

Warszawa, dnia 10.04.2020r.

**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 Wydziału Inwestycji Drogowych  
Zbigniew Kubik  
E-mail: [kiwaszkiewicz@dabrowa-gornicza.pl](mailto: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](mailto:oferty.kolej@skanska.pl)  
[agnieszka.bisaga@skanska.pl](mailto: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.271.4.14.2020

**Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:**

Dz.U./S S67 03/04/2020 158474-2020-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. 9a ust. 1 i ust 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP Zamawiający naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę Wyznaczania terminów składania ofert z uwzględnieniem wszystkich elementów na które składają się złożoność postępowania, obecną sytuację epidemiczną w Polsce i na świecie oraz wymogi przeprowadzenia dodatkowych wizji i badań, a także terminy Świąt Państwowych przypadających w tym terminie.
- **art. 36 ust. 1 pkt 16) pzp** w zw. z **art. 471, 472, 483 § 1** oraz **art. 5 i art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego** w zw. z **art. 139 ust. 1 pzp** w zw. z **art. 7 ust. 1 pzp** poprzez ukształtowanie w Projekcie Umowy kar umownych za opóźnienie przy jednoczesnym braku górnego limitu kar.
- **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 SIWZ stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty wyburzeniowe wraz z utylizacją odpadów azbestowych, składowania i wbudowania destruktu asfaltowego, braku wskazania czynników cenotwórczych kosztów komunikacji zastępczej PKP i KZK GOP, koszty wyłączenia torowisk z ruchu, szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, a zatem skalkulowania wyceny oferty w zakresie wskazanych robót i przygotowanie porównywalnych ofert przez wykonawców;
  - przeniósł na Wykonawcę obowiązek uzyskania akceptacji projektanta dla ewentualnych przeprojektowań oraz obowiązek uzyskania licencji związanych z projektowaniem. Oczekując zarazem, aby koszty te zostały wkalkulowane cenę ofertową mimo braku jednoznacznych i wyczerpujących danych kalkulacyjnych oraz braku postanowień umownych uprawniających

do zmiany umowy w przypadku błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego;

- nie zawarł postanowień umownych uprawniających do zmiany umowy w zakresie kosztu i czasu w przypadku przebudowy lub naprawy kolidującej infrastruktury, niezidentyfikowanej na etapie oferowania.

- **art. 7 w zw. z art. 14 Ustawy w zw. z art. 5 kc w zw z art 58 § 1 kc. i art. 353<sup>1</sup> 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 SIWZ informacji koniecznych w zakresie zaniechań zamieszczenia w SIWZ stosownych dokumentów, danych i informacji niezbędnych do określenia zakresu planowanych prac i robót obejmujących roboty wyburzeniowe wraz z utylizacją odpadów azbestowych, składowania i wbudowania destruktu asfaltowego, braku wskazania czynników cenotwórczych kosztów komunikacji zastępczej PKP i KZK GOP, koszty wyłączenia torowisk z ruchu, szczegółowo wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania oraz przeniesienie całości ryzyka związanego z nieoszacowaniem niniejszego zakresu na Wykonawcę, co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> kc.

Przeniósł na Wykonawcę obowiązek uzyskania akceptacji projektanta dla ewentualnych przeprojektowań oraz obowiązek uzyskania licencji związanych z projektowaniem. Oczekując zarazem aby koszty te zostały w kalkulowanej cenie ofertowej mimo braku jednoznacznych i wyczerpujących danych kalkulacyjnych oraz braku postanowień umownych uprawniających do zmiany umowy w przypadku błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego.

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 lub terminu realizacji umowy w przypadku wystąpienia odmiennych warunków od tych, które wykonawca w kalkulował w ofertę, a które wynikają z udostępnionych Wykonawcom dokumentach m. in w odniesieniu do kolidującej infrastruktury, czy braków lub błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego

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. 353<sup>1</sup> 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, a związanych z brakami lub wadami dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, kolizją z infrastrukturą niezidentyfikowaną na etapie oferowania, a przede wszystkim okoliczności, które mogą wynikać z epidemii COVID-19, a które mogą ujawnić się po terminie składania ofert.

**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.:**

- Zmianę terminu składania ofert na termin nie wcześniejszy niż 05.06.2020 r.
- Uzupełnienie Opisu przedmiotu zamówienia o brakujące informacje i dokumenty, szczegółowo wymienione w treści uzasadnienia niniejszego odwołania,
- Zmianę i/lub uzupełnienie treści Projektu Umowy w sposób szczegółowo opisany w treści uzasadnienia niniejszego odwołania

**Interes we wniesieniu odwołania.**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu w/w zamówienia. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w ramach niniejszego postępowania oraz może zostać wybrany jako wykonawca przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji spowoduje to zobowiązanie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecną treścią SIWZ, którą Odwołujący uważa za niezgodną z obowiązującymi przepisami, niejasno sformułowaną oraz wymagającą doprecyzowania.

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 oraz uniemożliwiają przygotowanie i złożenie oferty w terminie składania ofert wyznaczonym przez Zamawiającego.

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 03.04.2020 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 S67 03/04/2020 158474-2020-PL.

## 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. TERMIN**

Zamawiający, udzielając zamówień publicznych, powinni dążyć i dołożyć wszelkich starań, by w efekcie ogłoszonego postępowania otrzymać rzetelne i porównywalne oferty. Na działania takie składa się wiele elementów. Do najważniejszych z nich możemy zaliczyć organizację procesu przetargowego (w tym wyznaczenie realnych terminów składania i otwarcia ofert), należyście przygotowany opis przedmiotu zamówienia, ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny czy w końcu ustalenie kryteriów oceny ofert, które pozwalają wybrać ofertę rzeczywiście najkorzystniejszą w zestawieniu z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Wszak tylko oferty, które zostały sporządzone w oparciu o taki sam zestaw informacji i wymagań mogą być ze sobą skutecznie porównywane.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 17.04.2020, który następnie zmienił w dniu 09.04.2020 na 21.04.2020.

W ocenie wykonawcy jest to termin za krótki, nie uwzględniający szeregu okoliczności takich jak:

- złożoność postępowania,
- obowiązujący na terenie kraju stan epidemii,
- konieczność przeprowadzenia przez Wykonawców wizji lokalnej i wykonania profesjonalnych badań gruntowych na terenie zamkniętym PKP oraz uwzględnienia ich wyników w cenie ofertowej,
- fakt, iż w terminie składania ofert przypadają Święta Państwowe.

Art. 9a ust. 1 ustawy Pzp zawiera zasadę, że zamawiający, wyznaczając terminy składania ofert, oprócz wymogu zachowania określonych w ustawie Pzp minimalnych okresów, uwzględnia czas potrzebny na faktyczne sporządzenie ofert. Przepis ten ma charakter gwarancyjny i zobowiązuje zamawiających do uwzględnienia przy wyznaczaniu terminów złożoności zamówienia, a także czasu potrzebnego na sporządzenie ofert. Terminy powinny być zatem ustalane indywidualnie, w zależności od rodzaju udzielanego zamówienia, oraz powinny uwzględniać przy szacowaniu ich długości daty kalendarzowe, np. okresy świąt państwowych, które faktycznie ograniczą czas przeznaczony na przygotowanie oferty. Ustalenie właściwego terminu składania ofert zwiększa szanse zamawiającego na osiągnięcie większej konkurencyjności ofert. Dodatkowo przy postępowaniach powyżej progów unijnych pamiętać należy również, że termin składania ofert liczony jest od momentu przekazania ogłoszenia o zamówieniu, a zatem zapoznanie się wykonawcy z treścią opublikowanego ogłoszenia możliwe staje się dopiero po kilku dniach od jego przesłania do publikacji.

W świetle omawianej regulacji terminy wyznaczane przez zamawiającego nie mogą być krótsze niż minimalne, wynikające z ustawy. Zamawiający może jednak w każdym przypadku terminy te wydłużyć, uwzględniając czas niezbędny do przygotowania oferty.

Zatem im bardziej skomplikowane w realizacji jest zamówienie, czyli przedsięwzięcie, które zamawiający zamierza zlecić do wykonania, tym dłuższy czas jest potrzebny na przygotowanie się przez wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu.

Wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę.

Wykonawca potrzebuje czasu na przygotowanie oferty, czyli wykonanie szeregu czynności w tym np. na ustalenie optymalnego sposobu wykonania zamówienia, wyliczenie wszystkich kosztów wykonania, zapewnienie wykwalifikowanych osób, zapewnienie dostaw niezbędnych dla wykonania zamówienia czy też zapewnienie finansowania przedsięwzięcia w okresie trwania umowy.

W zaistniałych okolicznościach jakim jest stan epidemii, czas ten jest potrzebny Wykonawcy nie tylko na wycenę zamówienia sensu stricto, która obecnie przebiega w innych warunkach, ale również po to, by skalkulować należycie ryzyka związane z rozprzestrzeniającą się pandemią.

Ilość czasu potrzebnego na sporządzanie wyceny po wprowadzeniu regulacji prawnych związanych z ograniczeniem rozprzestrzeniania się wirusa COVID-19, w żaden sposób nie można przyrównać do warunków sprzed stanu epidemii. Również Zamawiający wprowadzili ograniczenia bezpośrednich kontaktów, spotkań. Sposób pracy w obecnych warunkach wpływa w oczywisty sposób na obniżenie efektywności sporządzania ofert. Dotyczy to nie tylko Generalnych Wykonawców, ale też podwykonawców i dostawców, gdyż wydłużył się czas uzyskania rzetelnych informacji

Sytuacja jest nieprzewidywalna i trudno nawet oszacować jej skalę. Jako Wykonawcy nie jesteśmy przecież w stanie należycie kalkulować ryzyka, co powoduje, że złożone oferty mogą być nieporównywalne.

Problemy, z jakimi borykają się obecnie Wykonawcy, to przede wszystkim dostępność pracowników, którzy przebywają w domach. Na obecnym etapie trudno nawet przewidzieć iloma pracownikami może dysponować Wykonawca. Realne jest przecież ryzyko, że nawet zdecydowana większość pracowników może zostać poddana kwarantannie.

Ponadto szereg komponentów, czy towarów jest po prostu niedostępnych. Część fabryk mocno ogranicza produkcję, inne zostają zamknięte do odwołania. Podwykonawcy odmawiają wykonywania usług, bowiem borykają się także z trudnościami związanymi z występowaniem COVID-19. Pozamykane są także granice, co z kolei powoduje problem z osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Znacząco ograniczona jest także praca urzędów, co może generować problemy z decyzjami administracyjnymi.

Z pewnością nie jest intencją Zamawiającego oczekiwanie, aby Wykonawcy chcąc dochować nierealnego terminu, składali oferty oparte na spekulacjach, bez uzyskania rzetelnych danych i prawidłowej oceny ryzyka, która pozwoli im wykonać zadanie publiczne w sposób należyty. Należy jasno stwierdzić, iż oczekując aby oferty zostały złożone w tak krótkim terminie, Zamawiający ogranicza konkurencję, naraża się na otrzymanie ofert nie opartych na rzeczywistych danych, może to również spowodować, że podobnie jak w pierwszym przetargu Zamawiający otrzyma oferty powyżej zakładanego budżetu, co uprzednio skutkowało unieważnieniem postępowania, a w dalszej

konsekwencji prowadzi do wydłużenia czasu na rozpoczęcie inwestycji. Takie działanie Zamawiającego nie leży w interesie publicznym.

W tych okolicznościach zasadne jest, aby stosowana zazwyczaj przez zamawiających praktyka wyznaczania minimalnych terminów na dokonanie przez wykonawcę określonych czynności, poczynwszy od terminu składania ofert została zrewidowana.

Niezaprzeczalnie w przetargu na budowę centrum przesiadkowego w rejonie dworca PKP Centrum wraz z budową obsługującego układu komunikacyjnego mamy do czynienia ze złożonym postępowaniem, przetarg jest prowadzony przez dwóch Zamawiających - Gminę Dąbowa Górnicza oraz PKP PLK S.A., zadanie obejmuje przebudowę infrastruktury kolejowej i drogowej w obszarze stacji Dąbowa Górnicza, w tym likwidacji przejazdu kolejowo-drogowego, budowie wiaduktu kolejowego/tunelu drogowego, budowie przejścia podziemnego pod torami łączącego perony z budynkiem dworca i Centrum Przesiadkowym. Część zadania jest realizowana w systemie „Buduj” a część w systemie „Projektuj i Buduj”. Wyznaczony termin nie uwzględnia stopienia skomplikowania oraz obszerność dokumentacji projektowej.

Dodatkowo w Projekcie Umowy par. 17 ust 3 odnoszącym się do wynagrodzenia za zakres PKP PLK Zamawiający zawarł postanowienie:

*„Wykonawca zapewnia, że podstawą kalkulacji wynagrodzenia przez Wykonawcę było m.in. ustalenie zakresu rzeczowego robót zgodnie z dokumentacją przetargową, na podstawie której Wykonawca przed podpisaniem Umowy dokonał szczegółowego oszacowania prac i robót oraz materiałów potrzebnych do kompleksowego wykonania przedmiotu Umowy. Wykonawca zapewnia, że jeżeli w swych kalkulacjach cenowych nie przewidział wykonania robót lub świadczeń, bez których przedmiot Umowy nie spełniałby wymagań wynikających z niniejszej Umowy, a które powinien był przewidzieć do wykonania zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, to wykona takie roboty lub świadczenia na własny koszt. **Wykonawca zapewnia, że przed zawarciem Umowy sprawdził (lub miał możliwość sprawdzenia) warunki lokalne dotyczące terenu robót, przeprowadził profesjonalne badania gruntowe, zweryfikował warunki pracy na budowie i okoliczności te uwzględnił przy ustaleniu wynagrodzenia Wykonawcy określonego w Umowie, a ponadto Wykonawca oświadcza, że uzyskał informacje i dane, jakie mogą mieć wpływ na ocenę ryzyk i okoliczności wykonania przedmiotu umowy.**”*

Umowa posługuje się stwierdzeniem „przed zawarciem umowy”, ale oczywistym jest, że chodzi o okres przed złożeniem oferty, gdyż to na tym etapie następuje kalkulacja wynagrodzenia wykonawcy. Z powyższego postanowienia wynika, że elementem kalkulacji wynagrodzenia, które zastępuje przed złożeniem oferty, jest sprawdzenie warunków lokalnych dotyczących terenu robót oraz przeprowadzenie profesjonalnych badań gruntowych.

Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o umożliwienie przeprowadzenia wizji lokalnej oraz przeprowadzenie profesjonalnych badań gruntowych, które będą następnie jedną z podstawką kalkulacji naszej ceny ofertowej.

Aby dokonać wizji lokalnej na terenie zamkniętym i przeprowadzić profesjonalne badania gruntowe na tym terenie, koniecznym jest:

1. Wystąpić do PKP PLK S.A. pismem o wyrażenie zgody na wstęp na teren kolejowy i uzyskać zgodę.
2. Odbić szkolenie informacyjne bhp- zgodnie z przepisami kolejowymi.
3. Spisać Regulamin Techniczny na dokonanie wierceń w terenie kolejowym.
4. Dokonać wizji w terenie i wykonać stosowne badania.
5. Opracować wyniki badań.

Z doświadczenia Wykonawcy wynika, że czas niezbędny na wyżej wskazane czynności w normalnych warunkach, to co najmniej 30 dni. Należy się zatem spodziewać, że w stanie epidemii termin ten będzie dłuższy.

W tym miejscu należy przywołać przepis **art. 9a ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych, który przewiduje**, że:

*„W przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie.”*

Zatem zamawiający oczekując, od Wykonawcy wykonania wizji lokalnej i profesjonalnych badań gruntowych na terenie zamkniętym PKP PLK, nie może wyznaczać minimalnych terminów składania ofert, powinien uwzględnić czas niezbędny na dokonanie powyższych czynności, w czasie składania ofert oraz utrudnienia jakie wynikają ze stanu epidemii, który wywiera niebagatelny wpływ na sposób i czas wykonania powyższych działań.

Niestety Zamawiający powyższych okoliczności nie uwzględnił w terminie składania ofert.

**KIO 1657/16**, - wyrok z dnia 16 września 2016 r. „Celem wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest złożenie oferty samej w sobie, ale oferty, która zostanie uznana za najkorzystniejszą - a więc zarówno poprawnej pod kątem zgodności w wymaganiach zamawiającego i prawidłowo wycenionej, jak i takiej, która zostanie najwyżej oceniona. Uzyskanie takiego efektu wymaga zaś stosownego przygotowania.”

„Artykuł 43 p.z.p. należy odczytywać tak, że liczby dni wskazane w ustępach 1-3 wskazują jedynie na minimalny gwarantowany czas na składanie ofert, który nie może być przez zamawiającego skrócony, jednak podstawą ustalenia terminu w konkretnym przypadku jest czas potrzebny na przygotowanie ofert.”

Należy zwrócić uwagę, że 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”.

Było już procedowane przez Zamawiającego postępowanie przetargowe w listopadzie 2019 r., które następnie zostało unieważnione.

W Postępowaniu tym zostały złożone tylko dwie oferty. Oczywistym jest zatem, że Wykonawcy, którzy złożyli oferty w uprzednim postępowaniu będą mieli przewagę konkurencyjną w stosunku do Wykonawców, którzy dopiero na obecnym etapie przystępują do analizy dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego oraz konstruowania swojej oferty i to w zupełnie innej sytuacji jaką jest stan epidemii. W obecnie ogłoszonym przetargu Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu i umożliwił uczestnictwo w postępowaniu większej liczby Wykonawców, którzy uprzednim postępowaniu nie mogli uczestniczyć.. Stąd też wniosek, że termin wyznaczony na składanie ofert przez Zamawiającego w sposób bezpośredni narusza zasadę uczciwej konkurencji i różnego traktowania wykonawców. Tym samym naruszając podstawowe zasady zamówień publicznych.



Mając zatem na uwadze powyższe oraz stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej KIO 16/16 z 20 stycznia 2016 „ustalony przez zamawiającego termin składania ofert może podlegać kontroli pod względem zachowania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym - wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp i wskazanych przez odwołującego - zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.” o taką kontrolę wnosimy.

Stoimy na stanowisku, że Zamawiający naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę Wyznaczania terminów składania ofert z uwzględnieniem wszystkich elementów na które składają się złożoność postępowania, obecną sytuację epidemiczną w Polsce i na świecie oraz wymogi przeprowadzenia dodatkowych wizji i badań, a także terminy Świąt Państwowych przypadających w tym terminie.

Wnosimy o uwzględnienie naszego odwołania w opisanym wyżej zakresie oraz nakazanie Zamawiającego zmianę terminu składania ofert na termin odpowiedni, uwzględniający wszystkie przywołane okoliczności. W ocenie Wykonawcy właściwy będzie termin nie wcześniejszy niż 05.06.2020 r.

## **II. NIEPRAWIDŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA**

**1. Par. 16 ust. 4 pkt 4.14 i 4.15 Projektu Umowy** zawiera postanowienia, wskazujące, że ceny jednostkowe oprócz kosztów robót objętych daną pozycją przedmiarową, zawierają poniższe koszty:

**4.14 koszty związane z opłatami za objazdy komunikacji zbiorowej KZK GOP lub (w przypadku wystąpienia objazdów),**

**4.15 koszty związane z wyłączeniem torowisk z ruchu oraz zapewnienia komunikacji zastępczej (w przypadku wystąpienia takiej konieczności.)**

Wykonawca nie ma żadnego wpływu na treść umów jakie zostaną podpisane przez Zamawiającego na świadczenie tych usług i nie jest w stanie przyjąć w tym zakresie założeń do przygotowywane przez siebie oferty.

W skutek takich działań Zamawiającego Wykonawca pozostaje w niepewności, jakie szczegółowe metody wyceny zastosuje Zamawiający w ramach kosztów komunikacji zbiorowej i kosztów komunikacji zastępczej, a w konsekwencji pozbawiony jest możliwości właściwego skalkulowania swojej oferty.

Takie opisanie przedmiotu zamówienia powoduje, iż każdy z Wykonawców może zupełnie inaczej wycenić te koszty, co doprowadzi w istocie do nieporównywalności ofert.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że to Zamawiający dysponuje pełnią wiedzy w zakresie umów jakie zawiera z przewoźnikami, obowiązujących cen, oraz potrzeb w zakresie konieczności stosowania komunikacji zastępczej. Powyższe argumenty w sposób jednoznaczny wskazują, że jako właściwe rozwiązanie należy uznać wskazanie przez Zamawiającego jednolitej kwoty przeznaczonej na koszty komunikacji zbiorowej KZK GOP i koszty komunikacji zastępczej, który to koszt zostanie uwzględniony w ofertach Wykonawców.

Jednocześnie w Projekcie Umowy Zamawiający powinien określić zasady rozliczeń kosztów komunikacji zbiorowej GOP i zastępczej z kwoty określonej przez zamawiającego, a uwzględnionej przez Wykonawców w ofercie.

Ujednolicenie kosztów komunikacji zastępczej pozwoli na właściwe oszacowanie ceny przez Wykonawców, co w dalszej kolejności spowoduje złożenie ofert porównywalnych, opartych na zasadzie uczciwej konkurencji.

Podobne rozwiązanie z powodzeniem funkcjonuje w wielu innych przetargach Zamawiającego - PKP PLK np. LK 25 pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej 25 na odcinku Skarżysko Kamienna – Sandomierz”, przewidzianego w realizacji w ramach programu operacyjnego Polska Wschodnia” czy LK 287 „opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych – wymiana nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 287 Nysa-Opole realizowanego w ramach projektu: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 287 Nysa- Opole”.

Stąd też Zamawiający nie powinien mieć oporów przed zastosowaniem rozwiązania sprawdzonego w innych postępowaniach przetargowych.

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo dogać kalkulacji oferty oraz aby oferty podwykonawców były porównywalne, a także aby została zachowana zasada uczciwej konkurencji, koniecznym jest uzupełnienie Opisu Przedmiotu Zamówienia o czynniki cenotwórczych, które będą postawą kalkulacji kosztów związanych z opłatami za objazdy komunikacji zbiorowej, koszty związane z wyłączeniem torowisk, oraz koszty zapewnienia komunikacji zastępczej (m. in. cena za wozokilometr, kilometrów, ilość autobusów komunikacji zastępczej na dobę, koszty związane z wyłączeniem torowisk) lub

określenie jednolitych kwot, które powinny zostać uwzględnione w ofertach Wykonawców.

**2. Par. 16 ust. 4 pkt. 4.44 Projektu Umowy, zawiera postanowienie, że Ceny jednostkowe oprócz kosztów robót objętych daną pozycją przedmiarową, zawierają poniższe koszty:**

***„koszty składowania i wbudowania pozyskanego destruktu asfaltowego na miejsce wskazane przez Zamawiającego ( pozyskany destruk jest własnością Zamawiającego)”***

Zamawiający nie określi gdzie ma być składowany destruk asfaltowy, a dodatkowo w dokumentacji próżno szukać informacji w jaki sposób, gdzie i w jakim zakresie niniejszy destruk asfaltowy ma zostać wbudowany. Informacje te w sposób istotny wpływają na kalkulację oferty wykonawców, a zarazem naraża Wykonawcę na ryzyko, że będzie zmuszony wykonać roboty w zakresie i ilościach, które nie zostały skalkulowane w ofercie.

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 SIWZ- Projektu Umowy 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. 353<sup>1</sup> kc.

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo dokonać kalkulacji oferty koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego Opis Przedmiotu Zamówienia o informacje gdzie ma zostać złożony destruk asfaltowy oraz gdzie i w jakim zakresie niniejszy destruk ma zostać wbudowany.

### **3. Opis techniczny w zakresie robót dla Gminy PROJEKT WYKONAWCZY ROZBIÓRKA OBIEKTÓW**

#### **5.9. Odwiezienie materiałów z rozbiórek zawiera następujące postanowienie:**

Złom i gruz z rozbiórek (ceglany, betonowy i żelbetowy) nieprzydatny bezpośrednio po rozbiórce należy odwieźć poza teren budowy wraz z utylizacją. Papę odpadową należy wywieźć poza teren prowadzonych prac wraz z utylizacją. Drewno pochodzące z rozbiórek (dachy, podłogi, schody, stolarka okienna i drzwiowa) a nieprzydatne do wykorzystania należy wywieźć poza teren budowy wraz z utylizacją.

**Z uwagi na przewidziane wyburzenia budynków mieszkalnych i gospodarczych istnieje potencjalne ryzyko wystąpienia odpadów azbestowych. Odpady te należy selekcjonować i poddać odzyskowi zgodnie z ustawą o odpadach. Odpady te powinny być wywożone z terenu prowadzonej rozbiórki przez specjalistyczne firmy, posiadające zezwolenie na transport i zbiórkę odpadów. Sposób postępowania z odpadami niebezpiecznymi powinien być zgodny:**

- Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 2.04.2004 r. w/s Sposoby i warunki bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz.U.2004 Nr 71 poz. 649) .

- Rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 14 października 2005 r. w sprawie zasad bezpieczeństwa i higieny pracy przy zabezpieczaniu i usuwaniu wyrobów zawierających azbest oraz programu szkolenia w zakresie bezpiecznego użytkowania takich wyrobów ( Dz.U.2005 Nr 216 poz. 1824)

Karty obiektów nie zawierają informacji na temat ewentualnych elementów azbestowych, a karty obiektów nr 6, 7, 8, 9, 10, 13, 26 brak informacji jakichkolwiek informacji dotyczących tych budynków w zakresie kubatury (m3), wysokości obiektu, ilości kondygnacji, piwnicy, materiałów konstrukcyjnych ścian, dachu, elementów konstrukcyjnych więźby.

STWIORB nie zawiera jakichkolwiek informacji o odpadach niebezpiecznych typu azbest, które umożliwiłyby skalkulowanie oferty w zakresie wyburzenia budynków i związanym z tym zakresem robót oczekiwaniem zamawiającego w zakresie utylizacji odpadów azbestowych.

Odwołujący zwraca a to uwagę ponieważ koszty związane z utylizacją odpadów niebezpiecznych mają niebagatelny wpływ na rzeczywistą kalkulację oferty wykonawców

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 wykonania robót.

Na podstawie danych zawartych SIWZ Wykonawcy mogą różnie interpretować oraz wyceniać zakres robót w zakresie wyburzeń budynków. Może to z kolei spowodować złożenie przez Wykonawców skrajnie nieporównywalnych ofert.

Powyższe powoduje brak możliwości rzetelnej i porównywalnej wyceny przez Wykonawcę.

Aby Wykonawcy mogli prawidłowo dokonać kalkulacji oferty, koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego SIWZ o dane dotyczące ilości odpadów azbestowych na budynkach podlegających wyburzeniom.

**4. Projekt Umowy w par. 10 ust. 4** zawiera postanowienie: „Wykonawca będzie dawał wszystkie powiadomienia, płacił wszystkie podatki, należności i opłaty oraz **uzyska wszystkie licencje, jakie są wymagane przez Prawa, w odniesieniu do projektowania dla realizacji przedmiotu Umowy oraz usunięcia wszelkich wad** oraz Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie (lub inne koszty) i przejmie od niego odpowiedzialność materialną, w związku z konsekwencjami jakiegokolwiek zaniedbania w tym względzie.”

Dodatkowo w **par. 16 ust. 4 pkt. 4.37 Projektu Umowy** wskazano: że **Wykonawca poniesie koszt „ewentualnych przeprojektowań związanych ze zmianą zastosowanych materiałów i urządzeń, dokonanych na etapie składanych ofert wraz z uzyskaniem stosownych uzgodnień. decyzji, pozwoleń i akceptacji projektanta”.**

Zwracamy uwagę, że zakres robót dla Gminy jest oparty o formułę „Buduj” i to Zamawiający dostarcza projekt budowlany, stąd też wszelkie licencje, uzyskanie stosownych praw autorskich i zależnych, zobowiązanie autora dokumentacji do pełnienia nadzoru autorskiego jest obowiązkiem i kosztem Zamawianego. Wykonawca nie jest stroną umowy z projektantem i nie ma wpływu ani na możliwość uzyskania licencji w odniesieniu do projektowania, ani tym bardziej na etapie postępowania przetargowego nie może ocenić kosztów jakie są z tym związane.

Wskazane wyżej postanowienia w sposób nieuprawniony przenoszą na Wykonawcę ryzyko związane z uzyskaniem lub nie akceptacji projektanta dla ewentualnych przeprojektowań. Uzyskania stosownych licencji, a przede wszystkim kalkulacji kosztów jakie są związane z koniecznością wywiązania się ze wskazanych zobowiązań.

Niezrozumiałym jest też działanie Zamawiającego, który decyduje się realizować część zamówienia w systemie „Buduj”, dostarcza dokumentację projektową na podstawie której ma być zrealizowany przedmiot zamówienia, a jednocześnie nie zapewnia podstawowych elementów jakie są związane z tym projektem, a które wynikają z prawa autorskiego i zależnego, nadzoru autorskiego projektanta, licencji wiązanych z projektowaniem, akceptacji projektanta do wprowadzonych zmian.

W Projekcie Umowy nie zawarto postanowień uprawniający Wykonawcę do zmiany wynagrodzenia i terminu realizacji przedmiotu umowy, jeśli okaże się, że dostarczona przez Zamawiającego dokumentacja projektowa jest wadliwa i koniecznym będzie dokonania przeprojektowania, uzyskania/zmiany stosownych decyzji administracyjnych, uzyskania akceptacji projektanta. Oczywiście jest, że skoro to Zamawiający dostarcza dokumentację projektową oraz to Zamawiający będący stroną umowy z projektantem, to ma możliwość uzyskania stosownych akceptacji i licencji w tym zakresie, a tym bardziej może oczekiwać usunięcia braków i wad tej dokumentacji projektowej od Projektanta.

Odwołujący wskazuje, że w Umowach stosowanych przez Zamawiającego PKP PLK S.A., a wypracowanych w ramach Forum Inwestycyjnego z Wykonawcami opracowała wzory umów, które są stosowane na kontraktach kolejowych i stanowią, że jeśli Zamawiający dostarczy dokumentację projektową, to ponosi za nią odpowiedzialność, a wykonawca ma uprawnienie do zmiany tej umowy w obszarze kosztu, czasu i sposobu wykonania umowy gdy pojawią się błędy czy braki w tej dokumentacji.

Powyższe wzory można znaleźć na stronie:

[https://platformazakupowa.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP\\_action=publicFilesList&folder=00060001&MP\\_module=main](https://platformazakupowa.plk-sa.pl/servlet/HomeServlet?MP_action=publicFilesList&folder=00060001&MP_module=main)

Zamawiający oczekuje od Wykonawców skalkulowania w ofercie kosztów niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jeśli Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i konkretnych danych oraz w sposób nieuprawniony oczekując, aby całość ryzyka związanego z niezidentyfikowanym zakresem robót i wykonaniem pozostałych zobowiązań niezbędnych do wykonania przejął na siebie Wykonawca to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 ustawy Pzp. Narusza jednocześnie zasady uczciwej konkurencji, gdyż nie dąży do tego, aby oferty zostały skalkulowane w oparciu o jednakowe zasady kalkulacji i jednoznaczny Opis Przedmiotu Zamówienia. Jednocześnie wykorzystując swoją dominującą pozycję przenosi na Wykonawców ryzyka, które stanowią j odpowiedzialność Zamawiającego..

*Aby Wykonawcy mogli prawidłowo dokonać kalkulacji oferty, koniecznym dokonanie zmiany Projektu Umowy w następujący sposób:*

- w par. 10 ust 4 - usunięcie zdania „uzyska wszystkie licencje, jakie są wymagane przez Prawa, w odniesieniu do projektowania dla realizacji przedmiotu Umowy oraz usunięcia wszelkich wad”;

- w par. 16 ust. 4 pkt. 4.37 usunięcie słów „akceptacji projektanta”.

- dodanie w par. 20 postanowienia o następującej treści: „W przypadku wystąpienia wad w Dokumentacji Projektowej, skutkujących koniecznością dokonania zmian, poprawek lub uzupełnień, jeżeli uniemożliwia to lub istotnie utrudnia realizację określonego zakresu Robót lub zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziłoby niewykonaniem lub wykonaniem nienależytym przedmiotu Umowy, w tym mających wpływ na termin wykonania przedmiotu Umowy lub datę wykonania Etapu lub Etapów – w takim przypadku zmiane ulegnie:

zakres Etapu lub Etapów, termin wykonania Umowy lub daty wykonania Etapu lub Etapów, o okres wynikający z czasu niezbędnego na dokonanie poprawek lub uzupełnień Dokumentacji Projektowej, w tym uzyskanie niezbędnych decyzji, o ile okaże się to konieczne oraz, o ile wystąpi, wydłużonej realizacji objętych nimi Robót, z uwzględnieniem odpowiednich zmian w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym, lub

Wynagrodzenie o koszt koniecznych do wykonania Robót w związku z wprowadzonymi zmianami”

**5. Kolizje z Infrastrukturą**

**W zakresie rzeczowym prac realizowanych na rzecz PKP PLK w par. 2 Projektu Umowy wskazano**

- a. zakres robót kolejowych – część I obejmującą likwidację przejazdu kat. A w km 299,522 linii kolejowej nr 1 Warszawa Zachodnia - Katowice i budowę obiektów inżynierskich:
  - tunelu drogowego / wiaduktu kolejowego na wysokości ul. Kościuszki i ul. Limanowskiego, (Wiadukt),
  - przejścia podziemnego łączącego perony z budynkiem dworca Dąbrowa Górnicza i projektowanym Centrum Przesiadkowym oraz parkingiem park&ride przy ul. Kościuszki i parkingiem przy ul. Limanowskiego (Przejście),
  - inne niezbędne prace wynikające z projektu budowlanego, związane z budową konstrukcji obiektów pod linią kolejową przenoszących obciążenia od taboru kolejowego, usuwaniem kolizji na terenie PKP w związku z realizacją obiektów i likwidacją przejazdów,
- b. zakres robót kolejowych – część II obejmującą pozostałe roboty kolejowe:
  - przebudowa układu torowego na stacji Dąbrowa Górnicza,

- przebudowa układu peronowo-torowego stacji Dąbrowa Górnicza z uwzględnieniem rezerwy terenowej pod planowane inwestycje,
- przebudowa sieci trakcyjnej, układów zasilania sieci trakcyjnej, oświetlenia, elektrycznego ogrzewania rozjazdów, systemów automatyki kolejowej (srk) i telekomunikacji kolejowej w obrębie stacji Dąbrowa Górnicza, przebudowa zasilania do ww. urządzeń.

**Projekt Umowy nie zawiera postanowień wskazujących, że Wykonawca nie odpowiada za kolizje infrastruktury, która nie została zinwentaryzowana i wskazana przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego.**

Zgodnie 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 w kalkulować 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 dolożenia 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=publicFile sList&folder=0006](https://platformazakupowa.plksa.pl/servlet/HomeServlet?MP_module=main&MP_action=publicFile sList&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

**Koniecznym jest uzupełnienie przez Zamawiającego uzupełnie Projektu Umowy o:**

- Postanowienia, że Wykonawca nie odpowiada terminowo i kosztowo za infrastrukturę niewskazaną w dokumentacji przetargowej;
- Wprowadzenie w Projekcie Umowy jednoznacznych zapisów uprawniających Wykonawcę do zmiany umowy w zakresie terminu realizacji umowy w tym etapu/etapów oraz 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.

**III. UMOWA - KARY ZA OPÓŹNIENIE**

Umowa w par 23 przewiduje wiele różnych kar umownych, kary te zostały zastrzeżone za opóźnienie:

**1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:**

- 1) *za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu Umowy w wysokości 0,02% ceny brutto określonej w §15 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia po upływie terminu wykonania przedmiotu Umowy;*
- 2) *za niewykonanie w terminie Etapu (kamienia milowego), ustalonego w §13 w wysokości 0,02% wartości umowy brutto określonej §15 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia; Zamawiający wstrzyma egzekwowanie kary umownej naliczonej za opóźnienie w wykonaniu Etapu (kamienia milowego), jeżeli Wykonawca przedstawi Zamawiającemu bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie gwarancję bankową zapłaty na kwotę równą naliczonej karze umownej, a Zamawiający gwarancję zaakceptuje. Jeżeli Wykonawca wykona przedmiot Umowy w terminie określonym w Umowie, wówczas naliczona na podstawie § 23 ust. 1 pkt. 2) Umowy kara umowna będzie nienależna, z zastrzeżeniem postanowień zdania poprzedzającego oraz postanowień poniższych; W przypadku niedotrzymania terminu na wykonanie przedmiotu Umowy określonego w §13, Zamawiający uprawniony będzie do wyegzekwowania należności wynikających z kary umownej, w szczególności poprzez uruchomienie gwarancji lub poprzez potrącenie należności wynikającej z kary umownej z płatności przysługującej Wykonawcy; Powyżej określona regulacja dotycząca wstrzymania egzekwowania kary umownej w sytuacji przedstawienia przez Wykonawcę gwarancji bankowej jej zapłaty nie dotyczy jednak sytuacji, w której Zamawiający wskutek opóźnienia Wykonawcy w realizacji danego Etapu (kamienia milowego) poniósł szkodę bądź sytuacji, w której Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał Etap (kamień milowy), za który naliczenie kary umownej w przypadku opóźnienia w jego realizacji będzie obligatoryjne i potrącane w sposób niezwłoczny i nieodwołalny z płatności należnych Wykonawcy;*
- 3) *za opóźnienie w usunięciu wad po upływie wyznaczonego terminu ich usunięcia w wysokości:*
  - *3.000,00 PLN za każdy dzień opóźnienia, w przypadku wady powodującej utrudnienia w ruchu kolejowym;*
  - *1.000,00 PLN za każdy dzień opóźnienia, w przypadku innej wady;*

- 4) za opóźnienie w dostarczeniu wymienionych w § 10 ust. 2 Umowy dokumentów, po upływie terminu wskazanego przez Zamawiającego na ich dostarczenie w wysokości 1.000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 5) za udzielone, a niewykorzystane zamknięcia torowe w wysokości 1 000 PLN za każdą rozpoczętą godzinę przydzielonego zamknięcia toru, które wystąpią z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;
- 6) za nieprzedstawienie Programu Zapewnienia Jakości w terminie i zakresie w wysokości 5 000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia ;
- 7) za niedostarczenie Zamawiającemu Harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie ustalonym w Umowie - w wysokości 5.000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 8) za brak aktualizacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego w terminie ustalonym w Umowie - w wysokości 5.000,00 PLN za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 9) za nieobecność przedstawiciela Wykonawcy uprawnionego do podejmowania wiążących decyzji, na naradach i spotkaniach koordynacyjnych, w tym również na spotkaniach Zespołu Oceny Projektu Inwestycyjnego (ZOPI) w wysokości 10 000,00 PLN odrębnie za każdy przypadek zawinionej nieobecności na naradzie lub spotkaniu;
- 10) za powierzenie wykonania części przedmiotu Umowy podwykonawcom (dalszym podwykonawcom) bez zgody Zamawiającego bądź też za nieprzedłożenie do zaakceptowania przez Zamawiającego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (lub projektu jej zmiany) - w wysokości 20 000 PLN za każdy stwierdzony przypadek;
- 11) 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 PLN za każdy stwierdzony przypadek;
- 12) za nieprzedstawienie Zamawiającemu w terminie wskazanym poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą lub jej zmiany - w wysokości 10.000,00 PLN za każdy dzień opóźnienia;
- 13) za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy (dalszemu Podwykonawcy), o których mowa w Umowie w wysokości 25 000 PLN za każdy taki przypadek;
- 14) za nieprzedstawienie Zamawiającemu we wskazanym terminie dokumentów, o których mowa w § 10 ust. 19 – w wysokości 200,00 PLN za każdy dzień opóźnienia ;
- 15) o której(ych) mowa w Załączniku nr 5 do Instrukcji Ibh-105 (niezależnie od kar określonych w Umowie) w wysokościach tam określonych;
- 16) za konieczność stosowania sygnałów zastępczych wynikających z wydłużonego czasu trwania Umowy z winy Wykonawcy lub nieusunięcia z winy Wykonawcy w ciągu 24 godzin usterek w czynnych urządzeniach służących do prowadzenia ruchu kolejowego – w wysokości 10 000,00 PLN za każdą rozpoczętą dobę;
- 17) za niezabezpieczenie miejsca robót zgodnie z Projektem Zabezpieczenia Miejsca Robót opracowanym zgodnie z „Wytycznymi zabezpieczenia miejsca robót wykonywanych na torze zamkniętym podczas prowadzenia ruchu pojazdów kolejowych po torze czynnym z prędkością  $V \geq 100$  km/h Id-18” oraz „Regulaminem tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania robót” – w wysokości 10 000,00 PLN za każdy dzień stwierdzonych nieprawidłowości;
- 18) za nieprzedłożenie Zamawiającemu przez Wykonawcę pełnej dokumentacji ubezpieczeniowej o której mowa w § 14 ust. 6 pkt 4 i 6, w terminach określonych w ww. ustępach - Kara umowna w wysokości 2 000,00 PLN za każdy dzień zwłoki w przedłożeniu Zamawiającemu pełnej dokumentacji ubezpieczeniowej. Kara nie będzie naliczana za okres weryfikacji dokumentacji ubezpieczeniowej przez Zamawiającego oraz w przypadku wyznaczenia przez Zamawiającego jednorazowo, dodatkowych 7 dni roboczych na dokonanie zmian w przedłożonej dokumentacji ubezpieczeniowej.



- 19) w razie odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto;

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 Projekt Umowy takich okoliczności nie precyzuje. O ile więc Zamawiającemu co do zasady przysługuje uprawnienie do wprowadzenia do 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. 353<sup>1</sup> kc. oraz art. 5 kc., gdyż naruszają zasady współzycia społecznego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 lipca 2018 r., I AGa 108/18 odnosi się do tej problematyki następująco: „Zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się zatem wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego jest następstwem okoliczności, za które on ponosi odpowiedzialność” (wyrok SN z dnia 16 listopada 2017 r., V CSK 28/17; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r., I ACa 1003/16).

Jednocześnie zwracamy uwagę na obecne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 1585/19. Analizując wprowadzoną przez Zamawiającego w § 13 ust. 2 i ust. 3 projektowanej umowy regułę odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu obowiązków umownych i gwarancyjnych niezależnie do jego winy, Izba doszła do przekonania, że takie ustalenie reguł odpowiedzialności nie znajduje racjonalnego uzasadnienia i pociąga za sobą zbyt duże ryzyko po stronie wykonawców. Postanowienia te przewidują bowiem odpowiedzialność wykonawcy za każde, również niezależne od przyczyn leżących po stronie wykonawcy, opóźnienia wykonawcy i podwykonawcy w wykonywaniu obowiązków umownych oraz gwarancyjnych. (...). Z tych względów Izba nakazała dokonanie modyfikacji tych postanowień jak w sentencji.”.

Pragniemy również zauważyć, że we Wzorze Umowy stosowanym przez PKP PLK S.A., ukształtowanym przez Forum Inwestycyjne, kary umowne zostały zastrzeżone zwłokę.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zweryfikowanie postanowień Projektu Umowy i zmianę opóźnienia na zwłokę.

### **BRAK LIMITU KAR UMOWNYCH**

W Projekcie Umowy pomimo zastrzeżenie wielu różnych kar umownych zastrzeżonych za opóźnienie, Zamawiający nie wprowadził górnego limitu, do jakiego kary umowne mogą być naliczone.

Prawo zamówień publicznych poza konkretnymi pojedynczymi wskazaniem poza drobnymi wyjątkami, nie przewiduje odrębnych regulacji dotyczących kar umownych, w związku z tym na mocy odesłań zawartych w art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 Pzp należy w tych kwestiach stosować przepisy Kodeksu cywilnego.

Swoboda stron w kształtowaniu kary umownej nie jest nieograniczona, gdyż kara umowna nie należy się, jeśli naruszenie zobowiązania wynika z przyczyn, za zaistnienie których odpowiedzialny jest wierzyciel (wyrok SN z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt: I CSK 748/12, OSNC 2014, Nr 6, poz. 67, s. 94, teza I.).

Takie zastrzeżenie byłoby bowiem ewidentnie sprzeczne z naturą zobowiązania (art. 3531 k.c.). Również w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 113/13; KIO 117/13, Izba wskazała: Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353<sup>1</sup> k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. W doktrynie i orzecnictwie powszechnie przyjmuje się, że choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c. Kara umowna stanowi bowiem formę odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa (zob. wyroki SN z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt: II CSK 318/10; z dnia 6 października 2010 r., sygn. akt: II CSK 180/10; z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt: V CSK 362/07; z dnia 21 września 2007 r., sygn. akt: V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008/B/44; z dnia 11 marca 2004 r., sygn. akt: V CSK 369/03; z dnia 11 czerwca 2003 r., sygn. akt: III CKN 50/01, z dnia 27 czerwca 2003 r., sygn. akt: IV CKN 300/01, z dnia 11 czerwca 1999 r., sygn. akt: III CKN 166/98; z dnia 27 stycznia 1972 r., sygn. akt: I CR 458/71, OSNCP 1972/9/160; z dnia 2 czerwca 1970 r., sygn. akt: II CR 167/70, OSNCP 1970/11/214; z dnia 19 lutego 1969 r., sygn. akt: I CR 580/69; z dnia 20 marca 1968 r., sygn. akt: II CR 419/67) Warto przytoczyć także uzasadnienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z wyroku z 27 września 2018 r., sygn. akt: I ACa 383/18: Jeśli chodzi o naruszenie prawa materialnego odnośnie do kary umownej – w tym przepisów art. 473 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c., art. 484 § 1 i 2 k.c. – należy przypomnieć, że przepisy te mają służyć przede wszystkim zaspokojeniu interesu wierzyciela, nieosiągniętego wskutek naruszenia zobowiązania. Nie mają jednak prowadzić do obciążenia dłużnika konsekwencjami wykraczającymi istotnie ponad ten interes.

Kara umowna w głównej mierze spełnia funkcję stymulacyjną i prewencyjną. Wynika to z tego, że w warunkach kontraktu kara umowna pozostaje czasami jedynym środkiem dyscyplinującym i motywującym wykonawcę dłużnika do wykonywania zobowiązania zgodnie z treścią umowy (KIO w wyrokach z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt: 113/13, 117/13). Należy jednak pamiętać, żeby zamawiający nie nadużył środka motywującego wykonawcę, bowiem jak stwierdziła KIO w wyroku z

dnia 19 lutego 2010 r., sygn. akt: 1839/09: Z karą rażąco wygórowaną mamy do czynienia, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji.

W tym miejscu przywołać pragniemy także orzeczenie KIO 1601/18 „zaniesienie wprowadzenia górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości zastrzeżonej kary umownej na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 k.c., art. 473 § 1 k.c. oraz art. 483 i 484 k.c., a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.” Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.

Zwracamy uwagę, że Zamawiający ogłosił przetarg w stanie epidemii, mając świadomość nieprzewidywalności scenariusza zdarzeń związanych z pandemią COVID-19 oraz dalszych, wynikających z tego stanu, konsekwencji społeczno-gospodarczych. W takiej sytuacji zastrzeżenie kar umownych za opóźnienie bez określenia górnego limitu kar jest sã nieetyczne, przenoszą pełnię ryzyka za każde opóźnienie na Wykonawcę jednocześnie nie limitując wysokości kar umownych, stanowiąc rażące naruszenie podstawowych zasad prawa i reguł społecznych. Zdecydowanie należy uznać, że Zamawiający wykorzystując swoją dominującą pozycję konstruuje postanowienia umowne sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji.

W umowie brak jest także postanowień, które uprawniają do zmiany umowy w związku z wystąpieniem okoliczności związanych z epidemią COVID-19, a które ujawnią się dopiero w trakcie realizacji Zamówienia. Okoliczności te mogą w sposób istotny wpłynąć na czas, koszt i dostępność zasobów niezbędnych do realizacji Zamówienia, co szczególnie jest obciążające dla Wykonawcy, kiedy skonfrontuje się możliwe ryzyka będące skutkiem epidemii z postanowieniami Projektu Umowy w zakresie kar umownych.

W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma 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 353<sup>1</sup> KC. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania(353<sup>1</sup> 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. Odwołujący. Umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku,

ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353<sup>1</sup> KC. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. 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. 353<sup>1</sup> 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 za zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez Zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy.

Podsumowując, wnosimy o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany postanowień umownych poprzez:

- modyfikację postanowień umownych w taki sposób, aby kary umowne zastrzeżone były za zwłokę, czyli za okoliczności za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność;

- wprowadzenie w postanowieniach Projektu Umowy limitu kar umownych do wysokości 15 % wartości całości wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie Przedmiot Umowy.

- w prowadzenie do umowy postanowienia „w przypadku zaistnienia okoliczności które bezpośrednio lub pośrednio są związane lub wynikają z pandemii wirusa SARS-CoV-2, zachorowaniami na chorobę układu oddechowego COVID-19, stanem zagrożenia epidemiologicznego, stanem epidemii i inne okoliczności wywołane pośrednio lub bezpośrednio przez SARS-CoV-2 , a które nie ujawniły się na etapie złożenia oferty możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana:

Sposobu wykonania lub materiały i technologie Robót lub Urządzeń, w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty, lub terminu wykonania umowy, daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, lub Wynagrodzenia Wykonawcy poprzez zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów”.

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 SIWZ 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.

Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w projekcie 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 353<sup>1</sup> 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

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 współżycia społecznego.

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., 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 w projekcie 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 robot - 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 niniejszy 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 21.04.2020 godz. 9:00 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 na termin nie wcześniejszy niż 05.06.2020.

**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.

Z poważaniem

Pełnomocnik Skanska S.A