

Warszawa, dnia 29.11.2019 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Dąbrowa Górnicza
ul. Graniczna 21
41-300 Dąbrowa Górnicza
i
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

osoba do kontaktów:

Naczelnik WID Zbigniew Kubik
E-mail: kiwaszkiewicz@dabrowa-gornicza.pl
Tel.: +48 322956700

Odwołujący:

SKANSKA S.A.
Aleja „Solidarności” 173
00-877 Warszawa
Adres do korespondencji:
SKANSKA S. A.
Obszar Kolejowy
Aleja Powstańców Śląskich 26
30-570 Kraków
Osoba do kontaktu:
Agnieszka Bisaga
Tel: 797302670
e-mail: oferty.kolej@skanska.pl
agnieszka.bisaga@skanska.pl

Dotyczy:

Budowa centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza” Etap I i Etap II oraz przebudowę infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III”

Numer referencyjny:

ZP.WID.271.4.51.2019

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

Dz.U./S S223 19/11/2019 545990-2019-PL

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo w załączeniu) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz.U.2018.1986 t.j. – zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP”) **wnoszę odwołanie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „budowę centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza” Etap I i Etap II oraz przebudowę infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III” na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w tym stanowiących jej integralną część Projektu umowy (dalej „PU” lub „Umowa”) a także Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej „PFU”) tj.:

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1a) oraz art. 22 d) ust. 1 w zw. z 2. art. 7 ust. 1 ustawy przez sformułowanie nadmiernych i nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisanych szczegółowo w uzasadnieniu: zdolności zawodowych, w tym wiedzy i doświadczenia oraz wymogów dotyczących personelu wykonawcy, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz sprzeciwia się zasadzie proporcjonalności i uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym i przygotowanym do jego realizacji.
- art. 36 ust. 1 pkt 16) pzp w zw. z art. 471, 472, 483 § 1 oraz art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez ukształtowanie w Załączniku nr 8 do SIWZ „Projekt umowy” kar umownych za niedotrzymanie terminu wykonania zamówienia oraz terminów na usunięcie wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi jako kar za opóźnienie, czyli niezależnie od tego, czy Wykonawca będzie ponosił winę za niedotrzymanie przedmiotowych terminów oraz w rażąco wygórowanych, nierynkowych wysokościach;
- art. 36 ust. 1 pkt 16) pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez zamieszczenie w Załączniku nr 8 do SIWZ „Projekt umowy” wymogu usunięcia wszelkich wad, bez względu na to czy będą mieć one charakter istotny czy też nieistotny, przed odbiorem końcowym, w sytuacji gdy wykonanie robót budowlanych z drobnymi usterkami lub wadami nieistotnymi nie stanowi o niewykonaniu zobowiązania umownego wykonawcy i jednocześnie w świetle przepisów kodeksu cywilnego;
- art. 7 ust. 1 art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, 2 i 3 Ustawy w zw. z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „Rozporządzenie”), poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie w jakim Zamawiający:

- zaniechał zamieszczenia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty w branży kolejowej m.in. usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, w zakresie podtorza i będących wynikiem warunków gruntowo-wodnych oraz wykonania wszelkich niezbędnych robót porządkowych w ramach estetyzacji linii i zagospodarowania terenu szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a zatem skalkulowania wyceny oferty w zakresie wskazanych robót i przygotowanie porównywalnych ofert przez wykonawców,
 - zaniechał udostępnienia kompletnej dokumentacji projektowej oraz STWiOR poprzez brak dołączenia szeregu dokumentów szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu;
- **art. 7 w zw. z art. 14 Ustawy w zw. z art. 5 kc w zw z art 58 § 1 kc. i art. 353¹ kodeksu cywilnego** poprzez dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nie uwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, w szczególności poprzez zaniechanie umieszczenia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji koniecznych w zakresie planowanych prac i robót obejmujących branżę kolejową m.in. usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi wykonania wszelkich niezbędnych robót porządkowych w ramach estetyzacji linii i zagospodarowania terenu, robót w zakresie podtorza i będących wynikiem warunków gruntowo-wodnych oraz przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc.
W konsekwencji Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi kryterium wyboru ofert w niniejszym postępowaniu tj. 60%. Dodatkowo w umowie Zamawiający nie zawarł postanowień umownych umożliwiających zmianę wynagrodzenia w przypadku wystąpienia odmiennych warunków od tych, które wskazał w SIWZ czy które wynikają z udostępnionych Wykonawcom dokumentach.
Czynności Zamawiającego, należy zakwalifikować jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, są w zatem w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kc.
 - **art. 144 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 Ustawy oraz art. 14 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 139 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 647 i 651 k.c. zw. z art. 353¹ k.c.** poprzez przeniesienie pełni ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia na wykonawcę, które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w Projekcie Umowy okoliczności uprawniających Wykonawcę do istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy w zakresie ceny i terminu realizacji przedmiotu umowy, a czego Zamawiający nie uczynił.

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania jednoznacznego i wyczerpującego Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez zmianę postanowień SIWZ, PU, PFU tj.:

- 1) Zmianę treści SIWZ w pkt. 8.2.3.1, 8.2.3.2, 24.2.3.1, 24.2.3.2, w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych szczegółowo określone w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 2) Uzupełnienie Opisu przedmiotu zamówienia o brakujące części (dokumenty), szczegółowo wymienione w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 3) Zmianę i/lub uzupełnienie treści wzoru umowy (załącznika nr 8 do SIWZ), w sposób szczegółowo opisany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- 4) zdefiniowanie przez Zamawiającego pojęcia estetyzacji linii kolejowej oraz oczekiwanego efektu, parametrów wykonanych robót, określenie zakresu terenowego na obszarze którego należy wykonać roboty zawierające się w pojęciu estetyzacji, określenie zamkniętego katalogu robót i ich ilości jakie Wykonawcy mają skalkulować w ofercie.
- 5) przedłużenia terminu składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach Wykonawców.

Interes we wniesieniu odwołania.

W wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz opisu przedmiotu zamówienia, jak również warunków projektu umowy w sposób naruszający przepisy PZP, interes Odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia, jak również dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wobec wskazanych w niniejszym postępowaniu uchybień Zamawiającego, zostaje on pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Ponadto działania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają przepisy prawa przywołane we wstępie, ale także ograniczają konkurencyjność oraz uniemożliwiają Wykonawcy skalkulowanie w ofercie ryzyk związanych z realizacją Zamówienia.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia.

Termin na złożenie odwołania

Stosownie do przepisu art. 182 ust 2 pkt. 1) Ustawy odwołanie **wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie**

internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest większa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19.11.2019 roku zamieścił na stronie internetowej SIWZ, do której odnosi się niniejsze odwołanie. W tym samym dniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu pod numerem Dz.U./S S223 19/11/2019 545990-2019-PL. wobec powyższego odwołanie zostaje wniesione z zachowaniem terminów ustawowych.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: *na budowę centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego w ramach zadania inwestycyjnego „Promowanie zielonej mobilności na terenie gminy Dąbrowa Górnicza” Etap I i Etap II oraz przebudowę infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbrowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 w ciągu ul. Konopnickiej, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego oraz budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym, w ramach projektu pn: „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami – etap III”*

I. Zdolność techniczna i zawodowa

SIWZ pkt 8.2 stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 11 ust. 1b ustawy PZP dotyczące:

SIWZ pkt 8.2.3 zdolności technicznej i zawodowej:

Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie, wykazanie przez Wykonawcę, że:

8.2.3.1. nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

min. 1 robotę budowlaną o wartości min. 50 mln zł brutto polegającą na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie, oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakres której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłęczami z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600 mm (długości odcinka min. 2,0 km), o wartości zakresu infrastruktury min. 10 mln zł brutto.

Postawiony przez Zamawiającego warunek jest warunkiem złożonym z kilku wymagań jednocześnie co w konsekwencji rażąco ogranicza konkurencję, ponieważ zawiera w sobie kilka wymagań do spełnienia jednocześnie tj.:

- *wartość roboty budowlanej min. 50 mln,*
- *wykonanie w zwartej zabudowie,*
- *kanalizację deszczową z rur GRP dł. odc. min. 2,0 km,*
- *zbiornik retencyjny min. 1600 mm,*
- *oraz wartość zakresu infrastruktury 10 mln. zł brutto.*

Forma warunku powoduje, że Wykonawca, który zrealizował nawet kilka zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg w ramach których wykonał powyżej 2 km kanalizacji z rur GRP

w zwartej zabudowie mimo posiadanych zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia nie może uczestniczyć w tym postępowaniu.

Gwarancją prawidłowego wykonania robót polegających na wykonaniu kanalizacji deszczowej z rur GRP dla Zamawiającego powinna być przede wszystkim długość wykonanego odcinka w tym przypadku Zamawiający określił ją min. 2 km.

To samo dotyczy wykonania zbiornika retencyjnego Dn min. 1600 mm, bowiem dla potwierdzenia zdolności Wykonawcy, bez znaczenia jest, czy Wykonawca wykonał go w ramach tego zadania wraz z przebudową drogi w zwartej zabudowie czy też posiada stosowne doświadczenie w ramach innych realizacji.

Jeżeli wykonawca wykonał kilka realizacji, w ramach których wykonał kanalizację deszczową z rur GRP o dł. powyżej 2 km oraz wykonał realizację kanalizacji deszczowej z rur GRP o dł. mniejszej niż 2 km ale w ramach której były również wykonane wymagane zbiorniki retencyjne, to można śmiało stwierdzić, że posiada stosowne doświadczenie, a zatem zdolności do wykonania tego typu robót.

Należy zaznaczyć, że wykonanie kanalizacji deszczowej z rur GRP nie zawsze wiąże się z wykonaniem zbiorników retencyjnych, co więcej w większości realizacji zbiorniki retencyjne nie występują, dlatego wykazanie się doświadczeniem przez Wykonawcę w ramach dwóch różnych zadań – jednego na wykonanie budowy lub przebudowy drogi w zwartej zabudowie oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakresie której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP o średnicy min. 200 mm i drugiego zadania na wykonanie budowy lub przebudowy kanalizacji deszczowej z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600 daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia przez doświadczonego Wykonawcę.

Uzasadniony jest zatem zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez uniemożliwienie pewnej grupie Wykonawców ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w wyniku nieuzasadnionej agregacji w jednym warunku wielu wymagań, wskazując na specyficzne połączenie kilku elementów, które muszą wystąpić jednocześnie w ramach jednej realizacji.

SIWZ pkt 8.2.3.2. Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi tj.:

Kierownik budowy

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymagania dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie dróg, w tym przy min. 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 mln zł brutto wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej

uwaga: zwarta zabudowa to zgrupowanie nie mniej niż 10 budynków, za wyjątkiem budynków o funkcji wyłącznie gospodarczej, pomiędzy którymi największa odległość sąsiadujących ze sobą budynków nie przekracza 100 m.

SIWZ pkt 8.2.3.2.

Kierownik robót mostowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymagania dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia zawodowego, w tym min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót oraz pełnienie ww. funkcji przy:

- min. 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości tych prac minimum 10 mln zł brutto

SIWZ pkt 24. Kryteria oceny ofert

Pkt 24.2.3.

W ramach kryterium **doświadczenie Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót mostowych (D), o których mowa w pkt. 8.2.3.2 ppkt 1 i ppkt 2 SIWZ** ocena będzie dokonana na podstawie informacji o doświadczeniu osób wyznaczonych do pełnienia tych funkcji w Formularzu ofertowym.

Do potrzeb oceny niezbędne jest podanie w załączniku nr 1A do SIWZ minimum informacji o każdym zadaniu istotnym z punktu widzenia kryterium, w którym wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy i kierownika robót tj. nazwa zadania, zakres zadania, poprzedni Zamawiający, termin realizacji.

24.2.3.1. Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 000 000,00 zł brutto, wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej Wykonawca może otrzymać od 0 – 10 pkt. (maksymalnie 10 pkt.)

Aby otrzymać maksymalną liczbę punktów Wykonawca musi wykazać, że osoba wskazana jako kierownik budowy pełniła tę funkcję przy realizacji 2 robót o przedmiocie i w okresie jw.– tj. po 5 pkt. za każdą robotę.

W ramach tego kryterium premiowane będzie doświadczenie Kierownika Budowy ponad doświadczenie minimalne wymagane w pkt. 8.2.3.2 ppkt 1 SIWZ.

Za brak wykazania doświadczenia Kierownika Budowy, ponad wymagane minimum, Wykonawca otrzyma 0 pkt.

24.2.3.2. Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości tych prac minimum 10 000 000,00 zł brutto Wykonawca może otrzymać od 0 – 10 pkt. (maksymalnie 10 pkt.)

Aby otrzymać maksymalną liczbę punktów Wykonawca musi wykazać, że osoba wskazana jako kierownik robót mostowych pełniła tę funkcję przy realizacji 2 robót o przedmiocie i w okresie jw. – tj. po 5 pkt. za każdą robotę.

W ramach tego kryterium premiowane będzie doświadczenie Kierownika Robót mostowych ponad doświadczenie minimalne wymagane w pkt. 8.2.3.2 ppkt 2 SIWZ.

Za brak wykazania doświadczenia Kierownika Robót mostowych, ponad wymagane minimum, Wykonawca otrzyma 0 pkt.

Wymaganie przez Zamawiającego posiadania doświadczenia jest niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia i taką gwarancję daje spełnienie warunku dotyczącego pkt 8.2.3.2 SIWZ.

Natomiast ograniczenie doświadczenia w pkt. 24. W ramach dodatkowo punktowanego kryterium oceny ofert do okresu 5 lat przed upływem terminu składania ofert w ocenie odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia i stanowi naruszenie konkurencji, gdyż powoduje eliminację osób, które zdobyły doświadczenie wskazane w pkt. 24.2.3.1. SIWZ tylko dlatego, że przekroczyły ramy czasowe wyznaczone przez Zamawiającego. Doświadczenie zdobyte w okresie np. 6 czy 10 lat przed terminem składania ofert, w żaden sposób nie jest gorsze, od tego zdobytego w okresie ostatnich 5 lat, daje taką samą gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tak skonstruowane wymaganie ogranicza w sposób wyraźny liczbę osób, które będą posiadały w/w. doświadczenie, ale również – co nie powinno być bez znaczenia – dyskryminuje często kadrę o znacznie wyższym wieloletnim doświadczeniu w budownictwie.

SIWZ pkt 8.2.3.2. Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi tj.:

Kierownik Robót kolejowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej m.in. remont min. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, komputerowe urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe, zabudowę systemu SDIP, perony, w tym wyspowsy, obiekty mostowe.

Kierownik Robót telekomunikacyjnych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej w zakresie , sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych ,w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną

Postępowania inwestycyjne prowadzone przez wiodącego Zamawiającego PKP PLK SA w zakresie budowy, przebudowy czy modernizacji infrastruktury kolejowej cechują się tym, że w zakresie tych inwestycji zabudowa systemu SDIP występuje sporadycznie. Powyższy fakt wpływa na bardzo mocno ograniczoną możliwość zdobycia doświadczenia w brzmieniu jakie wymaga Zamawiający. Wymagane doświadczenie w zakresie zabudowy systemów SDIP jest doświadczeniem, którego należy oczekiwać od kierownika robót teletechnicznych. Powyższą argumentację potwierdza również sam Zamawiający wskazując zakres robót telekomunikacyjnych w PFU pkt. 3.7.7:

3.7.7 Telekomunikacja

Zakres Robót branży telekomunikacji obejmuje:

- 1) Budowę kanalizacji kablowej
- 2) Budowę kabla światłowodowego zgodnie z Wytycznymi Ie-108 i Ie-50z1.3
- 3) Przeniesienie głowic kablowych kabli telekomunikacyjnych (TKD, TKM) wraz z przyłączami;
- 4) Przebudowę tras kabli telekomunikacyjnych;
- 5) Budowę systemu rozgłoszeniowego i system wspomagania słuchu zgodnie z wytycznymi Ipi-6;
- 6) Dla zabudowy urządzeń SMW i SDIP przyjęto kategorię stacji pasażerskiej B+. Budowę systemu SMW i SDIP, SSC zgodnie z wytycznymi Ipi 4 i 6

Rodzaj, charakterystyka i ilość urządzeń powinna być dostosowana do ww. kategorii stacji pasażerskiej.

Pobranie danych do podsystemów należy zapewnić z NPLS Sosnowiec.

Oczywistym jest zatem, że to kierownik robót telekomunikacyjnych powinien dysponować doświadczeniem w zakresie zabudowy systemu SDIP, a nie kierownik robót kolejowych.

Warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób nadmierny, nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony interesem Zamawiającego, wskutek czego doszło do rażącego i bezzasadnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu oraz eliminacji z grona wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienia szeregu rzetelnych i zdolnych do jego realizacji wykonawców. Zgodnie z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, wyrażonymi w treści art. 7 ust.1 ustawy, Zamawiający

przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Uszczegółowieniem tej zasady jest treść normy art. 22 ust. 1a ustawy, zgodnie z którym Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Stosownie do brzmienia art. 22d) ust. 1 ustawy, oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, Zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Oczwistym jest zatem, że swoboda w kształtowaniu przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, nie jest nieograniczona. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że postawione warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Izby podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji, w tym posiadającego odnośne doświadczenie personalne, zasoby techniczne, finansowe etc. Formułując warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przestrzegać reguły proporcjonalności, tj. przyjęcia takich warunków, które uzasadnione są przedmiotem zamówienia, w tym w szczególności jego rozmiarem, złożonością i innymi istotnymi warunkami jego realizacji. Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy.

Sąd Okręgowy w Świdnicy stwierdził: *"Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców"* (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r., II Ca 584/05, niepubl.)

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w powyższym zakresie i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ poprzez sformułowanie treści niżej wymienionych części SIWZ w następujący sposób:

1) 8.2.3.1.

(...) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- min. 1 robotę budowlaną o wartości min. 50 mln zł brutto polegającą na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie oraz obejmującą infrastrukturę towarzyszącą w zakres której wchodzi m.in. budowa lub przebudowa kanalizacji deszczowej wraz z przyłączami z rur GRP

o średnicy min. 200 mm (długości odcinka min. 2,0 km), o wartości zakresu infrastruktury min. 10 mln zł brutto.

8.2.3.1a

(...) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył min. 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie kanalizacji deszczowej z rur GRP o średnicy min. 200 mm wraz ze zbiornikiem retencyjnym Dn min. 1600

2) 24.2.3.1.

(...) Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich **10 lat** przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy robocie polegającej na budowie lub przebudowie drogi w zwartej zabudowie o wartości min. 50 000 000,00 zł brutto, wraz z budową lub przebudową kanalizacji deszczowej.

3) 24.2.3.2.

(...) Za wykazane doświadczenie w okresie ostatnich **10 lat** przed upływem terminu składania ofert polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót przy 1 robocie polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego (wiadukt lub most) w ciągu lub nad **minimum** dwutorową zelektryfikowaną linią kolejową o wartości tych prac minimum 10 000 000,00 zł brutto Wykonawca może otrzymać od 0 – 10 pkt. (maksymalnie 10 pkt.)

4) 8.2.3.2. Kierownik Robót kolejowych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej m.in. remont min. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, komputerowe urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe, perony, w tym wyspowy, obiekty mostowe

5) Kierownik Robót telekomunikacyjnych

Uprawnienia budowlane:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną bez ograniczeń zgodnie z ustawą Prawo Budowlane (Dz.U.2019.1186 t.j. z dnia 2019.06.26) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych,

dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2016 r. poz. 65).

Doświadczenie zawodowe:

min. 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy min. 1 robocie, której zakres obejmował budowę lub przebudowę lub remont infrastruktury kolejowej w zakresie , sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych ,w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, **której zakres obejmował zabudowę systemu SDIP.**

II. SIWZ – Projekt Umowy

Zamawiający w Projekcie Umowy określił szereg kar umownych jako kary za opóźnienie i w rażąco wygórowanej wysokości. Odwołujący kwestionuje następujące postanowienia §13 Projektu Umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ), dotyczące kar umownych:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1.1. Za **opóźnienie** w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu umownego określonego w § 6 ust. 2 umowy, w wysokości **0,5 % wynagrodzenia brutto**, ustalonego w §8 ust. 1 umowy, za każdy dzień **opóźnienia**.*
- 1.2. Za **opóźnienie** w usunięciu wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi lub gwarancji w wysokości **0,5 % wynagrodzenia brutto**, ustalonego w § 8 ust.1 umowy, za każdy dzień **opóźnienia** w ich usunięciu. Strony postanawiają, że termin usunięcia przez Wykonawcę wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze oraz w okresie gwarancyjnym lub w okresie rękojmi wynosić będzie maksymalnie 14 dni licząc od daty ich stwierdzenia chyba, że strony zgodnie postanowią inaczej.*
- 1.3. Za **opóźnienie** w dostarczeniu dokumentacji określonej w §11 ust. 5 w wysokości 1.000,00 zł brutto dziennie licząc od dnia wyznaczonego na rozpoczęcie odbioru końcowego.*
- 1.4. Za **opóźnienie** w dostarczeniu dokumentów określonych w § 11 ust.12 w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy dzień licząc od dnia następnego od wyznaczonego na przedłożenie kosztorysów powykonawczych.*
- 1.5. Za nie przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w terminie określonym w § 7 ust.1 w wysokości **0,1 % wynagrodzenia umownego brutto** określonego w § 8 ust.1 za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia następnego od daty wygaśnięcia polisy dotychczasowej, z zastrzeżeniem, że **opóźnienie** w przedstawieniu polisy o przedłużonym terminie ważności przekraczające jeden miesiąc, stanowić może wystarczający powód do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.*

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu:

- 2.1. Braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości **100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo**.*
- 2.2. Nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w wysokości **10% wartości brutto umowy o podwykonawstwo za każdy dzień opóźnienia**.*
- 2.3. Nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości **1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy**.*

- 2.4. *Nieprzedłożenia w terminie określonym w § 16 ust. 11 poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy.***
- 2.5. *Braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty w wysokości **5% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy.***
- 2.6. *Za każdy dzień **opóźnienia** w przedłożeniu Zamawiającemu wykazu pracowników realizujących robotę budowlaną objętą niniejszą umową w terminie określonym w § 5 ust.7 w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień **opóźnienia.***
- (...)”

Zgodnie z art. 471 k.c. w zw. z art. 472 k.c., które zgodnie z ustalonym w literaturze i orzecznictwie poglądem mają zastosowanie do kar umownych, o których mowa w art. 483 § 1 k.c., dłużnik – w niniejszym przypadku Wykonawca - ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, do którego doszło z jego winy. Tym samym co do zasady kary umowne za niedotrzymanie terminów umownych (czy to wykonania zamówienia, czy to usuwania wad) powinny być ukształtowane jako kary umowne za zwłokę, które jest opóźnieniem zawinionym.

Oczywiście istnieje możliwość przyjęcia odpowiedzialności także w szerszym zakresie, jednakże stosownie do treści art. 473 § 1 kc. wymaga to sprecyzowania okoliczności, których taka rozszerzona odpowiedzialność miałaby dotyczyć. A wzór Umowy takich okoliczności nie precyzuje. O ile więc Zamawiającemu co do zasady przysługuje uprawnienie do wprowadzenia do wzoru – projektu umowy o wykonanie zamówienia publicznego sankcji w postaci kar umownych, o tyle nie powinny mieć one charakteru kar za opóźnienie tj. niedotrzymanie terminów umownych bez względu na przyczynę opóźnienia, w skrajnych przypadkach także z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

Jest to w niniejszym przypadku o tyle prawdopodobne, że przedmiot zamówienia opisany jest w sposób niedostateczny (o czym mowa w treści uzasadnienia odwołania), tak iż mogą ujawnić się braki, błędy w załączonych do SIWZ, jak i brakujących obecnie dokumentach składających się na Opis Przedmiotu Zamówienia. Te okoliczności (wskazane przykładowo), a także sam skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia mogą mieć w sposób oczywisty wpływ na termin jego wykonania – z przyczyn zależnych nie od Wykonawcy, lecz od Zamawiającego, bądź też niezależnych od żadnej ze stron. Dlatego też tego typu postanowienia Projektu Umowy nie mieszczą się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ kc. oraz art. 5 kc., gdyż naruszają zasady współzycia społecznego.

Ponadto kary są rażąco wygórowane i odbiegają wielokrotnie od kar stosowanych standardowo na rynku budowlanym. Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., standardowo stosuje kary umowne za nieterminową realizację zamówienia oraz nieterminowe usuwanie wad w wysokości **0,02%** wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Tym samym kary umowne określone w §13 Projektu Umowy w punktach 1.1 oraz 1.2 ewidentnie wielokrotnie przewyższają standardowe stawki, przy czym kara określona w ust. 1 pkt 1.2 dubluje się z karą z pkt. 2.7.

Natomiast kary określone w ust. 2 w §13 Projektu Umowy ustalone zostały w wysokościach absurdalnych, co więcej są one zdublowaniem kar ustanowionych w ust. 2.14 – 2.16.

I tak postanowienia ust. 2 pkt 2.1 i pkt 2.2 dublują się z ust. 2.16; ust. 2 pkt 2.4 dubluje się z ust. 2.15; ust. 2 pkt 2.5 dubluje się z ust. 2.14. I tak za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom kara wynosi 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo, co jest

absolutnie niespotykane w obrocie. Z kolei w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynosi ona 10% wartości brutto umowy o podwykonawstwo za każdy dzień opóźnienia, czyli opóźnienie 10-dniowe daje karę w wysokości 100% wartości brutto umowy o podwykonawstwo.

Idąc dalej:

- nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany;
- nieprzedłożenie w terminie określonym w § 16 ust. 11 poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany uprawniają do naliczenia kary w wysokości 1% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy czyli realnie w kwocie ok. 1 500 000 zł za każdy przypadek biorąc pod uwagę szacunkową wartość zamówienia określoną przez Zamawiających.

Natomiast w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty kara wynosi 5% wartości brutto zamówienia określonego w § 8 ust.1 umowy czyli realnie ok. 7 500 000 zł za każdy przypadek.

Biorąc pod uwagę poziom zysku wykonawców w granicach: ok. 2 %, jaki jest kalkulowany w obecnej sytuacji występującej na rynku budowlanym w Polsce, sama tylko jedna np. za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty skonsumować może cały zysk wykonawcy, a pozostałe ww. – jego znaczną część.

Z tych przyczyn przedmiotowe postanowienia §13 Projektu Umowy nie mieszczą w zakresie swobody kontraktowania, gdyż w sposób całkowicie nieuzasadniony naruszają rażąco równowagę stron umowy o roboty budowlane, odbiegając jednocześnie całkowicie od realiów ewentualnej szkody, która mogłaby powstać w wyniku poszczególnych naruszeń.

Dodatkowo nie bez znaczenia pozostaje fakt, że PKP PLK S.A. w ramach Forum Inwestycyjnego z Wykonawcami opracowała wzory umów, które są stosowane na kontraktach kolejowych i stanowią odpowiedni balans ryzyk w tym kar umownych szczegółowo omówionych między stronami.

Powyższe wzory można znaleźć na stronie:

https://platformazakupowa.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=00060001&MP_module=main

Dodatkowo do niniejszego odwołania Odwołujący załącza wzór umowy o roboty budowlane stosowane na kontaktach kolejowych przez PKP PLK SA.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień §13 Projektu Umowy poprzez nadanie im następującej treści:

„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1.1. Za **zwłokę** w wykonaniu przedmiotu umowy w stosunku do terminu umownego określonego w § 6 ust. 2 umowy, w wysokości **0,02 %** wynagrodzenia brutto, ustalonego w §8 ust. 1 umowy, za każdy dzień **zwłoki**.
- 1.2. Za **zwłokę** w usunięciu wad po upływie wyznaczonego terminu ich usunięcia w wysokości:
 - 3.000,00 zł za każdy dzień **zwłoki**, w przypadku wady powodującej utrudnienia w ruchu kolejowym;
 - 1.000,00 zł za każdy dzień **zwłoki**, w przypadku innej wady.
- 1.3. Za **zwłokę** w dostarczeniu dokumentacji określonej w §11 ust. 5 w wysokości 1.000,00 zł brutto dziennie licząc od dnia wyznaczonego na rozpoczęcie odbioru końcowego.

- 1.4. Za **zwłokę** w dostarczeniu dokumentów określonych w § 11 ust.12 w wysokości 1.000,00 zł brutto za każdy dzień licząc od dnia następnego od wyznaczonego na przedłożenie kosztorysów powykonawczych.
- 1.5. Za nie przedłożenie przez Wykonawcę Zamawiającemu dokumentu potwierdzającego przedłużenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w terminie określonym w § 7 ust.1 w wysokości **0,01 %** wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 8 ust.1 za każdy dzień **zwłoki** licząc od dnia następnego od daty wygaśnięcia polisy dotychczasowej, z zastrzeżeniem, że **zwłoka** w przedstawieniu polisy o przedłużonym terminie ważności przekraczające jeden miesiąc, stanowić może wystarczający powód do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy.
2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną z tytułu:
- 2.1 za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy (dalszemu Podwykonawcy), o których mowa w umowie w wysokości **25 000 zł** za każdy taki przypadek;
- 2.2 za nieprzedstawienie Zamawiającemu do zaakceptowania w terminie wskazanym projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - w wysokości **10 000,00 zł** za każdy dzień **zwłoki**;
- 2.3 za nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą lub jej zmiany - w wysokości **10 000,00 zł** za każdy dzień **zwłoki**;
- 2.4 za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie dostosowania terminu zapłaty dla podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni – w wysokości 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek;
- 2.6. Za każdy dzień **zwłoki** w przedłożeniu Zamawiającemu wykazu pracowników realizujących robotę budowlaną objętą niniejszą umową w terminie określonym w § 5 ust.7 w wysokości 1.000,00 zł za każdy dzień **zwłoki**."

Wykreślenie postanowień:

- ~~2.7 za zwłokę w usunięciu wad po upływie wyznaczonego terminu ich usunięcia w wysokości:~~
~~— 3.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku wady powodującej utrudnienia w ruchu kolejowym;~~
~~— 1.000,00 zł za każdy dzień zwłoki, w przypadku innej wady;~~
(kara zdublowana – vide ust. 1 pkt 1.2 powyżej).
(...)
- ~~2.14 za brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie dostosowania terminu zapłaty dla podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni – w wysokości 10 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek;~~
- ~~2.15 za nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą lub jej zmiany – w wysokości 10.000,00 zł za każdy dzień zwłoki;~~
- ~~2.16 za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy (dalszemu Podwykonawcy),, o których mowa w umowie w wysokości 25 000 zł za każdy taki przypadek;~~
(kary zdublowane – vide ust. 2 pkt 2.1, 2.3, 2.4 powyżej).

Wykonawca zaskarża także postanowienie §11 ust. 10 Projektu Umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) dotyczące bezusterkowego odbioru końcowego:

„10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady/usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

10.1. jeżeli wady/usterki nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad/usterek, wyznaczając termin na usunięcie wad/usterek,”

Tego typu uprawnienie Zamawiającego do uzależnienia odbioru końcowego od usunięcia wszystkich wad przedmiotu umowy, nawet drobnych, nieistotnych i nie uniemożliwiających jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. oraz art. 5. k.c. Postanowienie §11 ust. 10 ppkt 10.1 Projektu Umowy jest bowiem nie tylko sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 k.c., ale także narusza zasady współżycia społecznego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od Wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i Zamawiający nie może uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2004r. (sygn. akt I CK 24/03) w którym stwierdzono, iż: „...Jeżeli Wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, Inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art.647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997r. II KKN 28/97 OSNC 1997/6-7 poz.90).”

Zatem odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecnictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 kc. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwarunkowym" odbiorze robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obciążone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. Postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu umowy od jego bezusterkowego wykonania – a do czego sprowadza się treść postanowienia §10 ust. 3 pkt 3) wzoru Umowy - skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia, skutkującym możliwością naliczenia kar umownych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień §11 ust. 10 Projektu Umowy poprzez nadanie im następującej treści:

10. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady/usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

10.1. jeżeli wady/usterki nadają się do usunięcia i są istotne tj. uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad/usterek, wyznaczając termin na usunięcie wad/usterek,

III. Opis przedmiotu zamówienia – PFU

1. Zamawiający w PFU pkt. 3 opisuje zakres robót powołując się na projekt budowlany, którego nie dołączył do dokumentacji przetargowej:

ZAKRES ROBÓT Wykonawca – przygotowując ofertę – musi wziąć pod uwagę całość prac i robót budowlanych niezbędnych do wykonania, aby uzyskać parametry określone w pkt. 3.1. PFU, a których wykonanie wynika z uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia określonych w punkcie 2.2. PFU oraz Dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr xx do SIWZ.

Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia projektów wykonawczych na podstawie załączonego do SIWZ projektu budowlanego oraz wymagań ujętych w niniejszym PFU. Wykonawca ma za zadanie także opracować wszelkie projekty technologiczne, montażowe, projekty rozbiórki, oraz opracowania wymagane dla prawidłowego fazowania robót inwestycyjnych.

Z komentarzem [GH1]: Wskazać numer załącznika do SIWZ

Z komentarzem [GH2]: PB na zakres kolejowy - załącznik do SIWZ.

Z treści zacytowanego wyżej pkt. 3 PFU jednoznacznie wynika, że projekt budowlany powinien być załączony do dokumentacji przetargowej, Zamawiający najprawdopodobniej jest w jego posiadaniu, a mimo to nie został załączony. Poza oczywistym brakiem możliwości określenia zakresu robót jaki ma zostać wykonany oraz prawidłowego skalkulowania ceny oferty tej części przedmiotu zamówienia, powyższy brak powoduje również kolejny problem, gdyż uniemożliwia wykonawcom dotrzymanie terminu na zadawanie pytań Zamawiającemu w tym zakresie, ponieważ termin ten upłynął w dniu 28.11.2019 r.

2. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz **Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest określenia podstawowych założeń do opracowania oraz wyceny robót lub innych świadczeń wynikających lub związanych z projektem/projektami tymczasowej organizacji ruchu (TOR).**

Biorąc pod uwagę specyfikę prowadzenia robót budowlanych i związane z tym uwarunkowania odnośnie konieczności zapewnienia bezpieczeństwa wraz z umożliwieniem ciągłości ruchu publicznego w centrum miasta Dąbrowa Górnicza, zachodzi konieczność wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu wraz z jego wprowadzeniem na etapie realizacji robót budowlanych. Niejednokrotnie jest to kluczowy czynnik realizacyjny.

Zamawiający w dokumentach przetargowych ST DM.00.00.00 pkt. 1.5.12 informuje, że **może** przekazać wykonawcy projekt tymczasowej organizacji ruchu lub wytyczne do jego wykonania, które muszą zostać uwzględnione. Brak udostępnienia w materiałach przetargowych projektu tymczasowej organizacji ruchu oraz wytycznych do jego opracowania powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie skalkulować kosztu wykonania tymczasowej organizacji ruchu oraz kosztu jego wprowadzenia. Dla uwidocznienia stopnia skomplikowania i związanej z tym skali potencjalnych kosztów, poniżej podano kilka kluczowych problemów w tym zakresie, jakie wynikają z braku określenia podstawowych założeń do opracowania oraz wyceny robót lub innych świadczeń wynikających lub związanych z projektem tymczasowej organizacji ruchu (TOR):

- Czy w miejscu budowanego przejścia podziemnego (ul. Konopnickiej) w okresie od przekazania terenu budowy Wykonawcy – do terminu zakończenia przedmiotu zamówienia – Wykonawca będzie miał możliwość wyłączenia odcinka tej drogi (będącego częścią terenu budowy) z ruchu

publicznego na zasadach określonych zgodnie z projektem stałej organizacji ruchu?, Czy też Wykonawca będzie miał obowiązek realizacji potrzeb Zamawiającego odnośnie zapewnienia ciągłości ruchu publicznego w tym miejscu ul. Konopnickiej oraz w jakim zakresie, czy tylko ruchu pieszych czy także pojazdów?

- Czy Wykonawca będzie miał możliwość wyłączyć z ruchu publicznego i na jakich zasadach przejście przez torowisko pomiędzy ul. Limanowskiego a ul. Kościuszki / Kolejową?
- Czy ulice: Limanowskiego, Kolejową, Kościuszki, skrzyżowanie ul. Robotniczej i Korzeniec, Sobieskiego – Wykonawca będzie mógł wyłączyć z ruchu publicznego w okresie od przekazania terenu budowy do zakończenia przedmiotu zamówienia?
- Jakie są wymagania Zamawiającego w przypadku konieczności utrzymania ruchu publicznego na powyższych drogach w okresie realizacji robót?
- Czy w przypadku zamknięcia dla ruchu publicznego przejazdu przez tory kolejowe w rejonie ronda na ul. Konopnickiej należy przewidzieć zmianę trasy przejazdu pojazdów komunikacji publicznej?
- Jak Zamawiający rozumie w tym przypadku utrzymanie objazdów, skoro i tak jest to rozwiązanie docelowe - jakie objazdy Wykonawcy mają utrzymywać?

Powyższe problemy wskazują, iż kluczowe jest określenie zasad organizacji transportu publicznego autobusowego i tramwajowego w okresie realizacji robót.

Odwołujący wskazuje że w projekcie umowy w § 8 Zamawiający określił, że wynagrodzenie Wykonawcy określone w Ofercie winno zwracać wszystkie koszty w tym koszty wynikające z treści ust. 5.14, tj.:

„koszty związane z opłatami za objazdy komunikacji zbiorowej KZK GOP lub (w przypadku wystąpienia objazdów)”.

Zatem, Wykonawcy mają obowiązek takie koszty skalkulować oraz uwzględnić w cenie oferty jednocześnie nie posiadając podstawowych ww. informacji, które umożliwiają rzetelną kalkulację kosztów.

3. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest dokumentacji geologiczno – inżynierskiej oraz brak jest dokumentacji z badań podłoża gruntowego.

Zamawiający w dokumentacji przetargowej dla zakresu na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza nie załączył dokumentacji geologiczno – inżynierskiej oraz dokumentacji z badań podłoża gruntowego, co uniemożliwia weryfikację i wycenę rozwiązań dokumentacji projektowej w aspekcie warunków gruntowych pod projektowanymi obiektami budowlanymi. W związku z tym brak jest szczegółowych informacji o gruntach zalegających w podłożu, co uniemożliwia prawidłowe zaplanowanie m.in.: robót ziemnych, robót związanych z posadowieniem obiektów, robót związanych z budową i przebudową kolizji sieci uzbrojenia terenu. Są to informacje niezbędne do prawidłowego doboru zasobów roboczych a także określenia czasookresu ich zaangażowania. W tym miejscu warto dodać że przedmiar robót zakłada rozliczenie całości wykonanych robót ziemnych w jednej pozycji przedmiarowej zgodnie z jedną specyfikacją obejmującą wykonanie nasypów z gruntów z wykopów oraz dokopu. Braku dokumentacji geologiczno - inżynierskiej uniemożliwia dokonanie kwalifikacji gruntów pod względem przydatności do budowy nasypów a także określenia ilości warstwy ziemi urodzajnej oraz ilości materiału do utylizacji. Brak przedmiotowej dokumentacji nie pozwala rzetelną kalkulację kosztów wykonania znacznej części robót na kontrakcie, co powoduje m.in. brak możliwości

zapewnienia porównywalności ofert Wykonawców, gdyż każdy z nich dowolnie wyceni tą część przedmiotu zamówienia.

Należy przy tym zwrócić uwagę na wymogi przepisów prawa dotyczące zawartości dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego, z których wynika iż powinien być opracowaniem kompletnym z punktu widzenia celu dla którego został opracowany.

Zgodnie z prawem art. 34 ust. 3 Prawa budowlanego Projekt budowlany powinien zawierać:

pkt. 4) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych;

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych w §4 ust. 3:

Rozróżnia się następujące kategorie geotechniczne obiektu budowlanego:

1) pierwsza kategoria geotechniczna, która obejmuje posadawianie niewielkich obiektów budowlanych, o statycznie wyznaczalnym schemacie obliczeniowym w prostych warunkach gruntowych, w przypadku których możliwe jest zapewnienie minimalnych wymagań na podstawie doświadczeń i jakościowych badań geotechnicznych, takich jak:

- a) 1- lub 2-kondygnacyjne budynki mieszkalne i gospodarcze,*
- b) ściany oporowe i rozparcia wykopów, jeżeli różnica poziomów nie przekracza 2,0 m,*
- c) wykopu do głębokości 1,2 m i nasypy budowlane do wysokości 3,0 m wykonywane w szczególności przy budowie dróg, pracach drenażowych oraz układaniu rurociągów;*

2) druga kategoria geotechniczna, która obejmuje obiekty budowlane posadawiane w prostych i złożonych warunkach gruntowych, wymagające ilościowej i jakościowej oceny danych geotechnicznych i ich analizy, takie jak:

- a) fundamenty bezpośrednie lub głębokie,*
- b) ściany oporowe lub inne konstrukcje oporowe, z zastrzeżeniem pkt 1 lit. b, utrzymujące grunt lub wodę,*
- c) wykopu, nasypy budowlane, z zastrzeżeniem pkt 1 lit. c, oraz inne budowle ziemne,*
- d) przyczółki i filary mostowe oraz nabrzeża,*
- e) kotwy gruntowe i inne systemy kotwiące;*

3) trzecia kategoria geotechniczna, która obejmuje:

- a) obiekty budowlane posadawiane w skomplikowanych warunkach gruntowych,*
- b) nietypowe obiekty budowlane niezależnie od stopnia skomplikowania warunków gruntowych, których wykonanie lub użytkowanie może stwarzać poważne zagrożenie dla użytkowników, takie jak: obiekty energetyki, rafinerie, zakłady chemiczne, zapory wodne i inne budowle hydrotechniczne o wysokości piętrzenia powyżej 5,0 m, budowle stoczniowe, wyspy morskie i platformy wiertnicze oraz inne skomplikowane budowle morskie, lub których projekty budowlane zawierają nieznaną podstawę w przepisach nowe niesprawdzone w krajowej praktyce rozwiązania techniczne,*
- c) obiekty budowlane zaliczane do inwestycji mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, określone w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. Nr 213, poz. 1397),*
- d) budynki wysokościowe projektowane w istniejącej zabudowie miejskiej,*

- e) obiekty wysokie, których głębokość posadawiania bezpośredniego przekracza 5,0 m lub które zawierają więcej niż jedną kondygnację zagłębioną w gruncie,
- f) tunele w twardych i niespękanych skałach, w warunkach niewymagających specjalnej szczelności,
- g) obiekty infrastruktury krytycznej,
- h) obiekty zabytkowe i monumentalne.

Zgodnie z treścią § 7 ww. rozporządzenia:

ust. 1.:

W przypadku obiektów budowlanych wszystkich kategorii geotechnicznych opracowuje się opinię geotechniczną.

ust. 2.:

W przypadku obiektów budowlanych drugiej i trzeciej kategorii geotechnicznej opracowuje się dodatkowo dokumentację badań podłoża gruntowego i projekt geotechniczny.

ust. 3.

W przypadku obiektów budowlanych trzeciej kategorii geotechnicznej oraz w złożonych warunkach gruntowych drugiej kategorii wykonuje się dodatkowo dokumentację geologiczno-inżynierską, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 163, poz. 981).

Zgodnie treścią pkt. 5.5 Opisu technicznego do projektów budowlanych dla obiektów inżynierskich: WD-1; WD-2; PP-1; SO-01; SO-02; SO-03 znajduje się informacja, iż dla tych obiektów wyznacza się **drugą kategorię geotechniczną oraz złożone warunki gruntowe**. Wskazuje to jednoznacznie, iż dokumentacja geologiczno-inżynierska powinna zostać opracowana oraz dołączona do projektów budowlanych.

W odniesieniu do robót w branży kolejowej brak jest w ogóle jakiegokolwiek części projektu budowlanego i w konsekwencji również brak jest dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

4. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza brak jest **projektu wykonawczego „Wiaduktu WD-1 nad istniejącym torem kolejowy nr 106” oraz „Wiadukt WD-2 nad sieciami uzbrojenia terenu”**. W udostępnionej dokumentacji brak jest projektów wykonawczych dla wiaduktów WD-1 i WD-2 co skutkuje brakiem możliwości zweryfikowania przedmiarów robót opisujących przedmiot zamówienia. Brak projektów wykonawczych nie pozwala określić specyfiki oraz ilości materiałów przewidzianych do zastosowania, a także uniemożliwia dobranie rozwiązań technologicznych i zasobów niezbędnych do prowadzenia prac. Brak wiedzy w zakresach przytoczonych powyżej, uniemożliwia wykonanie szczegółowego harmonogramu robót, a przede wszystkim prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej
5. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza zawarto **rozbieżny opis przedmiotu zamówienia w zakresie lokalizacji obiektów inżynierskich w km 1+057,24 projektowanej obwodnicy**. W dokumentacji przetargowej tj. projekcie budowlanym wskazane są rozbieżne rozwiązania w zakresie lokalizacji obiektów inżynierskich na obwodnicy w km 1+057,24 w stosunku do lokalizacji tych obiektów określonej w projektach wykonawczych. Projekt wykonawczy w zakresie ściany oporowej SO-01 zlokalizowanej wzdłuż projektowanej obwodnicy, Rys. nr. 1 „Rzut, przekrój podłużny, poprzeczny” jest rozbieżny względem analogicznego rysunku w projekcie budowlanym tej samej ściany oporowej SO-01

zlokalizowanej wzdłuż projektowanej obwodnicy, rys. nr. 1 „Rzut, przekrój podłużny, poprzeczny”. W obu projektach pokazane są dwie różne konstrukcje inżynierskie. Po analizie dokumentacji przetargowej należy stwierdzić, że w tym samym miejscu wskazane do wykonania są dwa różne obiekty inżynierskie. Niejednoznaczne przedstawienie zakresu zamówienia uniemożliwia przeprowadzenie rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

6. W dokumentacji przetargowej w zakresie robót na rzecz PKP PLK SA **brak jest projektów budowlanych na wykonanie dwóch obiektów inżynierskich „Przejścia podziemnego w rejonie stacji Dąbrowa Górnicza – centrum” oraz „Wiadukt kolejowy w km 300,009 Linii nr 1”**. Brak projektów budowlanych uniemożliwia jakikolwiek dobór rozwiązań technologicznych, oszacowanie niezbędnych zasobów, a także opracowanie szczegółowego harmonogramu robót. Wszystkie przytoczone wcześniej argumenty powodują, że niemożliwe jest przeprowadzenie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia.

7. **Brak jest rozwiązań szczegółowych na skrzyżowaniu typu rondo przy ul. Sobieskiego:** W udostępnionej dokumentacji brakuje projektu wykonawczego uwzględniającego szczegóły rozwiązania technicznego układu drogowego w obrębie ronda przy ulicy Sobieskiego. Brak rozwiązania wysokościowego istniejącego przebiegu torowiska tramwajowego uniemożliwia stwierdzenia czy jest ono przewidziane do przebudowy a tym samym czy należy uwzględnić w ofercie związane z tym koszty. Brak zamieszczonego planu warstwicowego na tarczy przebudowywanego ronda uniemożliwia policzenie faktycznej ilości robót ziemnych (nasypów, wykopów). Z uwagi na całkowity brak danych dotyczących przystanków komunikacji zbiorowej zaznaczonych na planie sytuacyjnym brak jest możliwości oszacowania kosztów związanych z jego budową. Każdy z wymienionych elementów ma istotny wpływ na termin realizacji inwestycji, a przede wszystkim na koszt ich realizacji, który Wykonawca powinien umieścić w cenie oferty.

8. **Rozbieżność w zakresie robót drogowych.** Rozbieżności co do zakresu wycenianej oferty występują na początku projektowanej inwestycji. W dokumentacji architektoniczno-budowlanej zamieszczonej przez Zamawiającego w branży drogowej Inwestycja rozpoczyna się przebudową istniejącego skrzyżowania na skrzyżowanie typu rondo w ciągu ulicy Sobieskiego, natomiast według dokumentacji branży sanitarnej inwestycja rozpoczyna się od projektowanego ronda na skrzyżowaniu ul. Grynia i ul. Legionów Polskich oraz budowie połączenia ul. Grynia z ul. Sobieskiego. Jeżeli inwestycja ma obejmować przebudowę w/w układu drogowego zgodnie z zakresem sanitarnym występuje brak rozwiązań wysokościowych oraz poprzecznych potrzebnych do oszacowania kosztów związanych z przebudową tego fragmentu inwestycji.

9. **Brak planu warstwicowego tarczy rond.** Z uwagi na brak projektu wykonawczego uwzględniającego rozwiązania wysokościowe tarcz rond nie można określić ilości robót ziemnych a tym samym skalkulować kosztów związanych z prowadzeniem robót wykopowych i nasypowych. Ilość robót ziemnych ma kluczowy wpływ na harmonogram robót a tym samym na czas wprowadzania tymczasowej organizacji ruchu na skrzyżowaniu. Przytoczone braki uniemożliwiają wykonanie rzetelnej kalkulacji kosztów.

10. **Brak przekrojów poprzecznych w zakresie drogowym.** Zgodnie z wytycznymi Zamawiającego przedmiary robót podlegają weryfikacji przez Wykonawcę, w związku z tym brak projektu wykonawczego branży drogowej zawierającego przekroje poprzeczne w rozstawie min. co 50 m

w ciągu projektowanych dróg, parkingów, skrzyżowań skutkuje brakiem możliwości określenia (weryfikacji) faktycznej ilości robót ziemnych (nasyp, wykop) co uniemożliwia wykonanie wyceny tych robót.

Poniżej Odwołujący przedstawia zestawienie tabelaryczne z wykazem braków w dokumentacji projektowej w zakresie branży drogowej; inżynierskiej i sieciowej odnoszące się do zakresu robót realizowanego na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza. Oznaczenia w poniższej tabeli ze słowem „TAK” oznaczają iż dana część została udostępniona przez Zamawiającego, natomiast oznaczenia ze słowem „NIE” oznaczają, iż te części dokumentacji projektowej nie zostały udostępnione.

BRANŻA DROGOWA

PARKINGI		
Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	TAK	NIE
Plan sytuacyjny	TAK	NIE
Profile podłużne	TAK	NIE
Przekroje typowe	TAK	NIE
Szczegóły konstrukcyjne	TAK	NIE
Opis techniczny	TAK	NIE

UKŁAD DROGOWY

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	TAK	NIE
Plan sytuacyjny	TAK	NIE
Profile podłużne	TAK	NIE
Przekroje typowe	TAK	NIE
Szczegóły konstrukcyjne	TAK	NIE
Wzmocnienie podłoża i nasypów	TAK	NIE
Opis techniczny	TAK	NIE

UL. KONOPNICKIEJ

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	TAK	NIE
Plan sytuacyjny	TAK	NIE
Profile podłużne	TAK	NIE
Przekroje typowe	TAK	NIE
Opis techniczny	TAK	NIE

DOCELOWA ORGANIZACJA RUCHU

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Opis techniczny	NIE	TAK

BRANŻA ZIELEŃ

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK

Inwentaryzacje dendrologiczne	NIE	TAK
Projekty szaty roślinnej	NIE	TAK
Opis techniczny	NIE	TAK

BRANŻA INŻYNIERYJNA

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Przejsie podziemne PP-01	TAK	TAK
Ściana Oporowa SO-1	TAK	TAK
Ściany Oporowej SO-2	TAK	TAK
Ściany Oporowej SO-3	TAK	TAK
Wiadukt WD-1	TAK	NIE
Wiadukt WD-2	TAK	NIE

BRANŻA SANITARNA

PRZEBUDOWA SIECI CIEPŁOWNICZEJ

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	TAK	TAK
Plan sytuacyjny	TAK	TAK
Profile podłużny	TAK	TAK
Schemat montażowy	TAK	TAK
Szczegóły	TAK	TAK
Opis techniczny	TAK	TAK
PODPORA - Konstrukcja	NIE	NIE

PRZEBUDOWA SIECI GAZOWEJ WYSOKIEGO CIŚNIENIA

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Profile podłużny	NIE	TAK
Schemat montażowy	NIE	TAK
Opis techniczny	NIE	TAK

PRZEBUDOWA SIECI GAZOWEJ ŚREDNIEGO I NISKIEGO CIŚNIENIA

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Profile podłużny	NIE	TAK
Schemat montażowy	NIE	TAK
Opis techniczny	NIE	TAK

BUDOWA I PRZEBUDOWA KANALIZACJI DESZCZOWEJ

Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Profile podłużny	NIE	TAK
Schemat studni	NIE	TAK
Rysunki studni monolitycznych (konstrukcyjne)	NIE	NIE
Posadowienie zbiorników ret.	NIE	NIE

Opis techniczny	NIE	TAK
-----------------	-----	-----

BUDOWA I PRZEBUDOWA KANALIZACJI SANITARNEJ		
Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Profile podłużny	NIE	TAK
Schemat studni	NIE	TAK
Rysunki studni monolitycznych (konstrukcyjne)	NIE	NIE
Opis techniczny	NIE	TAK

BUDOWA I PRZEBUDOWA SIECI WODOCIAGOWEJ		
Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	NIE	TAK
Plan sytuacyjny	NIE	TAK
Profile podłużny	NIE	TAK
Schemat studni	NIE	TAK
Schemat montażowy	NIE	TAK
Rysunki studni monolitycznych (konstrukcyjne)	NIE	NIE
Opis techniczny	NIE	TAK

BUDOWA I PRZEBUDOWA MAGISTRALI WODOCIAGOWEJ		
Dokumentacja	Projekt Budowlany	Projekt Wykonawczy
Plan orientacyjny	TAK	NIE
Plan sytuacyjny	TAK	NIE
Profile podłużny	TAK	NIE
Schemat komór	TAK	NIE
Schemat montażowy	TAK	NIE
Rysunki studni monolitycznych (konstrukcyjne)	NIE	NIE
Opis techniczny	NIE	TAK

Mając na względzie podstawowe zasady Prawa Zamówień Publicznych, zdecydowanie należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych, tj. w sposób nie uwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zamawiający nie dołączył do SIWZ szeregu dokumentów, które jest zobligowany dołączyć, zwłaszcza roboty z zakresu dla Gminy Dąbrowa Górnicza są realizowane w systemie „Buduj”.

Art. 31. Ustawy PZP wskazuje, że Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane

1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.

2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

4. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) programu funkcjonalno-użytkowego mając na względzie rodzaj robót budowlanych, a także nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamówień.

Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „Rozporządzenie”),

Szczegółowo określa jakie dokumenty powinny zostać dołączone przez Zamawiającego, aby dokonać prawidłowego opisu przedmiotu Zamówienia w kontekście brzmienia art. 31 Ustawy pzp w zw. z art. 29 Ustawy pzp.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2267/13) „Zamawiający, który nie jest w stanie opracować opisu przedmiotu zamówienia nie może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie jednym z podstawowych warunków jest przekazanie na równych prawach wszystkim wykonawcom opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy.”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi na Wykonawcę całe ryzyko, związane z brakiem jednoznacznego zdefiniowania zakresu i sposobu wykonania robót. Na podstawie danych zawartych w PFU Wykonawcy mogą różnie interpretować wymagania Zamawiającego, co z kolei spowodować złożenie przez Wykonawców skrajnie nieporównywalnych ofert.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne do wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom przygotować oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r. sygn. Akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Opis Przedmiotu Zamówienia, który nie spełnia powyższych zasad, nie pozwala na określenie zakresu zobowiązania Wykonawcy i dokonanie przez niego prawidłowej wyceny oferty, prowadząc jednocześnie do naruszenia zasad swobody umów wyrażonej w art. 353(1) kc, w tym także zasady równości stron, a także zasadami współżycia społecznego oraz celem i charakterem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 Ustawy).

Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia narusza art. 7 ust. 1 i 3 art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1, 2 i 3 Ustawy oraz wymagania wskazane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.'

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo wycenić ofertę, koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego SIWZ o wszystkie wyżej wymienione w uzasadnieniu dokumenty i dane.

IV. Wynagrodzenie kosztorysowe, ryczałtowe brak możliwości zmiany wynagrodzenia

„§ 8 Wynagrodzenie

1. Wysokość wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ofertą nie przekroczy kwoty:

1.1. za zakres na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza za wynagrodzeniem **kosztorysowym, które nie przekroczy łącznej kwoty:**

1.1.1 Oświadczam, że kosztorysy ofertowe wykonałem przyjmując poniższe dane wyjściowe do kosztorysowania:

- stawki robocizny kosztorysowej	Rg	= zł / r-g
- wskaźnik narzutów kosztów pośrednich	Kp	= % od R+S
- wskaźnik narzutów zysków	Zysk	= % liczony od R+S+Kp
- wskaźnika narzutów do zakupu materiałów	Kz	= % liczonych od M.

1.2. za zakres na rzecz PKP PLK S.A. **za ostatecznym wynagrodzeniem ryczałtowym wynoszącym:**

..... netto (słownie:..... złotych)

plus podatek VAT zł (słownie:)

brutto zł (słownie:)

2. Cena określona w ust. 1.1. uwzględnia wszystkie wymagania STWiORB, dokumentacji projektowej oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy (w tym koszty ust. 5).

6. W przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, niezbędnych z uwagi na bezpieczeństwo budowy lub właściwe funkcjonowanie przedmiotu umowy, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego przed przystąpieniem do ich wykonania.

7. Roboty dodatkowe i zamiennie, wynikłe w trakcie realizacji przedmiotu umowy, będą rozliczane na podstawie obmiaru faktycznie wykonanych robót i przy zastosowaniu cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego, przy czym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewyższyć zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej."

Wskazany w umowie sposób kalkulacji wynagrodzenia umownego wypacza jego zasadniczy charakter. Zamawiający oczekuje, aby zakres na rzecz Gminy Dąbrowa Górnicza został wykonany za wynagrodzeniem **kosztorysowym, czyli ma być rozliczona obmiarem powykonawczym, a jednocześnie ustala maksymalną kwotę, której to wynagrodzenie nie może przekroczyć. Należy zwrócić uwagę, że jednocześnie cena ta ma zawierać wszystkie wymagania STWiORB, dokumentacji projektowej oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu umowy. Przy czym Zamawiający nie załączył kompletem dokumentacji projektowej i STWiORB, które pozwoliłyby dokonać rzetelnej wyceny**

wynagrodzenia rzez Wykonawców. Zamawiający oczekuje zatem przejęcia przez Wykonawców ryzyka braku ujęcia w wynagrodzeniu umownych elementów, które w sposób istotny mogą wpływać na zakres prac wykonany przez Wykonawcę, a zatem na jego wynagrodzenie umowne.

Ta sama problematyka tyczy się wynagrodzenia ryczałtowego za zakres wykonany dla PKP PLK S.A. W tym przypadku Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, ale również bark rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, w tym brak projektu budowlanego, badań podtorza, określenia kolidującej infrastruktury uniemożliwia prawidłową kalkulację wynagrodzenia.

Dodatkowo Zamawiający nie zawarł w umowie jakichkolwiek postanowień, które uprawniają do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia.

A dodatkowo określił, że wszelkie prace dodatkowe i zamienne, nie mogą przewyższyc zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej.

Nie sposób również nie zauważyć, że Projekt Umowy został sporządzony w sposób jednostronny, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka kontraktowe w tym ryzyko kalkulacji w cenie ofertowej przyszłych robót dodatkowych! Zatem Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje od Wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jeśli 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. 29 - 31 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza przepisy art. 5 KC, 58 KC i 353¹ KC. Odwołujący sprzeciwia się nadużywaniu przez Zamawiającego uprawnień w zakresie obarczenia wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty. Odwołujący zna aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu i rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem „wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty” (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy, ale jednocześnie jest zaskoczony, że Zamawiający mimo wielu publicznych deklaracji nie korzysta z wzorów umowy które z sukcesem stosuje w innych zamówieniach publicznych oraz prezentuje je na swojej stronie internetowej. Oczywiście Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, jednakże zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2015 r., sygn.akt KIO 892/15). Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 409/17), wskazuje, że z art. 353¹ KC wynika przyzwole nie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające

do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia projektu umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego. 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. Dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenia umowne jest nieskuteczne również z punktu widzenia regulacji art. 5 KC, 58 KC i 353¹ KC. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ KC), a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC). Uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 KC nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353¹ KC. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na treść zasad współżycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu, w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też umowach w sprawie zamówień publicznych. Rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC. Dodatkowo Zamawiający w art. 5 KC, w myśl którego nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy, które w innych przetargach publicznych ogłaszanych przez PKP PLK S.A. mają zupełnie inną treść i kształtują zupełnie inny rozkład ryzyk, co wskazuje na naruszenie wyartykułowanej w Ustawie PZP zasady uczciwej konkurencji. Wobec powyższego, Odwołujący stoi na stanowisku, że zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez Zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy.

Odwołujący jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą, realizujący inwestycje z zakresu infrastruktury drogowej i kolejowej a co za tym idzie, ubiegający się o zamówienia publiczne

w tym zakresie, nie godzi się na konsekwencje uregulowania w Projekcie Umowy sposób kalkulowania wynagrodzenia opisanego powyżej.

W zwi   z powyższym Wykonawca wnosi o wprowadzenia zmian w Projekcie Umowy, PFU i SIWZ następujących zmian:

1. Uzupełnienia SIWZ o dokumenty i dane, które pozwol   skalkulować cen   ofertową w sposób rzetelny i porównywalny z ofertami innych wykonawców, a wskazane w pozosta  lych punktach uzasadnienia do niniejszego odwołania.
2. Modyfikacji postanowień dotyczących wynagrodzenia kosztorysowego poprzez wykreślenie w par. 8 pkt. 1 i 1.1
3. Wprowadzenie w projekcie umowy postanowień uprawniających do zmiany postanowień umowy w zakresie ceny, w szczególności poprzez modyfikacj   postanowień w    12 projektu umowy (propozycja w za  czniku nr 7 do niniejszego odwołania)
4. Modyfikacj   postanowień dotyczących robót dodatkowych poprzez Usunięcie w    8 ust. 7 „przyczym wartość kosztorysów powykonawczych nie może przewy  szy   zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej.”

V. Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie podtorza oraz badań geotechnicznych

2.2.2.2 *W zakresie stanu podtorza Zamawiający udostępnia dokumentacj   geotechniczną wraz z otrzymanymi wynikami przeprowadzonych badań.*

3.7.2 *Zakres Robót będzie wynika   każdorazowo z aktualnego stanu technicznego podtorza i pod  o   kolejowego. Stan techniczny podtorza i pod  o   kolejowego będzie wynikiem przeprowadzonych przez Wykonawc   badań geotechnicznych (uzupełnień istniejących badań) Zakres robót będzie wynika   także z konieczności dostosowania podtorza i pod  o   do docelowego standardu modernizacji (budowy) linii kolejowej, określonego ogólnymi w  lasciwo  ciami funkcjonalno-u  zytkowymi, na której eksploatowana jest nawierzchnia konwencjonalna. Wykonawca na podstawie badań geotechnicznych określi parametry techniczne podtorza. W przypadku niespełnienia wymagań określonych w Instrukcji Id-3 oraz obowiązujących przepisów, Wykonawca zaprojektuje i wykona wzmocnienia. Analiz   i ocen   stateczności podtorza Wykonawca przeprowadzi zgodnie z obowiązującymi normami.*

3.2.1 Badania geotechniczne

Wykonawca uszczeg  lowi rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych w razie wystąpienia takiej konieczności. Ewentualne badania podłoża gruntowego należy przeprowadzi   zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi bada  mi podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej

Zamawiający przerzuca na wykonawc   odpowiedzialność związaną z określeniem warunków gruntowo-wodnych, które wpływają na określenie zakresu i rodzaju robót, sposobu organizacji prac, terminu wykonania robót. Ponadto odnosząc się do robót w zakresie podtorza Zamawiający nie okre  li   nawet parametrów technicznych jakie mają być osiągnięte w wyniku przeprowadzonych robót.

Wynagrodzenie za zakres robót na rzecz PKP PLK S.A. zostało zdefiniowane jako wynagrodzenie ryczałtowe. Dodatkowo w projekcie umowy próżno szuka   postanowień uprawniających do zmiany wynagrodzenia w przypadku odmiennych warunków geologicznych czy gruntowo-wodnych od tych które zostały skalkulowane w ofercie.

Projekt umowy § 12 pkt 1.1.3. przewiduje jedynie możliwość wydłużenia czasu realizacji umowy, a mianowicie: *Zaistnienie odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych (kategoria gruntu, kurzałka, skała, niekontrolowane nasypy, obecność płyt betonowych itp.), skutkujących niemożliwością realizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych. W przypadku wystąpienia tego typu odstępstw od założonych termin realizacji umowy zostanie wydłużony o czas potrzebny na usunięcie powstałych utrudnień.*

Przepisy prawa jednoznacznie wskazują, że opis przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego, a art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robót - wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy, zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Niewątpliwie dokonanie opisu przedmiotu Zamówienia w przywołany powyżej sposób, powoduje przygotowanie przez Wykonawców skrajnie odmiennych, nieporównywalnych ofert. To z kolei należy kwalifikować jako naruszenie przez Zamawiającego podstawowej zasady Prawa Zamówień Publicznych jakim jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz powoduje przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę co stanowi naruszenie zasad współzycia społecznego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o:

1. uzupełnienie SIWZ o badania geotechniczne, określenie robót i ich ilości jakie wykonawcy mają skalkulować w zakresie robót dotyczących podtorza, oraz parametrów, jakie mają zostać osiągnięte w wyniku wykonania tych robót.
2. Wprowadzenie w projekcie umowy w § 12 postanowień uprawniających wykonawcę do wnioskowania do zmiany istotnych postanowień umownych w zakresie kosztu czasu w przypadku wystąpienia odmiennych od wskazanych w SIWZ warunków gruntowo-wodnych.

VI. Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie dotyczącym usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi.

W pkt. 3.7.11 PFU Kolizje z sieciami zewnętrznymi wskazano:

3.7.11 Kolizje z sieciami zewnętrznymi

Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury takiej jak sieci kanalizacyjne i wodociągowe, dreny, linie i słupy telefoniczne oraz elektryczne, ujęcia wodne, urządzenia wodne, gazociągi, a także obiekty budownictwa lądowego, itp., przed wykonaniem jakiegokolwiek wykopu i rozpoczęciem innych robót mogących naruszyć to urządzenie lub instalacji oraz do usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia.

Każdorazowo przed przystąpieniem do robót ziemnych należy wykonać przekopy próbne/wykopy kontrolne dla identyfikacji uzbrojenia podziemnego, którego uszkodzenie może zagrozić bezpieczeństwu, szczególnie ruchu kolejowego.

W przypadku odkrycia w trakcie robót ziemnych urządzeń, sieci nienaniesionych na mapy geodezyjne należy je zabezpieczyć i powiadomić właścicieli infrastruktury podziemnej, Inżyniera oraz Zamawiającego.

Wykonawca wykona usunięcia kolizji, które mógł przewidzieć na podstawie SIWZ.

Występujące kolizje i zbliżenia należy usunąć na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej. Sposób wykonania robót w miejscach zbliżeń i kolizji należy uzgodnić z gestorem danej sieci."

„Zamawiający informuje o wystąpieniu zidentyfikowanych rodzajów kolizji. Kolizje te opisane są w poniższych punktach."

W PFU brak jakichkolwiek punktów, w których zdefiniowano kolizje

Zamawiający nie zawarł w PFU informacji o kolizji sieciami a przy tym wskazał że: „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia."

Zamawiający nie dołączył do dokumentacji przetargowej warunków przebudowy kolidującej infrastruktury, przenosząc na Wykonawców obowiązek uzyskania warunków usunięcia kolizji i przebudowy od zarządców infrastruktury, a które w sposób znaczący wpływają na koszty przebudowy infrastruktury.

Na etapie przygotowanie oferty, Wykonawca nie ma możliwości ani uzyskania pełnej informacji o przebiegu kolidującej infrastruktury, a także nie ma możliwości uzyskania warunków ich usunięcia, ponieważ na etapie postępowania przetargowego nie ma stosownych pełnomocnictw właściciela terenu występowania kolizji, a także pełnej wiedzy na temat wszystkich występujących na danym terenie kolizjach. Nie jest również umocowaną prawnie stroną w odniesieniu do podmiotów zewnętrznych aby takie warunki uzyskać.

To Zamawiający na etapie postępowania przetargowego, ma większą możliwość dostępu do dokumentacji pozwalającej ocenić położenie infrastruktury własnej jak i obcej, ponieważ jako krajowy zarządca sieci kolejowej ma dostęp do aktualnych i archiwalnych danych oraz posiada wykwalifikowane służby odpowiedzialne za uganianie przebudowy infrastruktury zewnętrznej z krzyżującymi się układami torowymi. Tymczasem Zamawiający obliuguje Wykonawcę przygotowującego ofertę przetargową do identyfikacji oraz wyceny wszystkich kolizji z sieciami zewnętrznymi.

Wykonawca, który spróbuje na podstawie ogólnikowych danych samodzielnie opracować koncepcje przebudowy kolizji i ją wycenić na etapie postępowania przetargowego, naraża się na bardzo duże ryzyko związane z rozbieżnością tej koncepcji z faktycznie uzyskanymi warunkami przebudowy na etapie realizacji zadania. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że w przypadku stwierdzenia kolizji Wykonawca będzie musiał uzyskać warunki jej przebudowy od gestora sieci, które to warunki w sposób arbitralny narzucają zasady i wymogi jej usunięcia. A następnie dokonać przebudowy sieci zgodnie z powyższymi warunkami, gdyż w innym wypadku gestor niezgodnie dokumentacji projektowej, co uniemożliwi realizację przedmiotu umowy. Koszty usunięcia takiej kolizji mogą kształtować się na poziomie kilkuset tysięcy złotych.

Jednocześnie w Projekcie Umowy Zamawiający nie wprowadził jakichkolwiek postanowień, pozwalających dokonać zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w sytuacji, gdy podczas realizacji

przedmiotu umowy Wykonawca napotka na niezinventaryzowaną infrastrukturę lub warunki przebudowy infrastruktury, które nie były Wykonawcy znane na etapie kalkulowania oferty.

Projekt Umowy w § 12 pkt 1.1.4 przewiduje jedynie zmianę terminu wykonania umowy, w następujący sposób „1.1.4. Zaistnienia odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków terenowych, w szczególności napotkania innych niezinventaryzowanych sieci, urządzeń podziemnych kolidujących z realizowanymi robotami, skutkujących niemożliwością prowadzenia robót. W przypadku wystąpienia tego typu odstępstw od założonych, termin realizacji umowy zostanie wydłużony o czas uzyskania niezbędnych uzgodnień, zaprojektowania niezbędnych zabezpieczeń sieci oraz dokonania przełożenia kolidującego uzbrojenia”

Zamawiający skazuje Wykonawcę na odpowiedzialność za usunięcie wszystkich kolizji ujawnionych na etapie wykonania przedmiotu umowy, a nieujawnionych na etapie postępowania przetargowego w ramach ceny ryczałtowej. Każdy z Wykonawców kwotę tę musi skalkulować samodzielnie, przyjmując zupełnie różne, nieporównywalne założenia, ponieważ inwentaryzacja kolizji brak. Na podstawie danych zawartych w PFU Wykonawcy mogą różnie interpretować oraz wyceniać ryzyko, jakie jest związane z usunięciem kolidującego uzbrojenia. Co może powodować złożenie przez Wykonawców skrajnie nieporównywalnych ofert.

Powyższe powoduje brak możliwości rzetelnej i porównywalnej wyceny przez Wykonawcę zakresu usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi.

W ocenie Odwołującego wyższej kwestionowany sposób opisu przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalny. Zamawiający w sposób nieuprawniony przenosi na Wykonawcę całe ryzyko związane z brakiem zdefiniowania zakresu i sposobu wykonania robót. Taki sposób ukształtowania SIWZ w tym WU i PFU jest niezgodny nie tylko z przepisami prawa, ale także ze stanowiskiem samego Zamawiającego, a dokładnie PKP PLK, który wielokrotnie powoływał się na zasady kształtowania relacji w Zamawiający PKP PLK S.A. – Generalny Wykonawca określone w matrycy ryzyk (załącznik nr 5 do niniejszego odwołania). W niniejszej matrycy ryzyk, wskazano, że Wykonawca nie odpowiada za wzrost kosztów i wydłużenie czasu realizacji kontraktu w przypadku konieczności przebudowy urządzeń obcych, które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej.

W dniu 8 października 2018 roku Rada Ekspertów ds. inwestycji kolejowych powołana przez Ministra Infrastruktury i Budownictwa wyraziła pozytywną opinię co do ustalonej wspólnie przez uczestników inwestycji kolejowych matrycy ryzyk, rekomendując jej stosowanie na potrzeby inwestycji kolejowych.

Na stronie Zamawiającego można znaleźć załączoną matrycę ryzyk wraz w następującą informacją; „Rada Ekspertów wyraziła pozytywną opinię, co do ustalonej wspólnie przez uczestników inwestycji kolejowych matrycy ryzyk, rekomendując jej stosowanie w procesach inwestycji kolejowych. Uznano, że dokument ten, po jego odpowiednim wdrożeniu, będzie swoistym drogowskazem. Wykonawca bowiem już od etapu sporządzania oferty, poprzez czas realizacji zadania, aż do zakończenia inwestycji będzie wiedział jakie ryzyka winien wkalkulować w cenę, a później nimi zarządzać. W toku dyskusji rezygnowano z podjęcia uchwały RE uznano, że zakresie przyjęcia matrycy ryzyk jest konsensus.”

Matryca Ryzyk "Projektuj i Buduj"

Lp.	Ryzyko	Opis	Jednostka ryzyka	Alokacja ryzyk	
				Zamawiający	Wykonawca robót

2.15	Niezidentyfikowane kolizje	Wzrost kosztów robót budowlanych wywołany koniecznością przebudowy urządzeń obcych, które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej, a które zostały ujawnione na etapie wykonywania map do celów projektowych oraz uzgodnień dokumentacji (w tym ZUDP)	Koszt i czas*		X	
3.20	Dodatkowe kolizje z infrastrukturą techniczną	Wzrost kosztów robót budowlanych wywołany koniecznością przebudowy urządzeń obcych, które nie były przewidziane w dokumentacji przetargowej, a które mimo dołożenia należytej staranności nie zostały ujawnione na etapie wykonywania map do celów projektowych oraz uzgodnień dokumentacji (w tym ZUDP).	Koszt		X	

Zaskakujące jest zatem, że Zamawiający ukształtował WU i PFU w sposób sprzeczny z zasadami rozkładu ryzyk kontraktowych, które sam uzgodnił z Wykonawcami.

Ponadto na stronie PKP PLK pod adresem:

https://platformazakupowa.plksa.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=publicFilesList&folder=0006

można znaleźć wzory umów i PFU, które zostały wypracowane w ramach Forum Inwestycyjnego Zamawiającego i Wykonawców, dostosowane do wspomnianej wyżej matrycy ryzyk, a które to dokumenty Zamawiający zobligował się stosować w ogłaszanych postępowaniach przetargowych. Treść dokumentów przetargowych w tym w szczególności treść Projektu Umowy w sposób znaczący odbiega od wypracowanych zasad rozkładu ryzyk kontraktowych.

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo wycenić koszty usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego wskazanego zestawienia o szereg informacji, danych i dokumentów mających bezpośredni wpływ na kalkulację kosztów usunięcia kolizji z sieciami zewnętrznymi, a mianowicie poprzez uzupełnienie danych tam zawartych o:

- uzupełnienie materiałów przetargowych o uzgodnienia usuwania kolizji z gestorami sieci których dotyczy kolizje;
- zdefiniowanie wszystkich kolizji z sieciami zewnętrznymi koniecznych do usunięcia w ramach realizacji zadania;
- wprowadzenia do Projektu umowy oraz PFU postanowienia wynikającego, że Wykonawca nie odpowiada terminowo i kosztowo za infrastrukturę niewskazaną w dokumentacji przetargowej
- wskazania kwoty jaką wykonawcy mają przyjąć do oferty za zakresu robót polegających na usunięciu w/w kolizji, rozliczanej powykonawczo na podstawie kosztorysów opracowanych systemem Sekocenbud.
- Wprowadzenie w § 12 projekt umowy jednoznacznych zapisów uprawniających Wykonawcę do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia w przypadku kolizji infrastrukturą techniczną Zamawiającego lub innych podmiotów, która to infrastruktura nie była przewidziana w Programie Funkcjonalno – Użytkowym, a która to infrastruktura została ujawniona na etapie wykonywania map do celów projektowych oraz uzgodnień dokumentacji lub podczas wykonywania robót.

IV Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie dotyczącym robót porządkowych w ramach estetyzacji

3.7.12 PFU „Inne roboty

W ramach realizacji zamówienia Wykonawca wykona również:

6) Wszelkie niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii (np. odnowienie i uzupełnienie znaków, wskaźników, odnowienie ogrodzeń itp.);”

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w pkt 3.7.12 PFU ppkt. 6) wskazał w ramach innych robót – **wszelkie niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii** (np. odnowienie i uzupełnienie znaków, wskaźników, odnowienie ogrodzeń itp. jakie Wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji zamówienia.

Próżno szukać w jakiegokolwiek definicji estetyzacji linii, a wskazany przez Zamawiającego katalog robót jest katalogiem otwartym i zwiera jedynie przykładowe wyliczenie robót. 3.7.12 PFU wskazuje, że chodzi o niezbędne roboty porządkowe. Określenie „niezbędne” jest ogóle i niedookreślone, zatem nie ułatwia Wykonawcy zinterpretowania oczekiwań Zamawiającego, jakie roboty mają zostać wykonane. Co więcej, naraża Wykonawcę na ryzyko, że będzie zmuszony wykonać roboty w zakresie i ilościach, które nie zostały skalkulowane w ofercie.

Wyżej wskazane elementy PFU potwierdzają, że opis przedmiotu zamówienia we wskazanym zakresie, został dokonany w sposób nieprawidłowy i naruszający przepisy prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i ust. 2 Ustawy podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne do wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Kwestionowane postanowienia PFU powodują, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia powyższego wymogu, gdyż jest on ogólny i niedookreślony, zarazem przenosi na Wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów Ustawy, należy uznać dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez zdarzenia przyszłe i niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar nie są możliwe do przewidzenia z powodu braku dostatecznych informacji.

Tak dokonany opis przedmiotu Zamówienia powoduje przygotowanie przez Wykonawców skrajnie odmiennych, nieporównywalnych ofert. To z kolei należy kwalifikować jako naruszenie przez Zamawiającego podstawowej zasady Prawa Zamówień Publicznych jakim jest zapewnienie uczciwej konkurencji oraz stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego, w szczególności poprzez zaniechanie umieszczenia w Programie Funkcjonalno- Użytkowym informacji koniecznych w zakresie wyceny niezbędnych robót porządkowych w ramach estetyzacji linii oraz przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc.

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo wycenić inne roboty niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego PFU o szereg informacji, danych

mających bezpośredni wpływ na kalkulację tych robót, a mianowicie poprzez uzupełnienie danych tam zawartych o:

- zdefiniowanie przez Zamawiającego pojęcia estetyzacji linii kolejowej oraz oczekiwanego efektu, parametrów wykonanych robót;
- określenie zakresu terenowego na obszarze którego należy wykonać roboty zawierające się w pojęciu estetyzacji;
- określenie zamkniętego katalogu robót i ich ilości jakie Wykonawcy mają skalkulować w ofercie.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., art. 22 ust. 1a) oraz art. 22 d) a także w zgodności z przepisami tej Ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez Zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. (...).

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności, czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robót - wykonawca powinien otrzymać informacje i dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 tej ustawy, zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. (...) (KIO 1607/16)."

W ocenie Odwołującego kwestionowane w niniejszym odwołaniu opis przedmiotu zamówienia w tym stanowiących jej integralną PFU i WU zostały ukształtowane w sposób niezgodny z przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, zasadami współżycia społecznego oraz przepisami KC. Zamawiający w sposób nieuprawniony oczekuje, aby całość ryzyka związanego z niezidentyfikowanym zakresem robót i wykonaniem pozostałych zobowiązań niezbędnych do wykonania zamówienia przejął na siebie Wykonawca.

Takie ujęcie opisu przedmiotu zamówienia jest sankcjonowane w ramach najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych. Należy w tym miejscu przywołać chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2016 roku (sygn. akt KIO 437/16) potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 lipca 2016 roku (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Gdzie zanegowano dotkanie opisu przedmiotu zamówienia, w którym wskazano, że ewentualne zmiany na etapie realizacji, w stosunku do danych wskazanych przez Zamawiającego w PFU miałyby być ryzykiem obciążającym Wykonawcę. Jak wskazano w wyroku KIO „Z uwagi na brak wiedzy co do zakresu zmian oraz ich wpływu na wartość wykonywanych prac oraz innych elementów związanych z realizacją zamówienia (np. czasu) obciążenie tym ryzykiem w całości wykonawcę nakazy uznać za niewłaściwe”

Wskazane wyżej uchybienia jednoznacznie potwierdzają zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych we wstępie odwołania.

Jednocześnie mając na uwadze termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego na dzień **12.12.2019 do godz. 9** Odwołujący wskazuje, że wskutek działań Zamawiającego wskazanych w niniejszym odwołaniu, Odwołujący pozostaje w niepewności, jakie zasady i szczegółowe metody wyceny należy zastosować przy konstruowaniu oferty, a w konsekwencji pozbawiony jest możliwości właściwej oceny tego ryzyka i skalkulowania go w swojej ofercie.

Z uwagi na tę niepewność co do oferowanego zakresu świadczenia Wykonawcy nie mogą poprawnie skalkulować swojej oferty.

Zgodnie z art. 9a ustawy terminy składania ofert powinny uwzględniać złożoność postępowania oraz czas niezbędny na sporządzenie oferty oraz konieczność odbycia wizji lokalnej i sprawdzeniu dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na właściwe skalkulowanie oferty oraz na wprowadzenie zmian w ofertach wynikających z niniejszego odwołania.

Mając na uwadze powyższe argumenty, należy dojść do wniosku, wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne, w związku z tym Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. KRS Odwołującego;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.
5. Matryca Ryzyk.
6. Wzory umów stosowanych przez PKP PLK S.A.
7. Propozycja treści par. 12 projektu umowy

Z poważaniem

Pełnomocnik Skanska
S.A.