uzyskania oświadczenia, o którym mowa w pkt. 4 Odwołujący podniósł, że podmiot przechowujący urządzenia i materiały ma zobowiązać się do niewystępowania wobec Zamawiającego z jakimikolwiek roszczeniami, z wyłączeniem roszczenia o zapłatę wynagrodzenia w ramach regulacji wynikających z ustawy Pzp. Abstrahując od ewentualnych okoliczności, które mogłyby być podstawą do wystąpienia z takimi roszczeniami przez te podmioty wobec Zamawiającego, na podstawie umów zawartych z wykonawcą, w ocenie Odwoływającego wymaganie takich oświadczeń stanowi daleko idącą ingerencję w sferę działania tych podmiotów, zależną wyłącznie od ich woli. Wykonawca nie może przyjąć na siebie zobowiązania za uzyskanie oświadczeń, których złożenie nie leży w zakresie i nie jest zależne od jego wyłącznej woli.

Zdaniem Odwoływającego, w takim samym aspekcie należy rozpatrywać także obowiązek uzyskania przez wykonawcę oświadczenia podmiotu przechowującego urządzenia i materiały w zakresie zrzeczenia się prawa zastawu na urządzeniach lub materiałach przez niego przechowywanych (pkt 5). Wykonawca w ramach swoich zobowiązań umownych wynikających z Umowy, może zobowiązać się do pokrycia wszelkich szkód bądź przejęcia odpowiedzialności za Zamawiającego w przypadku wystąpienia przez podmioty trzecie z jakimikolwiek roszczeniami wobec Zamawiającego i wynikającymi z umów zawartych przez podmioty przechowujące urządzenia i materiały z wykonawcą, co stanowić będzie zobowiązanie wykonawcy i jest od niego zależne. Natomiast wykonawca nie może wpływać na oświadczenia innych podmiotów, w szczególności w zakresie tak daleko idącym jak zrzeczenie się roszczeń, a w konsekwencji nie może zobowiązać się do uzyskania oświadczeń ingerujących w podstawowe uprawnienia tych podmiotów i zależne od ich wyłącznej woli. Wykonawca przyjmując na siebie obowiązek wcześniejszego zakupu urządzeń i materiałów, zapewnienia dla nich miejsc składowania, jak również zabezpieczenia przed utratą lub kradzieżą, wraz z ponoszeniem w tym zakresie wszelkich kosztów, nie może być ograniczony w ramach wymogów uzyskania dodatkowych oświadczeń, które w znacznym stopniu mogą utrudnić prawidłową i terminową realizację inwestycji, w związku ryzykiem niemożliwości ich uzyskania bądź odmowy ich wydania przez podmioty przechowujące te urządzenia i materiały.

Odwołujący podkreślił, że zaskarżone postanowienia umowne nie znajdują podstawy w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, do ingerowania w treść

takich umów. W odniesieniu do tego typu umów Zamawiający może jedynie wymagać, na podstawie art. 464 ust. 2, ust. 8 i ust. 10 ustawy Pzp, aby termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy nie był dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku. Natomiast na podstawie zaskarżonych postanowień umownych Zamawiający nie tylko podjął próbę ukształtowania treści takiej umowy, ale również ogranicza uprawnienia podmiotu trzeciego wynikające z przepisów prawa.

Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 4 ust 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 3 pkt 5 i 6 WU wprowadził termin wykonania Umowy w zakresie pozyskania Certyfikatu weryfikacji WE w okresie 2 miesięcy. Zgodnie z art. 4 pkt 34 ustawy o transporcie kolejowym certyfikat weryfikacji WE podsystemu to dokument wydany przez jednostkę notyfikowaną potwierdzający, że podsystem jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami systemu kolei. Przedstawiony przez Odwołującego termin 2 miesięcy wynika z obliczenia: Etap 5, czyli zakończenie robót budowanych ma mieć miejsce w terminie 730 dni od zawarcia Umowy, a 730 dni = 24 miesiące. Zatem skoro Etap 6, czyli zakończenie i rozliczenie Umowy ma odbyć się w terminie 26 miesięcy od zawarcia Umowy, a rozpoczęcie zasadniczych prac nad certyfikacją może mieć miejsce dopiero po 24 miesiącu, to na pozyskanie certyfikacji zostają jedynie 2 miesiące.

Odwołujący podniósł, że uzyskanie certyfikatu to złożony proces, w którym dokumenty składa nie tylko wykonawca, ale również Zamawiający. Proces ten jest niezależny od stron umowy, gdyż wykonuje go jednostka notyfikowana. Cały proces certyfikacji określa Rozdział 4a. ww. ustawy. Ocena zgodności podsystemów jest przeprowadzana na etapie projektowania, budowy i prób końcowych w stosunku do wszystkich obiektów podlegających ocenie. Na proces ten składa się szereg badań i analiz, które prowadzą do otrzymania wymaganego certyfikatu. Tytułem przykładu – dla robót SRK (sterowania ruchem kolejowym), wizyta i pomiary jednostki w terenie są faktycznie możliwe do wykonania dopiero po odbiorach eksploatacyjnych, a nawet końcowych, gdyż niektóre jednostki notyfikowane wymagają też dokumentacji powykonawczej. Pomiędzy odbiorem eksploatacyjnym a końcowym jednostka notyfikowana wizytuje i dokonuje pomiarów, a wykonawca niweluje niezgodności, gromadzi dokumenty z odbiorów i pomiarów, a dopiero po tym jednostka notyfikowana ma czas na opracowanie certyfikatów.

Na dowód, że termin 2 miesięcy jest niemożliwy do dochowania, Odwołujący przedstawił zanonimizowane podsumowanie procesu certyfikacji jednego z wykonawców robót dla Zamawiającego.

Zarzut Nr 5

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 4 WU:

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 o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy, w tym gestorów sieci, takie jak:

- 1) opóźnienia w wydaniu przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane lub które Wykonawca ma obowiązek pozyskać na mocy postanowień SWZ lub przepisów Prawa,*
- 2) odmowy wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. Za odmowę, o której mowa powyżej, Strony będą również uważały odmowę lub trudności w pozyskiwaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane związane z okolicznościami niezależnymi od Wykonawcy,*
- 3) nałożenia przez ww. organy dodatkowych czynności, wymogów, obowiązków itp. nieprzewidzianych uprzednio w SWZ,*

- jeżeli okoliczności te nie będą wynikały z niedochowania przez Wykonawcę należytej staranności, możliwa jest zmiana terminów realizacji Umowy lub Etapów, o okres wynikający z opisanych wyżej okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca jest odpowiedzialny za zaprojektowanie przedmiotu Umowy oraz uzyskanie wszelkich stosownych i niezbędnych decyzji wymaganych do ukończenia robót i ich odbioru zgodnie z wymogami umowy, w tym przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Zgodnie natomiast z powyższym postanowieniem, Zamawiający w przypadku braku działania lub opóźnienia w działaniach organów administracji rządowej, samorządowej, lub organów i podmiotów, w tym gestorów sieci, których działalność wymaga wydania decyzji niezbędnych do wykonania umowy, przyznał wykonawcy wyłącznie prawo do zmiany terminów realizacji umowy (w tym etapów), bez uprawnienia do pokrycia kosztów poniesionych w związku z takim przedłużeniem.

Odwołujący podniósł, że w ramach szeroko rozumianego procesu budowlanego i uzyskiwania stosownych decyzji niezbędnych do wykonania robót, nierzadko dochodzi do przedłużenia działania organów administracji poza terminy wynikające z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, co pozostaje poza zakresem odpowiedzialności wykonawcy. W okresie panującej światowej pandemii Covid-19 i czasowych ograniczeń w funkcjonowaniu obiektów i urzędów administracji rządowej, jak i samorządowej, obieg

dokumentów, a tym samym okres rozpatrywania i procedowania spraw administracyjnych niejednokrotnie ulegał znacznemu przedłużeniu. Zamawiający jest w pełni świadomy możliwości zaistnienia takich sytuacji, przyznał bowiem wykonawcy uprawnienie do zmiany terminów realizacji umowy, jednakże z niewiadomych względów wyłączył uprawnienie do pokrycia kosztów z tym związanych. W konsekwencji, na podstawie zaskarżanego postanowienia wykonawca zrzeka się prawa do dochodzenia przyszłych roszczeń finansowych w takiej sytuacji. Wykonawca na etapie ofertowania i w dacie zawarcia umowy nie ma możliwości identyfikacji tego typu ryzyk, nie jest bowiem w stanie z jakimkolwiek prawdopodobieństwem przewidzieć ewentualnych możliwych opóźnień w działaniu ww. organów. Zdaniem Odwołującego, za pomocą powyższego postanowienia Zamawiający przerzuca na wykonawcę całkowite ryzyko gospodarcze z tym związane, które powinno obciążać Zamawiającego.

Zarzut nr 6

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §12 ust. 2, ust. 5 pkt 3 oraz ust. 12 WU:

2. Wniosek, o którym mowa w ust. 1 będzie złożony najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 30 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności, a jeżeli zmiana Umowy ma dotyczyć również zmiany Wynagrodzenia netto, wniosek o którym mowa powyżej zostanie przez Wykonawcę złożony nie później niż 45 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę w terminie wniosku, o którym mowa w niniejszym paragrafie, Wykonawca nie będzie uprawniony do zmiany Umowy, w tym do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem; (...)

5. 3) Wykonawca winien przesłać ostateczny wniosek dotyczący zmiany Umowy w ciągu 30 Dni od ustania zdarzenia lub okoliczności kwalifikowanej jako przejściowa, a jeżeli ostateczny wniosek o zmianę Umowy ma dotyczyć również zmiany Wynagrodzenia netto, to wniosek, o którym mowa powyżej, zostanie przez Wykonawcę złożony nie później niż 45 Dni od ustania zdarzenia lub okoliczności kwalifikowanej jako przejściowa lub w innym terminie, który zostanie zatwierdzony przez Inżyniera na wniosek Wykonawcy. W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę wniosku, w terminie o którym mowa w niniejszym punkcie, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. (...)

12. Powiadomienie należy złożyć tak szybko, jak jest to możliwe, po tym jak Zamawiający dowie się o wypadku lub okoliczności dającej powód do roszczenia. Powiadomienie

odnoszące się do przedłużenia okresu rękojmi i gwarancji należy przekazać przed upływem tego okresu.

Odwołujący podniósł, że ww. postanowienia umowy kształtują w sposób odmienny niż art. 120 Kc chwilę powstania roszczenia o zmianę lub zapłatę, jednocześnie skracając terminy przedawniania takiego roszczenia z trzech lat jak w art. 118 Kc do 30 / 45 dni. Polski system prawa cywilnego wskazuje, że dla powstania zobowiązania, a w konsekwencji, roszczenia związanego z tym zobowiązaniem, istotna jest jego wymagalność. Ustawa nie definiuje pojęcia wymagalności, w doktrynie przyjmuje się jednak zgodnie, że należy przez wymagalność rozumieć stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Wobec tego, jeżeli dojdzie do powstania prawa do zmiany umowy, to roszczenie to powstaje w dacie ujawniania wydarzenia lub okoliczności, a nie w dacie spełnienia dodatkowych aktów staranności, czego życzyłby sobie Zamawiający, przez wprowadzenie umownych terminów zawitych 30/45 dni. Obowiązywanie art. 119 Kc jest konsekwencją bezwzględnie wiążącego charakteru norm regulujących instytucję przedawnienia. Zakaz skracania lub przedłużania terminów przedawnienia należy rozumieć zarówno jako niedopuszczalność ustanawiania terminów odmiennych niż ustawowe, jak i zakaz ich zmiany w jakiegokolwiek chwili. W tych okolicznościach uznanie, że z powodu niezachowania 30 lub 45 dniowego terminu notyfikacji, uprawnienie wykonawcy do zapłaty wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zmiany terminu nie powstało, jest sprzeczne nie tylko z ww. bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, ale również z zasadami współżycia społecznego. W konsekwencji czynności prawne dokonane wbrew zakazowi skracania terminów przedawnienia należy uznać za bezwzględnie nieważne.

Niezależnie od kwestii przedawnienia Odwołujący podniósł, że zaskarżane postanowienia są sprzeczne z przepisami Kc odnoszącymi się do samego przedmiotu zamówienia. Skoro bowiem jego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, to zastosowanie ma art. 647 Kc dotyczący umowy o roboty budowlane, która jest umową wzajemną w rozumieniu art. 487 § 2 Kc, co oznacza, że świadczenia każdej ze stron są ekwiwalentne, czyli świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej. Spełnienie zatem przez jedną ze stron (wykonawcę) świadczenia, polegającego na zaprojektowaniu i wybudowaniu inwestycji zgodnie z umową stanowi tytuł do roszczenia o zapłatę. Podobnie rzecz się przedstawia z pozostałymi, dodatkowymi świadczeniami wykonawcy wykonanymi w ramach tego stosunku zobowiązaniowego na rzecz Zamawiającego, które zgodnie z powyższą zasadą generują powstanie po stronie Zamawiającego zobowiązania do spełnienia świadczeń ekwiwalentnych, takich jak w szczególności wydłużenie czasu/terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia lub zapłata na rzecz wykonawcy odpowiednich kosztów. Ustanawianie jakiegokolwiek warunku

powstania roszczenia po stronie wykonawcy, a w konsekwencji odpowiedzialności Zamawiającego, jest niedopuszczalne. Roszczenia te stanowią prawo podmiotowe wykonawcy, mające swoje źródło w umowie i jedynym „warunkiem” postawienia tego prawa może być wykonanie przez wykonawcę świadczenia w sposób zgodny z umową, które jest świadczeniem wzajemnym. W konsekwencji, umowne ustanawianie proceduralnych warunków powstania roszczenia po stronie wykonawcy, a co za tym idzie – zaistnienia odpowiedzialności po stronie Zamawiającego, narusza ww. bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i z tego względu jest nieważne.

Zarzut nr 7

Odwołujący wskazał, że zgodnie z §13 ust. 10 WU:

10. O ile SWZ nie stanowi inaczej, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty wymagane do wykonania Robót, jak również dla innych działań niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności dostarczenia, usunięcia lub rozbiórki istniejącej infrastruktury lub jej elementów (w tym Urządzeń lub Materiałów). Wykonawca opracuje i złoży w tym celu wszelkie wymagane wnioski i inne dokumenty oraz w razie potrzeby wystąpi do Zamawiającego o wydanie stosownych pełnomocnictw. Koszty związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę chyba, że na skutek zmiany Umowy zakres powyższych obowiązków uległby zmianie. W takim przypadku Wykonawca, występując z wnioskiem, o którym mowa w § 12 uwzględni w kalkulacji zmiany wartości Wynagrodzenia netto, o której mowa w § 12 ust. 3 dodatkowe Koszty z tym związane.

Zgodnie z §13 ust. 33 WU:

33. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić ochronę instalacji i urządzeń na powierzchni ziemi instalacji podziemnych oraz ponosi odpowiedzialność za wszystkie szkody w istniejących lub mających powstać w granicach lub poza Terenem Budowy elementach infrastruktury, w tym nawierzchniach drogowych, rowach melioracyjnych, rurociągach, kablach elektrycznych, sieciach lub mediach, wszystkich rodzajów, budynkach i budowlach – wyrządzone przez niego lub Podwykonawcę w trakcie prowadzenia Robót. Wykonawca powinien je uwzględnić i postępować zgodnie ze szczegółowymi zapisami znajdującymi się w PFU, odnoszącymi się do takiej infrastruktury. Wykonawca niezwłocznie, na własny koszt zobowiązany jest naprawić wszystkie szkody powstałe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Personelu Wykonawcy) i – jeżeli to konieczne – przeprowadzić dalsze prace naprawcze zarządzane lub polecane przez Inżyniera.

Odwołujący podniósł, że § 13 ust. 10 WU narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie wskazał w żaden sposób rodzaju decyzji administracyjnych: zezwoleń oraz

zatwierdzeń, a także innych dokumentów niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy, które wykonawca zobowiązany byłby uzyskać na własny koszt. Brak przynajmniej ogólnego opisu rodzaju decyzji i dokumentów powoduje brak możliwości określenia zakresu prac o charakterze prawnym, organizacyjnym i administracyjnym związanych z pozyskiwaniem niezbędnych decyzji i dokumentów. Powyższe skutkuje niemożnością rzetelnego oszacowania ryzyk i kosztów związanych z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji i dokumentów przy kalkulacji wyceny i sporządzaniu oferty.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób niejednoznaczny, niedokładny i nieprecyzyjny opisał również przewidziane w § 13 ust. 10 WU zobowiązanie wykonawcy do podjęcia na własny koszt innych działań niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy. Zamawiający nie sprecyzował, na czym takie działania miałyby polegać, a jedynie wskazał, że w szczególności obejmują one dostarczenie, usunięcie lub rozbiórkę istniejącej infrastruktury lub jej elementów (w tym urządzeń lub materiałów).

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający w § 13 ust. 33 WU wprowadził zapis, zgodnie z którym wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystkie szkody wyrządzone przez niego lub Podwykonawcę w trakcie prowadzenia Robót, w istniejących lub mających powstać w granicach lub poza Terenem Budowy elementach infrastruktury, w tym nawierzchniach drogowych, rowach melioracyjnych, rurociągach, kablach elektrycznych, sieciach lub mediach, wszystkich rodzajów, budynkach i budowlach. W ocenie Odwołującego obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością za szkody w mających powstać w granicach lub poza Terenem Budowy elementach infrastruktury (również na przyszłość) stanowi naruszenie równowagi stron Umowy na niekorzyść Wykonawcy. Tak sformułowane postanowienia (zarówno w zakresie § 13 ust. 10, jak i ust. 33) są sprzeczne z art. 433 ustawy Pzp zawierającym katalog klauzul abuzywnych, tj. zakazanych w umowach o zamówienia publiczne. Jedną z takich klauzul jest klauzula wskazana w pkt 3 ww. przepisu, zgodnie z którą umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Zarzut nr 8

Odwołujący wskazał, że zgodnie w § 15 ust. 7 WU Zamawiający przewidział następujące obowiązki wykonawcy w przypadku, gdy osobom trzecim przysługuje tytuł prawny dający prawo do dysponowania do celów budowlanych nieruchomością, mającą stanowić Teren Budowy lub jego część:

- obowiązek podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu uzyskania na rzecz Zamawiającego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w rozumieniu art. 3 ust. 11 ustawy Prawo budowlane,
- obowiązek zapewnienia Zamawiającemu tytułu prawnego do nieruchomości, wynikającego z decyzji administracyjnej lub ograniczonego prawa rzeczowego,
- obowiązek doprowadzenia (przy udziale Zamawiającego oraz Inżyniera, po uzyskaniu prawa dysponowania nieruchomością na cele budowlane) do przekazania Wykonawcy przez osoby uprawnione dostępu i możliwości użytkowania Terenu Budowy.

Zdaniem Odwołującego, powyższe uregulowanie jest niezgodne z art. 647 Kc, na podstawie którego Inwestor (Zamawiający) jest obowiązany do przekazania wykonawcy terenu budowy. Obowiązek zapewnienia i udostępnienia terenu budowy spoczywa zatem na Zamawiającym, a nie na wykonawcy. Uregulowanie tego obowiązku w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującym uregulowaniem art. 647 Kc jest niezgodne z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i świadczy o abuzywności postanowienia, jako przewidującego odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Zarzut nr 9

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 28 ust. 5 WU: *Nie będą naliczane łącznie kara umowna, o której mowa w ust. 1 pkt 26, z pozostałymi karami umownymi w przypadku, gdy podstawa do odstąpienia od Umowy stanowi równocześnie okoliczność uzasadniająca naliczenie tych pozostałych kar umownych.* Zdaniem Odwołującego dowodzi to, że Zamawiający jest świadomy obowiązku zasady zakazu kumulacji kar za te same zdarzenia.

Odwołujący zakwestionował brak wprowadzenia tej zasady dla pozostałych kar umownych określonych w § 28 ust. 1 umowy. Tytułem przykładu, wykonawcy mogą być zagrożeni podwójną karą naliczoną § 28 ust. 1 pkt 13 z karą z § 28 ust. 1 pkt 15 umowy, tj. gdy niezgłoszony podwykonawca (lub dalszy podwykonawca, co w praktyce ma częste miejsce) wyśle wezwanie do zapłaty należnego mu wynagrodzenia do Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający może nałożyć na wykonawcę karę w wysokości 20 000,00 PLN za stwierdzony przypadek zawarcia umowy o podwykonawstwo bez uprzedniej akceptacji Zamawiającego oraz karę w wysokości 5 000,00 PLN za nieprzedłożenie Zamawiającemu w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą – przy czym zawsze będzie to dotyczyło tego samego podwykonawcy i tego samego zaniechania obowiązków z tym związanych. Zdaniem Odwołującego stoi to

w sprzeczności ze stanowiskiem judykatury w tym zakresie (wyrok Sądu Najwyższego z 16 października 2015 r. I CSK 999/140).

Zarzut nr 10

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 29 ust. 6 WU: *W razie rozwiązania lub odstąpienia od Umowy, rękojmia i gwarancja obowiązują w zakresie wykonanych i odebranych Robót, a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty. W takim przypadku okres rękojmi rozpoczyna bieg od dnia podpisania protokołu odbioru Robót zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający obciążył wykonawcę odpowiedzialnością z tytułu rękojmi i gwarancji w zakresie wykonanych przez niego robót także w przypadku ingerencji w te roboty podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, która to ingerencja może skutkować uszkodzeniem robót wykonanych przez wykonawcę. Powyższe postanowienie jest sprzeczne z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zamawiający nie może wprowadzić do umowy odpowiedzialności wykonawcy za sytuacje, za wystąpienie których wyłączną odpowiedzialność ponosi on sam lub podmioty, za które Zamawiający odpowiada.

Odwołujący podkreślił, że uregulowana w przepisach art. 566 i nast., art. 577 § 1 i 2, art. 578 w zw. z art. 638 § 1 i 2 i w zw. z art. 656 § 1 Kc odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji odnosi się do wad przedmiotu umowy wykonanego przez wykonawcę, której istota odnosi się do sposobu wykonania zobowiązań umownych, szeroko rozumianej prawidłowości, zgodności z umową. O ile więc wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za jakość robót wykonanych przez siebie czy za pomocą podwykonawców, to zawsze jest to sytuacja będąca pod jego kontrolą i możliwa do oszacowania. W sytuacji ingerencji w przedmiot umowy przez Zamawiającego, czy działających na jego rzecz podmiotów trzecich wykonawca nie ma żadnego wpływu na zakres takich zmian czy modyfikacji. Wykonawca nie może z góry – bez znajomości konkretnego przypadku – oświadczyć, że zrzeka się powoływania na odpowiedzialność innych podmiotów za wady w przedmiocie zamówienia.

Zarzuty nr 11 i 12

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 30 ust. 14 pkt 3 WU:

14. Po odstąpieniu od Umowy z przyczyn wymienionych w ust. 1 Zamawiający:

3) jest uprawniony do oświadczenia, jakie Materiały, Urządzenia lub jakie konstrukcje, określone w ust. 12 pkt 3, chciałby przejąć na własność; złożenie takiego oświadczenia powoduje przejście na Zamawiającego własności rzeczy wskazanych w tym oświadczeniu lub (jeśli nie zostały jeszcze nabyte przez Wykonawcę) zobowiązuje Wykonawcę do ich nabycia od dostawców (w takim przypadku Wykonawca po ich nabyciu od dostawców dokona ich refakturowania na rzecz Zamawiającego); Materiały, Urządzenia, wyroby budowlane lub konstrukcje Wykonawca przetransportuje na Teren Budowy (o ile nie znajdują się tam). Do uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w tym punkcie, stosuje się ust. 15, 16, 17 oraz 18;

Zgodnie z § 30 ust. 6 pkt 2 WU:

6. W razie odstąpienia od Umowy z przyczyn, o których mowa w ust. 1, Zamawiający jest:

2) uprawniony do oświadczenia, jakie Materiały lub jakie Urządzenia lub jakie konstrukcje, określone w ust. 5 pkt 3, chciałby przejąć na własność. Złożenie oświadczenia, o którym mowa w poprzednim zdaniu, powoduje przejście na Zamawiającego własności rzeczy wskazanych w tym oświadczeniu lub (jeśli nie zostały jeszcze nabyte przez Wykonawcę) zobowiązuje Wykonawcę do ich nabycia od dostawców (w takim przypadku Wykonawca po ich nabyciu od dostawców dokona ich refakturowania na rzecz Zamawiającego). Materiały, Urządzenia lub konstrukcje Wykonawca przetransportuje na Teren Budowy (o ile nie znajdują się tam). Do uprawnienia Zamawiającego, o którym mowa w tym punkcie, stosuje się § 30 ust. 15 – 18;

Odwołujący podniósł, że z chwilą skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy odpada podstawa prawna spełnionych już świadczeń. W konsekwencji powinien zostać przywrócony stan rzeczy sprzed zawarcia umowy. Może to w szczególności nastąpić przez zwrot świadczeń otrzymanych przez strony. W przypadku umów o roboty budowlane, po wykonaniu prawa odstąpienia (czy to umownego czy ustawowego) nie jest możliwe przyjęcie takiego stanu, jakby umowa nigdy nie została zawarta. Wykonanie takiej umowy rodzi bowiem określone skutki, których zniweczyć się nie da. Podstawą wynagrodzenia za roboty wykonane do czasu odstąpienia jest więc art. 627 i 647 Kc. Ponieważ Zamawiający nie może zwrócić świadczenia otrzymanego w naturze, winien zwrócić mu wartość uzyskanych od niego i zatrzymanych robót budowlanych. Jest to ekwiwalent tej wartości, którą dla Zamawiającego przedstawiają wykonane prace, tj. jej część, którą wykonawca wykonał do daty odstąpienia od umowy. Dodatkowo, świadczenie pieniężne przysługujące wykonawcy (wynagrodzenie) także jest podzielne, gdyż kwoty za materiały, urządzenia i konstrukcje są znane Zamawiającemu chociażby na mocy § 3 ust. 9 oraz ust. 20-22 WU. Należna wykonawcy kwota winna więc być wyliczona jako część ustalonego przez strony

wynagrodzenia ryczałtowego, równoważna do wartości wskazanych materiałów, urządzeń i konstrukcji, w jakiej wykonawca je zakupił do dnia odstąpienia.

Odwołujący zaznaczył, że zdecydowana większość materiałów, urządzeń czy konstrukcji jest wyprodukowana pod konkretne zamówienie. Materiały, urządzenia czy konstrukcje są wynikiem dzieła stworzonego przez projektantów, obowiązujących norm i również ukształtowania terenu. Są to więc materiały zindywidualizowane. W związku z tym, w przypadku w którym któraś ze stron odstąpi od umowy, to wykonawca nie będzie w stanie wykorzystać tych materiałów, urządzeń czy konstrukcji na innym kontrakcie. Przykładowo, bramki trakcyjne są konstrukcją dedykowaną pod konkretny układ torowy na stacji. W przypadku pozostawienia postanowień umowy w pierwotnym brzmieniu, wykonawca poniesie szkodę, której naprawy nie będzie mógł dochodzić zgodnie z umową, co narazi go na dodatkowe koszty sprawy sądowej.

Ponadto Odwołujący podniósł, skoro w § 3 ust. 24 WU Zamawiający oczekuje, aby urządzenia lub materiały, które zostaną dostarczone przez wykonawcę na jego teren lub magazyn będą stanowić jego własność, to nie wiadomo, dlaczego po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu, ma mieć prawo odmówić przejęcia na własność tych urządzeń, materiałów i konstrukcji.

Zarzut nr 13

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 40 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 9 i 10 oraz Załącznik nr 11 WU wprowadził następujące wymagania dla umów konsorcjum lub innych o podobnym charakterze:

Jeżeli Wykonawcą są podmioty wspólnie wykonujące Umowę związane umową konsorcjum (lub inną umową o podobnym charakterze, w tym umową o współpracy), to:

3) Wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum, zobowiązani są do przedstawienia kopii umowy konsorcjum (lub innej umowy o podobnym charakterze, w tym umowy o współpracy) wraz ze szczegółowym podziałem zadań wynikającym z umowy konsorcjum, określonym w odrębnym załączniku do umowy konsorcjum, w tym zawierającej informacje, za wykonanie jakich Robót w ramach Umowy odpowiada każdy z uczestników Konsorcjum. Podmioty, wchodzące w skład Konsorcjum, powiadomią Zamawiającego o swoim partnerze wiodącym (Liderze), który będzie dysponował nieodwołalnym pełnomocnictwem (wzór pełnomocnictwa określony w załączniku nr 11 do Umowy) do podejmowania decyzji wiążących Wykonawcę, w szczególności, któremu pozostałe podmioty wchodzące w skład Konsorcjum udzielą pisemnego pełnomocnictwa do:

a) przyjmowania w ich imieniu wszelkich oświadczeń woli lub wiedzy (nawet, jeżeli interesy Lidera i mocodawcy będą ze sobą sprzeczne), pochodzących od Zamawiającego, których

potrzeba złożenia przez Zamawiającego może powstać w związku z zawarciem i wykonywaniem Umowy,

b) składania w ich imieniu wszelkich oświadczeń woli lub wiedzy (nawet, jeżeli interesy Lidera i mocodawcy będą ze sobą sprzeczne), których potrzeba złożenia może powstać w związku z zawarciem i wykonaniem Umowy,

c) wystawiania faktur i odbioru wynagrodzenia wynikającego z Umowy,

d) reprezentowania wszystkich członków Konsorcjum w czynnościach wykonywanych w związku z zawarciem i wykonaniem Umowy,

e) podpisywania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum wszelkich dokumentów związanych z zawarciem i wykonaniem Umowy

- powyższe wyszczególnienie nie wyłącza możliwości udzielenia przez członka Konsorcjum szczególnego pełnomocnictwa do szerszego zakresu działania Lidera Konsorcjum. Pełnomocnictwo, o którym mowa w niniejszym ustępie, podlega zmianom zgodnie z zasadami zmiany Umowy.

4) Lider Konsorcjum jest uprawniony do dokonywania w imieniu pozostałych członków Konsorcjum zmian Umowy w zakresie dotyczącym terminów, zakresu i sposobu jej realizacji, w tym także wynagrodzenia Wykonawcy, przy czym zmiana może dotyczyć każdego z członków Konsorcjum oddzielnie, jak i wszystkich łącznie. Lider Konsorcjum uprawniony jest do dokonywania w imieniu pozostałych członków Konsorcjum zmian Umowy po wcześniejszym uzyskaniu oświadczenia o wyrażeniu zgody na zmianę Umowy od każdego z członków Konsorcjum, złożonego w formie pisemnej;

5) Lider Konsorcjum, po wcześniejszym uzyskaniu oświadczenia o wyrażeniu zgody na odstąpienie od Umowy od każdego z członków Konsorcjum jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w imieniu pozostałych członków Konsorcjum. Zamawiający jest uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Liderowi Konsorcjum, w wyniku czego oświadczenie wywołuje skutek prawny w stosunku do wszystkich członków Konsorcjum;

9) w przypadku, gdy, po stronie Lidera Konsorcjum zaistniały problemy finansowe, w szczególności stan niewypłacalności, podmioty wchodzące w skład Konsorcjum zobowiązane są powiadomić Zamawiającego o przedmiotowym fakcie i dokonać zmiany Lidera Konsorcjum. W okolicznościach opisanych w poprzednim zdaniu Zamawiający może zapłacić umówione wynagrodzenie na rachunek bankowy wskazany na fakturze przez podmiot reprezentujący wszystkich członków Konsorcjum, zgodnie z posiadanym pełnomocnictwem, w wyniku czego zobowiązanie do zapłaty umówionego wynagrodzenia

wygaśnie względem wszystkich podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum - solidarność wierzycieli, prowadzi to do spełnienia świadczenia przez Zamawiającego;

10) podmioty wchodzące w skład Konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wypłatę należnego Podwykonawcom wynagrodzenia, niezależnie od tego, który z członków Konsorcjum zawarł z takim Podwykonawcą Umowę o podwykonawstwo;”

Odwołujący podniósł, że Zamawiający może kreować umowę konsorcjum wyłącznie w zakresie: 1) solidarnej odpowiedzialności za realizację danego zamówienia (art. 445 ust. 1) oraz 2) wynikającego z niej podziału obowiązków wykonawców przez pryzmat złożonej przez nich oferty (art. 60 lub art. 117). Szerszego uprawnienia nie daje Zamawiającemu nawet art. 58 ustawy Pzp. Co więcej, zgodnie z art. 58 ust. 3 Pzp zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykładnia literalna oraz celowa tego przepisu pozwala na postawienie wniosku, że forma umowy (więc również jej treść) zleży od wyboru wykonawców. W związku z tym zaskarżone postanowienia WU, nakazujące zawarcie konkretnych postanowień do umowy konsorcjum czy wprowadzające wzór pełnomocnictwa są niedopuszczalne. Takie postanowienia naruszają swobodę kontraktowania umów konsorcjum przez wykonawców.

Ponadto Odwołujący podniósł, Zamawiający nie może narzucać przyjęcia przez członków konsorcjum odpowiedzialności solidarnej wobec podwykonawców pozostałych członków konsorcjum. W zależności od przyjętej formy współpracy wykonawców, każdy z partnerów powinien odpowiadać za zakres swoich prac. W takim przypadku każdy z członków niezależnie i odrębnie podpisuje umowy ze swoimi podwykonawcami, za których zobowiązania pozostali członkowie konsorcjum nie odpowiadają. Ta zasada wynika z art. 474 Kc, zgodnie z którym dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Z powyższego wynika, że wykonawca (partner konsorcjum) może odpowiadać tylko za zobowiązania wobec swoich zakontraktowanych podwykonawców.

Odnosząc się do narzuconej treści pełnomocnictwa na rzecz lidera konsorcjum Odwołujący wskazał przykładowo, że Lider byłby uprawniony do „podejmowania wiążących decyzji (...) w szczególności lecz nie wyłącznie do: (...) d) (...) uzgadniania z Zamawiającym zakresu zmian Umowy, prowadzenie negocjacji w celu zawarcia ugody w postępowaniach mediacyjnych i zavezwań do próby ugodowej oraz podpisywania bez dodatkowej zgody Mocodawców aneksów zawierających takie zmiany Umowy”. Nie tylko, że zakres uprawnień jest nieograniczony (katalog otwarty i nie określony), to uprawnienia lidera wykraczałyby

zatem poza zakres normalnych zwykłych czynności o jakim mowa w art. 865 § 2 zdanie pierwsze Kc (w związku z brakiem szczegółowych przepisów odnoszących się do umowy konsorcjum, ze względu na podobieństwa tych stosunków prawnych, w orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się że odpowiednie zastosowanie mają przepisy dotyczące spółek cywilnych). We wzorze pełnomocnictwa, brakuje zatem zastrzeżenia, który odpowiadałby regulacji art. 865 § 2 zdanie drugie k.c. Zapis powinien precyzować, że w przypadku sprzeciwu jednego z partnerów konsorcjum, potrzebna jest uchwała konsorcjum, ewentualnie. dla podjęcia czynności lub złożenia oświadczenia woli przez Lidera, potrzebna jest uprzednia zgoda wyrażona przez wszystkich partnerów na piśmie pod rygorem nieważności. Gdyby przyjąć, że przepisy Kc dotyczące spółek cywilnych nie obowiązują dla umowy konsorcjum, to brak takiego dopisku o uprzedniej zgodzie powoduje, że prawo lidera nadane mu mocą pełnomocnictwa ze wzoru załącznika nr 11 będzie nieważne w stosunku do wykonawców zawierających umowę spółki cywilnej, co doprowadzi do braku równego traktowania wykonawców (spółki cywilne będą uprzywilejowane względem konsorcjum, którego zasada uprzedniej zgody nie będzie obowiązywać).

Odwołujący podniósł, że treść § 40 WU powinna odnosić się jedynie do: (1) obowiązku złożenia przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców (art. 59 ustawy Pzp), (2) wymagania solidarnej odpowiedzialności za realizację umowy (art. 445 ust. 1 ustawy Pzp) oraz (3) wynikającego z niej podziału obowiązków wykonawców przez pryzmat złożonej przez nich oferty (art. 60 lub art. 117 ustawy Pzp).

Zarzut nr 14

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt 3.7.3.1 PFU (tabela str. 47 i nast.) oczekuje od wykonawcy wykonania robót m.in. w zakresie:

Dla wiaduktu w km 73,244 (pozycja 6 tiret 4 tabeli):

- Wzmocnienie obiektu w celu uzyskania nacisku 221 kN/oś. Dla wiaduktu w km 73,725 (pozycja 7 tiret 3 tabeli):

- Wzmocnienie (w razie konieczności) przęsła stalowego, Dla mostu w km 101,084 (pozycja 16 tiret 4 i 5 tabeli):

- Wykonanie wymiany elementów skorodowanych,

- O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice).

Dla mostu w km 104,244 (pozycja 24 tiret 4 i 5 tabeli):

- Wykonanie wymiany elementów skorodowanych,

- O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice).

Odwołujący podniósł, że są to zakresy, których wykonawca nie jest w stanie wycenić na etapie oferty. Wykonanie analizy, która umożliwi ocenę zakresu i kosztów robót, zostało przewidziane przez Zamawiającego w PFU pkt. 3.2.1 Badania obiektów inżynierskich, dopiero na etapie realizacji zamówienia. Dopiero na etapie realizacji zamówienia będzie bowiem możliwe dokonanie wnikliwej, szczegółowej analizy aktualnego stanu konstrukcji obiektów i ustalenie zakresu i kosztu prac związanych ze wzmocnieniem i wymianą elementów skorodowanych.

Odwołujący podkreślił, że w dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego brak jest informacji umożliwiających określenie, czy nawet oszacowanie zakresów ww. robót do wykonania. Zamawiający nie wskazał wprost ilości i tonażu elementów do wymiany oraz koniecznego zakresu wzmocnienia. Wykonawca bez przeprowadzania szczegółowych badań, obliczeń wytrzymałościowych i sporządzania ekspertyz, których wykonania Zamawiający oczekuje dopiero na etapie realizacji zamówienia, nie jest w stanie w sposób rzetelny ocenić czy też nawet oszacować, które elementy konstrukcji będą konieczne do wymiany oraz w jakim zakresie należy wzmocnić konstrukcje obiektów. Wady i ubytki elementów konstrukcji stalowych będą możliwe do określenia dopiero po jej gruntowym oczyszczeniu i zinventaryzowaniu.

Ponadto Odwołujący podniósł, że powyższe postanowienia PFU pkt 3.7.3.1 stoją w sprzeczności z pkt 3.7.3, ust. 1 pkt 1, gdyż na podstawie aktualnego stanu technicznego obiektów określonego w PFU oraz na podstawie materiałów udostępnionych przez Zamawiającego, dla ww. pozycji nie jest możliwe ustalenie zakresów i kosztów robót do wykonania.

Zarzut nr 15

Odwołujący wskazał, że w Tomie IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) Zamawiający podał dla obiektów wymienionych w pozycjach 2.1 M.6., 2.1 M.7, 2.1 M.16, 2.1 M.18, 2.1 M.24 opis pozycji rozliczeniowych: oczyszczenie, wzmocnienie, przebudowa.

Zdaniem Odwołującego opis ten jest niejednoznaczny i niespójny z zapisami PFU. W odniesieniu do wzmocnienia Odwołujący wyjaśnił powyżej, że na etapie kalkulacji oferty nie jest możliwe oszacowanie kosztów i zakresu robót w tym zakresie. W odniesieniu do przebudowy Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami tabeli w pkt. 3.7.3.1. PFU (str. 47 i nast.) dla wskazanych obiektów Zamawiający w ogóle nie przewidział przebudowy. W dokumentacji przetargowej brak jest podstaw pozwalających na ustalenie zakresu

i dokonanie kalkulacji kosztów związanych z przebudową obiektów wymienionych w ww. pozycjach.

Odwołujący podniósł, że to, czy i w jakim zakresie obiekt będzie musiał podlegać przebudowie lub wzmocnieniu, jest niemożliwie do określenia na etapie składania oferty. Dopiero po oczyszczeniu konstrukcji z powłok antykorozyjnych wykonawca będzie w stanie dokładnie określić zakres uszkodzeń mechanicznych elementów stalowych lub spowodowanych korozją, a tym samym zakres i koszt robót związanych ze wzmocnieniem lub przebudową.

Zarzut nr 16

Odwołujący wskazał, że w Tomie IV SWZ (RCO) Zamawiający podał dla obiektów wymienionych w pozycjach 2.1 M.11, 2.1 M.14 opis pozycji rozliczeniowych: oczyszczenie, przebudowa.

Zdaniem Odwołującego opis ten jest niejednoznaczny i niespójny z zapisami PFU. Zgodnie z zapisami tabeli w pkt. 3.7.3.1. PFU dla wskazanych obiektów zamawiający nie przewidział przebudowy. W dokumentacji przetargowej brak jest podstaw pozwalających na ustalenie zakresu i dokonanie kalkulacji kosztów związanych z przebudową obiektów wymienionych w ww. pozycjach.

Zarzut nr 17

Odwołujący wskazał, że w PFU pkt 3.7.10 Elektroenergetyka trakcyjna, punkt 2 tabeli (str. 67, Stacja Wałbrzych Główny) Zamawiający, w związku z przebudową obiektów inżynierskich w km 78,658 i 80,480, wymaga wykonania prac dla stacji Wałbrzych Główny polegających na przebudowie i regulacji sieci trakcyjnej.

Odwołujący podniósł, że w dokumentacji przetargowej i materiałach udostępnionych przez Zamawiającego brak jest informacji umożliwiających określenie, czy nawet oszacowanie ww. zakresów robót do wykonania a tym samym ich kosztów. Zamawiający nie wskazał ilości i zakresu koniecznego do wykonania, tak jak np. zrobił to dla pozostałych zakresów robót trakcyjnych opisanych w pkt. 1 i 3 ww. tabeli, np. dla punktu 1:

Biorąc po uwagę powyższe, Odwołujący wniósł o jednoznaczne określenie w pkt 2 tabeli zakresu robót przebudowy i regulacji sieci trakcyjnej w związku z przebudową obiektów inżynierskich w km 78,659 i 80,480, w szczególności w zakresie określenia liczby, odcinka lub konkretnych lokat słupów przeznaczonych do wymiany oraz wymagań w stosunku do przewodów jezdnych, tj. wymiany lub przecinania i łączenia, ich parametrów po ewentualnej wymianie, sposobu zakotwienia itd. analogicznie jak dla pozostałych pozycji tabeli.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 2 ustawy Pzp, jest bowiem organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy, a odwołanie dotyczy dokumentów zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: Budimex S.A., Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o., STRABAG Sp. z o.o. oraz TORPOL S.A. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut oznaczony w odwołaniu numerem 10, w pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla wykonawców treści opisu przedmiotu zamówienia lub postanowień przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Nawet w sytuacji, gdy zaskarżone postanowienia dokumentów zamówienia mogłyby być sformułowane lepiej pod kątem racjonalności czy celowości lub być mniej restrykcyjne dla wykonawców, to jeśli nie stoją one w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, odwołanie nie może zostać uwzględnione. Legalność jest bowiem jedynym kryterium oceny stosowanym przez Izbę w postępowaniu odwoławczym. Inne aspekty mogą podlegać określonym konsultacjom z uczestnikami rynku (przykładowo w ramach takiego rodzaju przedsięwzięć, jak wskazane przez Zamawiającego Forum Inwestycyjne). Wypracowywaniu optymalnych rozwiązań nie służy natomiast postępowanie odwoławcze, które jest wyłącznie środkiem eliminacji działań naruszających przepisy ustawy i w tym właśnie aspekcie mogły być ocenione podniesione w rozpoznawanej sprawie zarzuty.

Zaznaczyć przy tym należy, że niezasadne jest powoływanie się w postępowaniu odwoławczym na naruszenia polegające na przekroczeniu zasady swobody umów (art. 353(1) Kc) czy nadużycie prawa (art. 5 Kc) w każdym przypadku, gdy postanowienia dokumentów zamówienia, w szczególności projektowanych postanowień umowy, są z punktu widzenia wykonawców niesatysfakcjonujące. Powołaniu się na powyższe przepisy musi towarzyszyć wykazanie skonkretyzowanych okoliczności świadczących o wypełnieniu przez zaskarżone postanowienia określonych w tych przepisach klauzul generalnych.

W ocenie Izby zarzuty odwołania (z wyjątkiem zarzutu nr 10) nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy treści korzystniejszej dla wykonawców.

Ad 1

Izba ustaliła, że zgodnie z § 3 ust. 4 WU: *Wynagrodzenie stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu przepisu art. 632 Kodeksu cywilnego, za wykonanie przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 9 (zmiana wynagrodzenia wynikająca ze zmiany Umowy), § 10 i § 11 (zmiana wynagrodzenia wynikająca z waloryzacji), innych przypadków, kiedy w treści Umowy przewidziano zapłatę za dodatkowy Koszt, pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O”, które będą rozliczane zgodnie z obmiarem. Oznacza to, że Wykonawca, poza przypadkami określonymi w Umowie oraz w u.p.z.p., nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub Kosztu Robót do zgodnego z Umową i Prawem wykonania całości przedmiotu Umowy (...).* Zgodnie natomiast § 10 ust. 5 WU: *W zakresie, w którym zmiana Wynagrodzenia nie jest objęta postanowieniami niniejszej Umowy, będzie się uważało, że Wynagrodzenie uwzględnia wzrosty lub spadki cen. Powyższe nie oznacza wyłączenia waloryzacji wynikającej z Kodeksu cywilnego. (...)*

Zauważenia wymaga, że Odwołujący, formułując tezę o wyłączeniu zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego umożliwiających sądową zmianę umowy, w tym zmianę wynagrodzenia wykonawcy, powołał się na § 3 ust. 4 WU, pominał jednak treść § 10 ust. 5 WU, w którym wprost wskazano na brak wyłączenia waloryzacji wynikającej z Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że na podstawie obecnego brzmienia postanowień umowy wykonawca będzie uprawniony do sądowego dochodzenia zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 357(1) § 1, art. 358(1) § 3 czy art. 632 § 2 Kc – wszystkie te przepisy stanowią bowiem w określonych okolicznościach podstawę do zmiany wynagrodzenia (waloryzacji).

Za niezasadne należy uznać prezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy tezy, jakoby Zamawiający mógł na etapie realizacji umowy podnosić, że w § 10 ust. 5 WU

jest mowa o waloryzacji przewidzianej w Pzp, a nie o zmianie wynagrodzenia na podstawie Kc. Teza ta jest oczywiście nietrafna, biorąc pod uwagę, że w postanowieniu tym literalnie wskazano na waloryzację (tj. dostosowanie wynagrodzenia do nowej sytuacji) przewidzianą przepisami Kc.

Wobec powyższego zarzut – jako niemający oparcia w brzmieniu postanowień umowy – należy uznać za niezasadny.

Ad 2 i 3

Izba ustaliła, że w § 3 ust. 22 WU:

22. Płatność za Urządzenia lub Materiały, o których mowa w ust. 20, będzie równoważna 80% kosztów wynikających z faktury przedstawionej przez Wykonawcę (bez VAT), biorąc pod uwagę dokumenty wymienione w ust. 21 i wartość tych Materiałów lub Urządzeń. Pozostałe 20 % wartości tych Materiałów lub Urządzeń, wynikające z faktury przedstawionej przez Wykonawcę, będzie zapłacone po dokonaniu Odbioru częściowego przedmiotu Umowy obejmującego zabudowę wskazanych Materiałów lub Urządzeń (płatność wg protokołu Odbioru częściowego). Łączna płatność, poświadczona na warunkach określonych w ust. 21, nie może w żadnym momencie realizacji Umowy przekroczyć 25% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w ust. 2. Limit ten może być ponownie wykorzystany po wbudowaniu Materiałów lub Urządzeń.

Zgodnie z § 3 ust. 24 WU (po zmianie z 16 lutego 2023 r.):

24. W sytuacji, gdy Urządzenia lub Materiały zakupione przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami powyżej, mają zostać dostarczone w miejsce inne niż Teren Budowy, uzgodnione i zaakceptowane przez Inżyniera w formie pisemnej, Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania od podmiotów przechowujących wyżej wskazane Urządzenia lub Materiały pisemnego oświadczenia, zgodnie z którym: (...)

3) podmiot przechowujący zobowiązuje się odmówić Wykonawcy dostępu do przechowywanych Urządzeń lub Materiałów na żądanie Zamawiającego, w tym na żądanie uprawnionego pracownika Zamawiającego legitymującego się pełnomocnictwem;

4) podmiot przechowujący nie będzie kierować do Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń związanych z umową łączącą podmiot przechowujący z Wykonawcą, z wyłączeniem ewentualnych roszczeń, które mogą mu przysługiwać w stosunku do Zamawiającego na podstawie u.p.z.p. z tytułu obowiązku bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom, Dalszym Podwykonawcom (w przypadku spełnienia przesłanek do dokonania bezpośredniej zapłaty, wynikających z u.p.z.p.),

5) w przypadku jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Wykonawcy podmiot przechowujący zrzeka się uprawnienia do skorzystania z prawa zastawu na Urządzeniach lub Materiałach przez niego przechowywanych.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, co obejmuje zabudowanie materiałów i urządzeń wymienionych w § 3 ust. 20 WU. Przedmiotem umowy nie jest natomiast sam zakup materiałów i urządzeń, które stanowią jedynie środek do osiągnięcia celu zamówienia, a nie jego cel.

Następnie wskazać należy, że w świetle przepisów ustawy Pzp oraz Kc, zapłata za materiały i urządzenia użyte do robót budowlanych mogłaby nastąpić po zakończeniu tych robót, do których wykonania materiały i urządzenia były potrzebne. Obowiązek zapłaty za materiały bezpośrednio po ich dostarczeniu na plac budowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika z art. 647 Kc, który stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przepis ten określa więc essentialia negotii umowy o roboty budowlane i wskazuje, że obowiązkiem inwestora jest m.in. zapłata umówionego wynagrodzenia. Ponadto, zgodnie z art. 654 Kc, w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, co oznacza, że obowiązek zapłaty wynagrodzenia (w tym obejmującego koszty zakupu materiałów potrzebnych do wykonania robót) co do zasady aktualizuje się po zakończeniu poszczególnych części robót. Należy więc stwierdzić, że nie ma prawnych przeszkód, aby część wynagrodzenia za materiały i urządzenia została zapłacona dopiero po wbudowaniu tych materiałów i urządzeń. Takie ukształtowanie zasad wypłaty wynagrodzenia jest też, z punktu widzenia Zamawiającego, racjonalnym środkiem mającym zabezpieczać prawidłowe wbudowanie materiałów i urządzeń, które przecież służą do wykonania robót budowlanych, nie stanowią zaś same w sobie istoty zamówienia. Wykonawca natomiast, jeżeli zakłada wcześniejszy zakup materiałów, ma zarówno możliwość, jak i obowiązek uwzględnienia w cenie oferty kosztów związanych z ich zakupem oraz z zapewnieniem placów składowych, magazynów, kosztów transportu, zabezpieczenia przed kradzieżą oraz zniszczeniem, ubezpieczenia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że taki sposób zapłaty za materiały i urządzenia jest bardziej korzystny dla wykonawców, niż byłby dopuszczalny w świetle

obowiązujących przepisów. Jednocześnie stanowi on dla Zamawiającego rodzaj zabezpieczenia tego, że materiały i urządzenia te zostaną wbudowane, gdyż to rezultat końcowy robót ma dla Zamawiającego znaczenie.

Jeśli chodzi o prawa i obowiązki związane z przechowywaniem materiałów i urządzeń przez podmioty trzecie, należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający zmienił § 3 ust. 24 WU, odnosząc te postanowienia do sytuacji, gdy urządzenia lub materiały zakupione przez wykonawcę mają zostać dostarczone w miejsce inne niż teren budowy.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia są uzasadnione koniecznością ochrony słusznym interesów Zamawiającego, który dokona zapłaty za 80% ceny materiałów i urządzeń jeszcze przed ich wbudowaniem i zgodnie § 3 ust. 24 WU stanie się ich właścicielem. Zasadne jest zatem zapewnienie sobie przez Zamawiającego wpływu na treść umowy z podmiotem, który je przechowuje.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że wykonawca nie jest zobowiązany do wcześniejszego zakupu materiałów i urządzeń – może je bowiem kupić bezpośrednio przed wbudowaniem. Jeżeli natomiast skorzysta z możliwości wcześniejszego zakupu i zdecyduje się je przechowywać poza terenem budowy, to powinien tak wybrać kontrahentów, którzy to przechowanie będą realizować, aby zapewnić realizację uprawnień Zamawiającego.

Izba nie podziela przy tym stanowiska, jakoby zaskarżone postanowienia były ingerencją w treść umowy podwykonawczej. Zgodnie z art. 7 pkt 27 ustawy Pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia. W ocenie Izby przechowywanie materiałów i urządzeń przed podmiot trzeci trudno uznać za podwykonawstwo w świetle powyższej definicji – podmiot taki nie będzie wykonywać części zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzuty nr 2 i 3 nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 4

Izba ustaliła, że zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 WU:

Przedmiot Umowy, Wykonawca wykona zgodnie z terminami określonymi w Umowie, w terminach wskazanych w HRF, a w szczególności w niżej wskazanych terminach nastąpi:

(...) 2) *Złożenie przez Wykonawcę kompletnego wniosku/wniosków o zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych, zgodnie z Ustawą o transporcie kolejowym – nie dłużej niż w ciągu 26 miesięcy od daty zawarcia Umowy.*

Zgodnie z § 4 ust.3 pkt 5 i 6 WU:

Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach: (...) 5) Etap 5 – 730 dni od dnia zawarcia Umowy – zakończenie robót budowlanych 6) Etap 6 – 26 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie i rozliczenie Umowy.

Nie jest sporne między stronami, że w świetle ustalonych przez Zamawiającego terminów, uzyskanie certyfikatu weryfikacji WE będzie konieczne w ciągu 2 miesięcy od zakończenia robót. Istotą sporu jest realność tak określonego terminu.

W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę, że – jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – zgodnie z punktem 5.2 PFU wykonawca zobowiązany będzie podjąć współpracę z jednostką notyfikowaną w sprawie Certyfikatu weryfikacji WE na samym początku procesu projektowania oraz poinformowania Prezesa UTK o podpisaniu umowy z jednostką notyfikowaną, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a po zakończeniu etapu projektowania, a przed przystąpieniem do realizacji robót, wykonawca pozyska pośrednie potwierdzenia weryfikacji podsystemów wydane przez jednostkę notyfikowaną oraz jednostkę wyznaczoną.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że wywiązując się z powyższych obowiązków wykonawca nie będzie miał możliwości uzyskania certyfikacji w terminie 2 miesięcy. Jedynym dowodem przedstawionym przez Odwołującego jest wykres sporządzony na podstawie jednego, wybranego kontraktu (LSC Konin), z którego wynika, że certyfikacja nastąpiła po 6 miesiącach od uzyskania certyfikatu pośredniego, czyli od momentu zakończenia robót. Nie wiadomo jednak, jakie były szczegółowe uwarunkowania tej inwestycji, w tym terminy pośrednie oraz zakres certyfikacji. Zamawiający natomiast przedstawił trzy umowy o świadczenie usług certyfikacji, z których wynika, że termin dwumiesięczny jest terminem realnym. Nawet jeśli można mieć wątpliwości, czy umowa została wykonana i czy doszło do odbioru robót, to wskazać należy, że po pierwsze ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który powinien wykazać brak możliwości uzyskania certyfikatu w ciągu dwóch miesięcy, po drugie, nawet uwzględniając powyższe wątpliwości należy stwierdzić, że umowy złożone przez Zamawiającego mają większą wartość dowodową niż sporządzony przez Odwołującego wykres dotyczący jednej inwestycji.

W związku z powyższym zarzut należało uznać za niezasadny.

Ad 5

Izba ustaliła, że zgodnie z § 9 ust. 4 WU:

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 o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy, w tym gestorów sieci, takie jak:

1) opóźnienia w wydaniu przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane lub które Wykonawca ma obowiązek pozyskać na mocy postanowień SWZ lub przepisów Prawa, 2

2) odmowy wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. Za odmowę, o której mowa powyżej, Strony będą również uważały odmowę lub trudności w pozyskiwaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane związane z okolicznościami niezależnymi od Wykonawcy,

3) nałożenia przez ww. organy dodatkowych czynności, wymogów, obowiązków itp. nieprzewidzianych uprzednio w SWZ,

– jeżeli okoliczności te nie będą wynikały z niedochowania przez Wykonawcę należytej staranności, możliwa jest zmiana terminów realizacji Umowy lub Etapów, o okres wynikający z opisanych wyżej okoliczności.

Z powyższych postanowień wynika, że w sytuacji, gdy działania lub zaniechania innych organów nie będą wynikały z niedochowania przez wykonawcę należytej staranności, możliwa jest zmiana terminów realizacji umowy lub etapów, co oznacza, że wykonawca nie wykonawca w takim przypadku nie będzie ponosił negatywnych konsekwencji związanych z terminami realizacji zamówienia. Nie jest więc tak, że na wykonawcę zostało przerzucone całe ryzyko związane z działaniem lub zaniechaniem organów. Jednocześnie zgodnie z § 14 ust. 24 WU: *Jeśli jednak niewydanie lub opóźnienie w wydaniu decyzji lokalizacyjnej lub wystąpienie w niej błędów było niezawinione przez Wykonawcę to w przypadku poniesienia przez Wykonawcę dodatkowego Kosztu lub opóźnienia w realizacji Robót, Wykonawca powiadomi Inżyniera, a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9.* Jeśli zatem dojdzie do opóźnienia w uzyskaniu decyzji ULLK to wykonawca będzie uprawniony zarówno do zmiany terminu realizacji, jak i do zapłaty z tytułu poniesionych w związku z tym z tym kosztów.

Nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego o opóźnieniach w działaniu organów administracji spowodowanej pandemią Covid-19. Wbrew twierdzeniom

Odwołującego nie występują obecnie ograniczenia w funkcjonowaniu obiektów i urzędów administracji rządowej i samorządowej, nie ma także informacji o przewidywanym powrocie do jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie.

Ponadto Izba wskazuje, że nie sposób uznać, iż zaskarżone postanowienia stoją w sprzeczności ze wskazanym przez Odwołującego art. 471 Kc. Przepis ten stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zauważenia wymaga, że objęte zarzutem postanowienia dotyczą działań lub zaniechań organów innych niż Zamawiający, nie ma więc podstaw twierdzić, że odnoszą się one do sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania przez Zamawiającego zobowiązania, które powinno skutkować jego odpowiedzialnością odszkodowawczą na podstawie art. 471 Kc.

Ad 6

Izba ustaliła, że zgodnie z § 12 WU (po zmianach z 16 lutego 2023 r.):

- 1. Jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do zmiany Umowy na podstawie okoliczności wskazanych w Umowie lub Prawie oraz w zakresie w nich określonym, zobowiązany jest do przekazania Inżynierowi pisemnego wniosku dotyczącego zmiany Umowy wraz z opisem zdarzenia lub okoliczności, stanowiących podstawę takiej zmiany. Postanowienia niniejszego paragrafu nie dotyczą waloryzacji, o której mowa w § 10 i § 11. 2.*
- 2. Wniosek, o którym mowa w ust. 1 będzie złożony najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 30 Dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności, a jeżeli zmiana Umowy ma dotyczyć również zmiany Wynagrodzenia netto, wniosek o którym mowa powyżej zostanie przez Wykonawcę złożony nie później niż 45 Dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. W przypadku niezłożenia przez Wykonawcę w terminie wniosku, o którym mowa w niniejszym paragrafie, roszczenie, o którym mowa w ust. 1, dochodzone na podstawie postanowień Umowy, wygasa. (...)*
- 5. Gdy zdarzenie lub okoliczność, dające podstawę do zmiany Umowy, ma działanie ciągłe, to: (...)*
- 3) Wykonawca winien przesłać ostateczny wniosek dotyczący zmiany Umowy w ciągu 30 Dni od ustania zdarzenia lub okoliczności kwalifikowanej jako przejściowa, a jeżeli ostateczny wniosek o zmianę Umowy ma dotyczyć również zmiany Wynagrodzenia netto, to wniosek, o którym mowa powyżej, zostanie przez Wykonawcę złożony nie później niż 45 Dni od ustania zdarzenia lub okoliczności kwalifikowanej jako przejściowa lub w innym terminie, który zostanie zatwierdzony przez Inżyniera na wniosek Wykonawcy. W przypadku*

niezłożenia przez Wykonawcę wniosku, w terminie o którym mowa w niniejszym punkcie, roszczenie, o którym mowa w ust. 1, dochodzone na podstawie postanowień Umowy, wygasa.

Odwołanie jest oparte na błędnej – zdaniem Izby – tezie, że zaskarżone postanowienia WU, nakładające na wykonawcę obowiązek złożenia wniosku o zmianę umowy we wskazanym przez Zamawiającego terminie, stanowią zmianę wynikających z Kodeksu cywilnego terminów przedawnienia roszczeń.

Nie ulega wątpliwości, że terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną. Powyższe wynika wprost z art. 119 Kc. Odwołujący jednak bezpodstawnie utożsamia określony przez Zamawiającego termin wygaśnięcia umownego roszczenia o zmianę umowy ze zmianą terminów przedawnienia roszczeń dochodzonych na podstawie Kodeksu cywilnego, podczas gdy umowna procedura rozpatrywania roszczeń nie wpływa (i nie może wpływać) na skrócenie terminów przedawnienia określonych w powszechnie obowiązujących przepisach i możliwość dochodzenia roszczeń na zasadach ogólnych. Postanowienie § 12 WU określa jedynie zawite terminy na dokonanie przez wykonawcę aktów staranności w postaci zawiadomienia Zamawiającego o wystąpieniu podstaw do zmiany umowy, w tym zmiany wynagrodzenia. Przekonująca jest przy tym argumentacja Zamawiającego, który potrzebę określenia procedury zgłaszania i rozpatrywania roszczeń wyjaśniał skalą udzielanego zamówienia publicznego i związaną z tą koniecznością uporządkowania i usprawnienia czynności związanych z roszczeniami wykonawcy.

W ocenie Izby, w świetle dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji z 16 lutego 2023 r. nie ma wątpliwości, że niedotrzymanie terminów na złożenie wniosku spowoduje wygaśnięcie umownego uprawnienia do żądania zmiany umowy, co literalnie wynika z § 12 WU. Nie zmienia to jednak faktu, że wykonawca będzie miał możliwość dochodzenia roszczeń na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem określonych w Kodeksie cywilnym okresów przedawnienia.

Zauważenia wymaga również, że Sąd Najwyższy w wyroku z 23 marca 2017 r. (V CSK 449/16) ocenił analogiczne postanowienia ujęte w Subklauzuli 20.1 FIDIC jako dopuszczalne. Sąd Najwyższy wskazał: *Brak podstaw do uznania, że w omawianej klauzuli chodzi o termin ograniczający dochodzenie roszczenia przed sądem, a więc o termin zbliżony do terminu przedawnienia. Nie wskazuje na to treść klauzuli ani przewidziany w niej skutek określony jako «zwolnienie zamawiającego z odpowiedzialności» za dodatkowe wynagrodzenie. Klauzula ta przewiduje zwolnienie zamawiającego z obowiązku zapłaty wykonawcy wynagrodzenia za roboty dodatkowe, jeżeli wykonawca nie zawiadomi go*

w określonym w umowie terminie o okolicznościach uzasadniających żądanie takiego wynagrodzenia. Jest to zatem sankcja utraty uprawnienia do dochodzenia od zamawiającego wynagrodzenia za dodatkowe prace, wynikająca z niedochowania przez wykonawcę umownego aktu staranności w postaci konieczności zawiadomienia drugiej strony w określonym terminie o okolicznościach uzasadniających jej odpowiedzialność za dodatkowe wynagrodzenia. Termin przewidziany w omawianej klauzuli jest zatem umownym terminem notyfikacyjnym, w czasie którego należy zawiadomić drugą stronę o określonych okolicznościach, pod rygorem utraty określonych uprawnień. Co do charakteru jest zbliżony do ustawowego terminu reklamacyjnego i aktu staranności przewidzianych m.in. w art. 563 § 1 k.c. (...) Wbrew odmiennemu stanowisku Sądów obu instancji należy zatem uznać, że strony mogły zastrzec w łączącej je umowie opartej na wzorcu umownym FIDIC klauzulę 20.1 zawierającą umowny termin zawity do dokonania aktu staranności zawiadomienia przez wykonawcę zamawiającego o okolicznościach uzasadniających żądanie wynagrodzenia za roboty dodatkowe, pod rygorem utraty tego uprawnienia.

Ad 7

Izba ustaliła, że zgodnie z § 13 WU:

10. O ile SWZ nie stanowi inaczej, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać wszelkie zezwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty wymagane do wykonania Robót, jak również dla innych działań niezbędnych do realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności dostarczenia, usunięcia lub rozbiórki istniejącej infrastruktury lub jej elementów (w tym Urządzeń lub Materiałów). Wykonawca opracuje i złoży w tym celu wszelkie wymagane wnioski i inne dokumenty oraz w razie potrzeby wystąpi do Zamawiającego o wydanie stosownych pełnomocnictw. Koszty związane z wykonaniem powyższych obowiązków obciążają Wykonawcę chyba, że na skutek zmiany Umowy zakres powyższych obowiązków uległby zmianie. W takim przypadku Wykonawca, występując z wnioskiem, o którym mowa w § 12 uwzględni w kalkulacji zmiany wartości Wynagrodzenia netto, o której mowa w § 12 ust. 3 dodatkowe Koszty z tym związane. (...)

33. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić ochronę instalacji i urządzeń na powierzchni ziemi i instalacji podziemnych oraz ponosi odpowiedzialność za wszystkie szkody w istniejących lub mających powstać w granicach lub poza Terenem Budowy elementach infrastruktury, w tym nawierzchniach drogowych, rowach melioracyjnych, rurociągach, kablach elektrycznych, sieciach lub mediach, wszystkich rodzajów, budynkach i budowlach – wyrządzone przez niego lub Podwykonawcę w trakcie prowadzenia Robót. Wykonawca powinien je uwzględnić i postępować zgodnie ze szczegółowymi zapisami znajdującymi się w PFU, odnoszącymi się do takiej infrastruktury. Wykonawca niezwłocznie, na własny koszt

zobowiązany jest naprawić wszystkie szkody powstałe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (Personelu Wykonawcy) i – jeżeli to konieczne – przeprowadzić dalsze prace naprawcze zarządzane lub polecane przez Inżyniera.

Zdaniem Odwołującego powyższe postanowienia zawierają klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Powyższa teza Odwołującego jest niezasadna. Podkreślenia wymaga, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w związku z czym ostateczny zakres prac, a w konsekwencji niezbędnych do ich wykonania pozwoleń, wynikać będzie z przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych. W ocenie Izby Zamawiający określił w PFU oraz WU zezwolenia, decyzje, pozwolenia, itp., jakie wykonawca ma obowiązek (lub może mieć obowiązek) uzyskać, a określenie to jest na tyle precyzyjne, na ile pozwala zamówienie realizowane w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Profesjonalny wykonawca powinien być w stanie ustalić zakresu potrzebnych dokumentów i ujęcia związanych z tym kosztów w cenie ofertowej.

Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie przykładowe postanowienia, które określają zakres wymaganych dokumentów:

- pkt 3.3.3 PFU zawiera opis wymagań dotyczących wniosków o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego;
- pkt 3.4 PFU zawiera opis wymagań dotyczących uzyskania pozwolenia na użytkowanie, w tym z uwzględnieniem wymaganych dokumentów związanych z przepisami o ochronie środowiska czy też wynikających z prawa wodnego;
- pkt 3.5 PFU określa wymagania dotyczące operatu kolaudacyjnego;
- pkt 3.5.2 PFU określa wymagania dotyczące geodezyjnej dokumentacji powykonawczej.

Zamawiający nie może wykluczyć, że w zależności do przyjętych rozwiązań projektowych konieczne okaże się pozyskanie innych dokumentów, nieprzewidzianych na etapie udzielania zamówienia. Zauważenia wymaga jednak, że jeśli konieczność ta zaistnieje na skutek zmiany umowy, wykonawca uprawniony będzie do uwzględnienia tych dodatkowych kosztów w kalkulacji zmiany ceny.

Również w odniesieniu do § 13 ust. 33 WU nie sposób dopatrzeć się naruszenia art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższe postanowienie określa odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez wykonawcę lub podwykonawcę w trakcie prowadzenia robót, zatem

twierdzenie o ustanowieniu odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający jest oczywiście niezasadne.

Dalej zauważenia wymaga, że zgodnie z § 13 ust. 34 WU: *Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi inwestycjami przez Zamawiającego lub działającymi w jego imieniu i na jego rzecz Wykonawcami albo z strona 28 z 42 inwestycjami prowadzonymi przez inne podmioty, albo z infrastrukturą techniczną Zamawiającego lub innych podmiotów, które to kolizje albo infrastruktura były przewidziane w SWZ. Jeśli taka infrastruktura lub kolizje nie zostały przewidziane w SWZ, a została/y ujawniona/e na etapie realizacji Robót, w konsekwencji czego Wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie dodatkowy Koszt, to Wykonawca powiadomi Inżyniera, a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9. Ponadto § 13 ust. 35 WU stanowi: Zamawiającego obciąża ryzyko wzrostu kosztów Robót wywołanych koniecznością przebudowy urządzeń obcych (urządzeń z których Zamawiający nie korzysta lub nie są w posiadaniu Zamawiającego), które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej, a które zostały ujawnione na etapie wykonywania map do celów projektowych oraz uzgodnień innych dokumentów opracowywanych przez Wykonawcę (w tym ZUDP). Jeśli taka robota budowlana nie została przewidziana, a została ujawniona na etapie wykonywania map do celów projektowych lub uzgodnień dokumentacji wymaganej Umową (w tym ZUDP) w konsekwencji czego Wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie dodatkowy Koszt, to Wykonawca powiadomi Inżyniera, a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9.*

Powyższe oznacza, że w ramach ceny ofertowej wykonawca powinien wziąć pod uwagę tylko te elementy infrastruktury, które wynikały z dokumentacji przetargowej, natomiast jeśli dana infrastruktura nie była opisana w SWZ, to wykonawca będzie uprawniony do zmiany umowy. Izba podziela argumentację przedstawioną w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazał: (...) np. skoro nie określono istnienia kolizji z siecią wodociągową, kanalizacyjną lub gazową (pkt 3.7.13.1 PFU) to ich wykrycie skutkujące koniecznością usunięcia takich kolizji stanowić będzie podstawę do zmiany Umowy. Jeśli jednak będzie to kolizja z siecią „TK Telekom”, o której mowa w punkcie 3.7.13.2 PFU, to jej usunięcie będzie konieczne w ramach wynagrodzenia umownego. Powyższe znajdzie zastosowanie także do przyszłej infrastruktury. Jeśli bowiem w wyniku działań osób trzecich, przed przekazaniem wykonawcy placu budowy powstanie na jego terenie jakaś infrastruktura, to jej usunięcie będzie obowiązkiem Wykonawcy ale przysługiwać mu będzie z tego tytułu dodatkowe wynagrodzenie jako że nie była ona określona w PFU. Jednak zniszczenie takiej infrastruktury przez Wykonawcę lub jego

Podwykonawcę stanowić będzie ryzyko Wykonawcy i w takim przypadku znajdzie zastosowanie właśnie kwestionowane postanowienie Umowne.

W ocenie Izby w takim ukształtowaniu obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy nie można dopatrzeć się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa.

Ad 8

Izba ustaliła, że zgodnie z § 15 ust. 7 WU:

W przypadku, gdy osobom trzecim przysługuje tytuł prawny dający prawo do dysponowania do celów budowlanych nieruchomością, mającą stanowić Teren Budowy lub jego część, Wykonawca jest zobowiązany do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu uzyskania na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w rozumieniu art. 3 ust. 11 Prawa budowlanego, co obejmuje obowiązek uzyskania tytułu prawnego w sposób, jaki będzie wymagany zgodnie z SWZ do realizacji danej części Robót, a jeśli SWZ nie określa takiego sposobu (stosunek zobowiązaniowy, decyzja administracyjna), Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia Zamawiającemu tytułu prawnego do nieruchomości wynikającego z decyzji administracyjnej lub (tam gdzie jest to możliwe) ograniczonego prawa rzeczowego, przewidującego uprawnienia w tym zakresie. Po uzyskaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, Wykonawca jest zobowiązany do doprowadzenia, przy udziale Zamawiającego i Inżyniera, do przekazania mu przez osoby uprawnione, dostępu i możliwości użytkowania Terenu Budowy lub jego części obejmującej taką nieruchomość lub inne miejsce mające stanowić Teren Budowy, na zasadach opisanych powyżej. Powyższe dotyczy także nieruchomości o nieuregulowanym stanie prawnym w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1899 z późn. zm.). Jeżeli z SWZ nie będzie wynikać obowiązek pozyskania przez Wykonawcę w/w praw, to Wykonawca powiadomi Inżyniera, a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu przede wszystkim wskazać należy, że Zamawiający jest uprawniony do opisanego zakresu udzielanego zamówienia w sposób odpowiadający jego zapotrzebowaniu. Zaskarżone postanowienie dotyczy objęcia przedmiotem zamówienia również zapewnienia tytułu prawnego do nieruchomości mających stanowić teren budowy, jeśli zaistnieje taka potrzeba. W ocenie Izby nie ma prawnych przeszkód, aby również takie działania objąć udzielanym zamówieniem.

Jak wskazał Zamawiający, zakłada on, że co do zasady zakłada, że inwestycja zostanie zrealizowana w liniach rozgraniczających teren kolejowy, nie może jednak wykluczyć, że przyjęte przez wykonawcę rozwiązania projektowe doprowadzą do

konieczności wyjścia poza ten teren. W takiej sytuacji konieczne będzie pozyskanie tytułu prawnego do nieruchomości, co może być zlecone wykonawcy zamówienia.

W ocenie Izby nie ma podstaw do twierdzenia, że przeniesienie na wykonawcę obowiązku uzyskania prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, lub innego tytułu do nieruchomości jest sprzeczne z art. 647 Kc, który nakłada na inwestora obowiązek przekazania terenu budowy. Za dopuszczalne należy uznać, aby w ramach zamówienia zlecono wykonawcy podjęcie niezbędnych działań w celu uzyskania na rzecz Zamawiającego prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz zapewnienia Zamawiającemu tytułu prawnego do nieruchomości, w sytuacji, gdy wykonawca tak zaprojektuje inwestycję, że wyjdzie ona poza teren nieruchomości, do których Zamawiający ma obecnie tytuł prawny. Obowiązki w tym zakresie należy uznać za element umowy o charakterze zlecenia. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 kwietnia 2017 r. (V CSK 481/16) w odniesieniu do umowy o roboty budowlane: *Nie ma przeszkód, by w warunkach swobody umów przyjmujący zamówienie zobowiązał się też do wykonania na rzecz zamawiającego jakichś czynności charakterystycznych dla zlecenia, czy świadczenia usług.*

Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

Ad 9

Izba ustaliła, że zgodnie z § 28 ust. 5 WU, nie będą naliczane łącznie kara umowna, o której mowa w ust. 1 pkt 26 (kara 10% wynagrodzenia netto za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy), z pozostałymi karami umownymi w przypadku, gdy podstawa do odstąpienia od Umowy stanowi równocześnie okoliczność uzasadniająca naliczenie tych pozostałych kar umownych. Zamawiający nie wprowadził wyłączenia kumulacji kar umownych co do pozostałych kar przewidzianych w § 28 ust. 1 WU.

W ocenie Izby brak postanowienia wyłączonego naliczanie kilku kar umownych za naruszenia mające źródło w tym samym działaniu lub zaniechaniu należy oceniać z uwzględnieniem konkretnych okoliczności oraz w kontekście charakteru kary umownych, które stanowią rodzaj odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. W sytuacji gdy naruszenie jednego z obowiązków wykonawcy jedno będzie przyczyną kolejnych naruszeń, nie można wykluczyć, że z punktu widzenia Zamawiającego będzie to przyczyną zaistnienia różnego rodzaju czy większego zakresu szkód, za które zasadne będzie naliczenie kar umownych. Na przykładzie opisanym w odwołaniu można wskazać, że zawarcie umowy o podwykonawstwo bez uprzedniej akceptacji Zamawiającego a następnie nieprzedłożenie Zamawiającemu w terminie

poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą, nie jest naruszeniem tego samego obowiązku, ale jedno naruszenie jest źródłem kolejnego naruszenia.

Jakkolwiek kwestia kumulacji kar umownych bywa różnie oceniana, to zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie nie zostało wykazane, aby konkretne postanowienia dotyczące kar umownych naruszały powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Izba wzięła też pod uwagę stanowisko Sądu Najwyższego, który w wyroku z 2 października 2020 r. (III CSK 77/18) wskazał: *Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, a przynajmniej pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary. Strony mogą skutecznie zastrzec w umowie kilka kar umownych, o ile każda z nich związana będzie z innym przejawem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania; kary te będą wówczas podlegać sumowaniu, a ewentualne miarkowanie odnosić się będzie do ich sumy. Nie można zatem wykluczyć kumulacji kar za de facto to samo zdarzenie skutkujące niewykonaniem kilku obowiązków umownych, jeżeli strony wprost to przewidziały; nie powinno wszakże budzić wątpliwości, że taka kumulacja daje asumpt do rozważenia zastosowania instytucji miarkowania.*

Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

Ad 10

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 29 ust. 6 WU: *W razie rozwiązania lub odstąpienia od Umowy, rękojmia i gwarancja obowiązują w zakresie wykonanych i odebranych Robót, a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty. W takim przypadku okres rękojmi rozpoczyna bieg od dnia podpisania protokołu odbioru Robót zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy.*

Zgodnie z art. 353(1) Kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Izby zostało wykazane, że zaskarżone postanowienie powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z naturą tego stosunku. Na podstawie tego postanowienia Zamawiającemu przysługiwałyby wobec wykonawcy roszczenia nawet w sytuacji, gdyby określona wada powstała w wyniku działania podmiotu trzeciego, w tym z jego wyłącznej winy, nie ulega bowiem wątpliwości, że

ingerencja nowego wykonawcy może skutkować uszkodzeniem robót wykonanych przez poprzedniego wykonawcę.

Podkreślenia wymaga, że odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji odnosi się do wad przedmiotu umowy wykonanego przez wykonawcę. O ile więc wykonawca przyjmuje odpowiedzialność za jakość robót wykonanych przez siebie czy za pomocą podwykonawców, to nie może on gwarantować za to, co z przedmiotem robót zrobi podmiot trzeci, w oderwaniu od tego, jak sam wykonawca te roboty wykonał – a taką właśnie odpowiedzialnością skutkowałoby utrzymanie zaskarżonego postanowienia. W sytuacji ingerencji w przedmiot umowy przez inny podmiot wykonawca nie ma żadnego wpływu na rodzaj i zakres zmian oraz prawidłowość ich wykonania. Żądanie, aby wykonawca z góry zrzekł się możliwości powołania na odpowiedzialność innych podmiotów, jest ze strony Zamawiającego nadużyciem i przekracza dopuszczalne granice swobody umów. Zamawiający bowiem, korzystając z tego, że jest uprawniony do kształtowania postanowień umowy, w swoim interesie, ale sprzecznie z istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji, próbuje spowodować, że uzyska od wykonawcy zaspokojenie roszczeń nawet bez potrzeby ustalania, czy podmiot trzeci nie uszkodził przedmiotu robót.

Zamawiający powołał się na możliwość rozszerzenia odpowiedzialności także na wady powstałe po przejściu niebezpieczeństwa na kupującego, w ocenie Izby możliwość taka nie jest jednak tożsama z obciążeniem wykonawcy odpowiedzialnością za wady wywołane działaniem podmiotu trzeciego, które nie powstałyby, gdyby takiej ingerencji nie było. O ile nie ma wątpliwości, że zmiana wykonawcy nie powinna powodować wygaśnięcia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji, to wykonawca powinien jednak móc powołać się na ingerencję podmiotów trzecich kontynuujących roboty.

Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu zmianę § 29 ust. 6 WU, poprzez wykreślenie fragmentu: *a Wykonawca nie może się uwolnić od odpowiedzialności z tytułu rękojmi lub gwarancji powołując się na ingerencję podmiotów trzecich, kontynuujących realizację Robót na zlecenie Zamawiającego, w wykonane przez niego Roboty.*

Ad 11 i 12

Izba ustaliła, że zgodnie z § 30 ust. 14 pkt 3 WU: *Po odstąpieniu od Umowy z przyczyn wymienionych w ust. 1 Zamawiający: (...) jest uprawniony do oświadczenia, jakie Materiały, Urządzenia lub jakie konstrukcje, określone w ust. 12 pkt 3, chciałby przejąć na własność; złożenie takiego oświadczenia powoduje przejście na Zamawiającego własności rzeczy wskazanych w tym oświadczeniu lub (jeśli nie zostały jeszcze nabyte przez Wykonawcę) zobowiązuje Wykonawcę do ich nabycia od dostawców (w takim przypadku Wykonawca po ich nabyciu od dostawców dokona ich refakturowania na rzecz*

Zamawiającego); Materiały, Urządzenia, wyroby budowlane lub konstrukcje Wykonawca przetransportuje na Teren Budowy (o ile nie znajdują się tam). Analogiczne uprawnienie Zamawiającego zostało przewidziane w § 31 ust. 6 pkt 2 WU.

Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut powołał się na przepis art. 494 § 1 Kc, formułując jednocześnie żądanie wprowadzenia obowiązku przejęcia na własność/odkupienia materiałów i urządzeń. Wskazany wyżej przepis stanowi jednak, że *strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.* Zgodnie natomiast z art. 395 § 2 Kc: *W razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. To, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie odpowiednie wynagrodzenie.* Gdyby zatem przyjąć, że kodeksowe zasady rozliczeń stron w przypadku odstąpienia od umowy nie mogą być modyfikowane umową stron, to Zamawiający zobowiązany byłby zwrócić wykonawcy wszystkie materiały oraz żądać zwrotu płatności za te materiały. Zatem żądanie odwołania samo w sobie stanowi dążenie do zmodyfikowania tych zasad.

Zauważenia wymaga, że zaskarżone postanowienia umowy dotyczą materiałów zamówionych lub nabytych, które nie mogą być wykorzystane w związku z odstąpieniem od umowy, nie dotyczy to zatem materiałów, które zostały wbudowane – a tylko w odniesieniu do materiałów wbudowanych istniałaby niemożliwość zwrotu wzajemnych świadczeń stron w naturze.

Żądania odwołania wskazują, że również Odwołujący dopuszcza umowną modyfikację rozliczeń w przypadku odstąpienia od umowy. Skoro jest to dopuszczalne, to mogło być zmodyfikowane w taki sposób, jak to zrobił Zamawiający. Wskazać przy tym należy, że wykonawca nie ma obowiązku wcześniejszego nabywania materiałów i urządzeń, nie trafiony jest zatem argument, że wykonawca znajdzie się w niekorzystnej sytuacji, gdy Zamawiający nie przejmie wszystkich materiałów.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za niezasadny.

Ad 13

Izba ustaliła, że w § 40 ust. 1 WU Zamawiający określił m.in. następujące obowiązki dla wykonawców wspólnie wykonujących umowę:

3) Wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum, zobowiązani są do przedstawienia kopii umowy konsorcjum (lub innej umowy o podobnym charakterze, w tym umowy o współpracy)

wraz ze szczegółowym podziałem zadań wynikającym z umowy konsorcjum, określonym w odrębnym załączniku do umowy konsorcjum, w tym zawierającej informacje, za wykonanie jakich Robót w ramach Umowy odpowiada każdy z uczestników Konsorcjum. Podmioty, wchodzące w skład Konsorcjum, powiadomią Zamawiającego o swoim partnerze wiodącym (Liderze), który będzie dysponował nieodwołalnym pełnomocnictwem (wzór pełnomocnictwa określony w załączniku nr 11 do Umowy) do podejmowania decyzji wiążących Wykonawcę, w szczególności, któremu pozostałe podmioty wchodzące w skład Konsorcjum udzielią pisemnego pełnomocnictwa do:

a) przyjmowania w ich imieniu wszelkich oświadczeń woli lub wiedzy (nawet, jeżeli interesy Lidera i mocodawcy będą ze sobą sprzeczne), pochodzących od Zamawiającego, których potrzeba złożenia przez Zamawiającego może powstać w związku z zawarciem i wykonywaniem Umowy,

b) składania w ich imieniu wszelkich oświadczeń woli lub wiedzy (nawet, jeżeli interesy Lidera i mocodawcy będą ze sobą sprzeczne), których potrzeba złożenia może powstać w związku z zawarciem i wykonaniem Umowy,

c) wystawiania faktur i odbioru wynagrodzenia wynikającego z Umowy,

d) reprezentowania wszystkich członków Konsorcjum w czynnościach wykonywanych w związku z zawarciem i wykonaniem Umowy,

e) podpisywania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum wszelkich dokumentów związanych z zawarciem i wykonaniem Umowy

- powyższe wyszczególnienie nie wyłącza możliwości udzielenia przez członka Konsorcjum szczególnego pełnomocnictwa do szerszego zakresu działania Lidera Konsorcjum. Pełnomocnictwo, o którym mowa w niniejszym ustępie, podlega zmianom zgodnie z zasadami zmiany Umowy.

4) Lider Konsorcjum jest uprawniony do dokonywania w imieniu pozostałych członków Konsorcjum zmian Umowy w zakresie dotyczącym terminów, zakresu i sposobu jej realizacji, w tym także wynagrodzenia Wykonawcy, przy czym zmiana może dotyczyć każdego z członków Konsorcjum oddzielnie, jak i wszystkich łącznie. Lider Konsorcjum uprawniony jest do dokonywania w imieniu pozostałych członków Konsorcjum zmian Umowy po wcześniejszym uzyskaniu oświadczenia o wyrażeniu zgody na zmianę Umowy od każdego z członków Konsorcjum, złożonego w formie pisemnej;

5) Lider Konsorcjum, po wcześniejszym uzyskaniu oświadczenia o wyrażeniu zgody na odstąpienie od Umowy od każdego z członków Konsorcjum jest uprawniony do odstąpienia od Umowy w imieniu pozostałych członków Konsorcjum. Zamawiający jest uprawniony do

złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Liderowi Konsorcjum, w wyniku czego oświadczenie wywołuje skutek prawny w stosunku do wszystkich członków Konsorcjum; (...)

9) w przypadku, gdy, po stronie Lidera Konsorcjum zaistniały problemy finansowe, w szczególności stan niewypłacalności, podmioty wchodzące w skład Konsorcjum zobowiązane są powiadomić Zamawiającego o przedmiotowym fakcie i dokonać zmiany Lidera Konsorcjum. W okolicznościach opisanych w poprzednim zdaniu Zamawiający może zapłacić umówione wynagrodzenie na rachunek bankowy wskazany na fakturze przez podmiot reprezentujący wszystkich członków Konsorcjum, zgodnie z posiadanym pełnomocnictwem, w wyniku czego zobowiązanie do zapłaty umówionego wynagrodzenia wygaśnie względem wszystkich podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum – solidarność wierzycieli, prowadzi to do spełnienia świadczenia przez Zamawiającego;

10) podmioty wchodzące w skład Konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wypłatę należnego Podwykonawcom wynagrodzenia, niezależnie od tego, który z członków Konsorcjum zawarł z takim Podwykonawcą Umowę o podwykonawstwo.

W ocenie Izby przepisy ustawy Pzp nie stoją na przeszkodzie określeniu przez zamawiającego relacji między nim a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 58 ust. 4 ustawy Pzp: *W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.* Jakkolwiek powyższy przepis jest przede wszystkim powiązany z możliwością określenia szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu (art. 117 ustawy Pzp), to jego brzmienie jest na tyle ogólne, że nie w ocenie Izby może być interpretowany również jako uprawnienie w zakresie ukształtowania innych obowiązków konsorcjum w relacjach z zamawiającym. Kwestie takie, jak uprawnienie do składania i przyjmowania oświadczeń woli i wiedzy czy podmiotu uprawnionego, zmian umowy czy obowiązków w razie problemów finansowych lidera konsorcjum, można bowiem uznać za kwestie związane z realizacją zamówienia.

Za przekonującą Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że zaskarżone postanowienia są istotne z punktu widzenia sprawności realizacji zamówienia i stanowią rozwiązanie pozwalające Zamawiającemu działać w relacjach z konsorcjum tak, jak to ma miejsce w relacjach z pojedynczym wykonawcą.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia nie mogą być uznane za naruszenie zasady swobody kontraktowania członków konsorcjum. Należy mieć na uwadze, że

postanowienia te dotyczą relacji między konsorcjum a zamawiającym, członkowie konsorcjum mogą natomiast określić w relacjach wewnętrznych dodatkowe regulacje, które będą obowiązywać w między nimi, w tym zasady odpowiedzialności lidera konsorcjum względem pozostałych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum.

Wobec powyższego zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ad 14-17

Izba ustaliła, że w pkt. 3.7.3.1 PFU Zamawiający określił zakres robót na obiektach inżynierskich na linii 274 w następujący sposób:

- w poz. 6 tiret 4 tabeli: Wzmocnienie obiektu w celu uzyskania nacisku 221 kN/oś,
- w poz. 7 tiret 3 tabeli: Wzmocnienie (w razie konieczności) przęsła stalowego,,
- w poz. 16 tiret 4 i 5: Wykonanie wymiany elementów skorodowanych; O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice)
- w poz. 24 tiret 4 i 5: Wykonanie wymiany elementów skorodowanych; O ile dokumentacja projektowa wykaże – wzmocnienie konstrukcji obiektu (Szczególnie podłużnice i poprzecznice).

W Tomie IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej (RCO) Zamawiający zamieścił następujący opis pozycji: oczyszczenie, wzmocnienie, przebudowa. Dla obiektów wymienionych w pozycjach 2.1 M.11, 2.1 M.14 zamieścił opis: oczyszczenie, przebudowa.

W punkcie 3.7.10 PFU (Elektroenergetyka trakcyjna) w punkcie 2 tabeli Zamawiający określił następujący zakres robót do wykonania dla stacji Wałbrzych Główny: *Przebudowa i regulacja sieci trakcyjnej w związku z przebudową obiektów inżynierskich w km 78,658 i 80,480.*

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Stosownie do art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Oceniając powyższe postanowienia dokumentacji zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp należy mieć na uwadze, że zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że uszczegółowienie zakresu zamówienia nastąpi na etapie opracowania dokumentacji projektowej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie jest jednoznaczny i wyczerpujący.

W odniesieniu do zarzutu nr 14 Izba stwierdziła, że w punkcie 2.2.2.1 PFU Zamawiający zamieścił szczegółowe informacje na temat nawierzchni torowej. Zakres prac budowlanych dla obiektów inżynierskich do wykonania przez Wykonawcę określono w pkt od 3.7.3.1.1 do 3.7.3.1.24 PFU oraz pkt od 2.1 M.1 do 2.1.M24 Tom IV (RCO). W zakresie ww. obiektów inżynierskich Zamawiający udostępnił również karty ewidencyjne obiektów inżynierskich (załącznik nr 4 PFU) oraz protokoły kontroli okresowej obiektów inżynierskich (załącznik nr 5 PFU), które zawierają opis uszkodzeń poszczególnych elementów obiektu z ich fotografiami. Istotne jest również to, że zgodnie z pkt 19 IDW Zamawiający przewidział przeprowadzenie wizji lokalnej. Odwołujący nie wykazał, że oględziny obiektów inżynierskich w połączeniu z informacjami udostępnionymi przez Zamawiającego, nie mogą dostarczyć wykonawcy (będącemu podmiotem profesjonalnym) wiedzy niezbędnej do oszacowania zakresu robót i ich kosztu.

W zakresie zarzutów nr 15 i 16 Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że: *w RCO użyto określenia „przebudowa” i „wzmocnienie”, ponieważ oznacza ono wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, co odzwierciedla zakres opisany w PFU, dzięki któremu poprzez wzmocnienie i przebudowę osiągnięte zostaną oczekiwane parametry wskazane w poz. 3.1 PFU.*

W odniesieniu do tych zarzutów w całości aktualna pozostaje ocena i argumentacja Izby przedstawiona w odniesieniu do zarzutu nr 14.

W zakresie zarzutu nr 17 wskazać należy, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego nie jest możliwe określenie liczby czy konkretnych lokat słupów, w związku z Zamawiający wskazał w RCO odcinek prac i – co istotne – przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Zakres prac uzależniony będzie w tym przypadku nie tyle od obecnego stanu linii, co od zaprojektowanych obiektów inżynierskich. Jednocześnie wykonawca otrzyma wynagrodzenie za prace faktycznie wykonane, zgodnie z przyjętymi przez niego założeniami. Tak określony przedmiot zamówienia nie powinien wywoływać wątpliwości u profesjonalnych wykonawców.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że zaskarżone postanowienia nie naruszają art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii zgodności tych postanowień z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp należy stwierdzić, że nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu. Okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutów nie odnoszą się do kwestii objętych dyspozycją tego przepisu. Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby w przypadku tych postanowień polegać utrudnienie uczciwej konkurencji, którego istotą jest uprzywilejowanie jednych wykonawców kosztem innych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba, stosownie do wyniku postępowania, obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/17 i Odwołującego w części 16/17, biorąc pod uwagę liczbę zarzutów uznanych za zasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00. Odwołujący poniósł zatem dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20.000 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 18.824 zł ($20.000 \times 16/17$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 1.177 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku. Powyższe rozliczenie uwzględnia dyspozycję § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....