

Sygn. akt: KIO 2189/18  
Sygn. akt: KIO 2190/18

**WYROK**  
**z dnia 6 listopada 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2018 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** głaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie odwołującego (KIO 2189/18 i KIO 2190/18)

**orzeka:**

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowań odwoławczych obciąża odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowań odwoławczych kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga.

Przewodniczący: .....

.....  
.....

**Sygn. akt KIO 2189/18**

**Sygn. akt KIO 2190/18**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

- 1) Roboty budowlane na linii 227/249 i stacji Gdańsk Zaspas Towarowa oraz linii 722 w ramach projektu „Poprawa infrastruktury kolejowego dostępu do portu Gdańsk”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2018 r., nr 2017/S 198-449197.
- 2) Roboty budowlane na stacji Gdynia Port w ramach projektu „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2018 r., nr 2017/S 198-449198.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) została w obu postępowaniach zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 15 października 2018 r.

W dniu 25 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania wniesione przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w których odwołujący zawarł tożsame zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), tj. zarzuty naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z tym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie obu odwołań,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu obu odwołań.

W szczególności odwołujący odniósł się do następujących postanowień siwz:

**II.1. Koszty opóźnień pociągów**

1. W klauzuli 4.1.13 Warunków Umowy (dalej jako „WU”), zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści:

13. Ponadto, Wykonawca pokryje koszty opóźnień pociągów powstałych w związku z: nieterminowym zgłoszeniem planowanych zamknięć torowych, które uniemożliwiają uzgodnienie z przewoźnikami opracowanego na czas Robót rozkładu jazdy, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19, jak również: niezgodnym

zajęciem torów czynnych podczas Robót, naprawą lub wymianą uszkodzonej podczas Robót infrastruktury, wprowadzeniem innych prędkości niż wskazane w Regulaminie tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania Robót, ograniczeniami i utrudnieniami w prowadzeniu ruchu pociągów wynikającymi z wad, awarii, usterek oraz innych sytuacji i wydarzeń, w tym naruszenia skrajni toru czynnego przez maszyny i urządzenia Wykonawcy.

2. Powyższe postanowienie wskazuje, iż potencjalni wykonawcy mieliby zostać obciążeni ryzykiem w zakresie związanym z opóźnieniami pociągów, także w sytuacjach, w których nieterminowość zgłaszania planowanych zamknięć torowych wynika z okoliczności od nich niezależnych. Praktyka wykonywania robót torowych wskazuje natomiast, że w trakcie ich realizacji częstokroć koniecznym staje się wykonanie dodatkowych, nieprzewidywalnych prac na danym odcinku, determinujących konieczność wydłużenia planowanych zamknięć, które to aktualizują się w czasie uniemożliwiających ich terminowe zgłoszenie.
3. W konsekwencji, wykonawcy obciążani byłiby ryzykiem, którego nie mogą przewidzieć na etapie kalkulacji oferty - nie są bowiem w stanie określić czy realizacja kontraktu pociągów będzie za sobą takie nieprzewidywalne prace, które uniemożliwią terminowe zgłoszenie zamknięć torowych. Konieczność kalkulacji takiego ryzyka oparta byłaby przy tym na całkowitej spekulacji, powodując w następstwie nieporównywalność składanych ofert. Tymczasem - jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - Zamawiający nie ma nieograniczonej swobody w kształtowaniu warunków przyszłej umowy, jej granicą jest bowiem możliwość kalkulacji danych ryzyk przez wykonawców, która w przedmiotowym przypadku jest wyłączona i świadczy o naruszeniu przytoczonych na wstępie przepisów.
4. Konieczność modyfikacji zaskarżanych postanowień odnoszących się do kosztów opóźnień pociągów, potwierdza zresztą niejako sam Zamawiający, który w klauzuli 4.1.15 WU, wskazuje, iż koszty komunikacji zastępczej obciążają wykonawców tylko w sytuacji, gdy jej organizacja wynikałaby z przyczyn spowodowanych zawinionym działaniem lub zaniechaniem wykonawcy lub okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zamawiający, dostrzegając więc, że nieuzasadnionym i niewycenialnym na etapie sporządzania oferty byłoby obciążanie tego typu kosztami potencjalnych wykonawców. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że oba postanowienia odnoszą się do tego samego typu zdarzeń - kosztów związanych z niemożliwością prowadzenia ruchu na modernizowanym odcinku - powinny być one ze sobą spójne i każdorazowo obciążać wykonawców negatywnymi konsekwencjami tylko w sytuacjach przez nich zawinionych.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wnosi o modyfikację treści klauzuli 4.1.13 WU, poprzez nadanie jej następującego brzmienia: „Ponadto, Wykonawca pokryje koszty opóźnień pociągów, powstałych z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w związku z: nieterminowym zgłoszeniem planowanych zamknięć torowych, które uniemożliwiają uzgodnienie z przewoźnikami opracowanego na czas Robót rozkładu jazdy, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19, jak również: nieuzgodnionym zajęciem torów czynnych podczas Robót, naprawą lub wymianą uszkodzonej podczas Robót infrastruktury, wprowadzeniem innych prędkości niż wskazane w Regulaminie tymczasowym prowadzenia ruchu w czasie wykonywania Robót, ograniczeniami i utrudnieniami w prowadzeniu ruchu pociągów wynikającymi z wad, awarii, usterek oraz innych sytuacji / wydarzeń, w tym naruszenia skrajni toru czynnego przez maszyny i urządzenia Wykonawcy”.

## **II.2. Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu**

1. W Rozdziale III SIWZ, w ramach Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) - części ST.00.00- Wymagania Ogólne, w pkt 1.6. (strona 29) Zamawiający zawarł postanowienie o następującej treści: „Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu ponosi Wykonawca”.
2. W ramach wskazanego postanowienia, Zamawiający nie precyzuje jakiego rodzaju koszty w tym zakresie mają obciążać wykonawców, nie wskazując szczegółów związanych z obciążającym wykonawców utrzymaniem zimowym, tj. nie wskazując jakie czynności obejmować miałyby rzeczono utrzymanie, jaki byłby czas reakcji w związku z jego wykonywaniem. Innymi słowy, Zamawiający nie precyzuje w żadnym miejscu SIWZ swoich oczekiwań w tym zakresie, zobowiązując jednocześnie potencjalnych wykonawców do ich precyzyjnej kalkulacji, w sposób nieuzasadniony przerzucając wszelkie ryzyka w tym zakresie na potencjalnych wykonawców.
3. Nade wszystko, Zamawiający nie precyzuje, które z odcinków objęte są przedmiotowym postanowieniem. Przyjmując konsekwencje Zamawiającego w postępowaniu się sformułowaniem „odcinek”, należałoby przyjąć, że chodzi o Odcinki, których przejęcie (i odpowiedzialność z tym przejęciem związana) uregulowane zostało w klauzuli 10.1. i 10.2 WU, zgodnie z którymi w momencie przejęcia Odcinka, a także w ramach jego użytkowania tymczasowego, koszty związane z jego utrzymaniem przechodzą na Zamawiającego. Zestawienie powyższych postanowień WU z kwestionowanym postanowieniem ST.00.00, prowadzi więc do wniosku, że postanowienia w tym przedmiocie są wzajemnie niespójne, godząc w sposób bezpośredni w dyrektywę jednoznaczności narzuconą w ramach art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, stwierdzić należy, że wykonawcy na podstawie aktualnych postanowień SIWZ nie są w stanie jednoznacznie zidentyfikować swoich zobowiązań kontraktowych związanych z odpowiedzialnością i kosztami związanymi z utrzymaniem odcinków przejętych i dopuszczonych do ruchu.
4. Jeśli dany odcinek zostaje przejęty przez Zamawiającego i dopuszczony do ruchu, to jego utrzymanie leży w gestii administratora zarządzającego siecią kolejową. Wykonawcy robót budowlanych nie mają narzędzi i uprawnień do wykonywania czynności zarządczych w tym zakresie, nie będąc tym samym w stanie precyzyjnie skalkulować tego typu zobowiązania. Po raz kolejny, wprowadzając taki obowiązek, Zamawiający doprowadza do uzyskania w Postępowaniu ofert nieporównywalnych - zwłaszcza, że również w praktyce realizacji wykonywanych na rzecz PKP PLK - wykonawcy nigdy nie byli obciążani kosztami utrzymania odcinków dopuszczonych do ruchu, którą to prerogatywę konsekwentnie realizował Zamawiający.
5. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie modyfikacji treści SIWZ poprzez wykreślenie z treści ST 00.00 pkt 1.6. o treści: „Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu ponosi Wykonawca”.

## **II.3. Koszty dokumentacji archeologicznej**

1. W Rozdziale III SIWZ, w ramach Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) - części ST.00.00 - Wymagania Ogólne, Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:
  - pkt 1.5.4. (strona 13): Dla potrzeb realizacji robót budowlano-montażowych wynikających z przedmiotu niniejszego zamówienia, Wykonawca opracuje także n/w dokumentację wykonawczą oraz uwzględni w ofercie wartość jej wdrożenia: (...) - dokumentację archeologiczno- konserwatorską, o ile zajdzie taka potrzeba,
  - pkt 1.14. (strona 19): Koszt ewentualnej dokumentacji konserwatorskiej, archeologicznych badań powierzchniowych i wykopaliskowych oraz nadzorów archeologicznych ponosi w całości Wykonawca [to

postanowienie siwz tylko w odwołaniu 2190/18].

2. Na wstępie podkreślenia wymaga, co literalnie wynika zresztą z cytowanych postanowień STWiORB, że na obecnym etapie nieznanym jest zakres prac archeologiczno-konserwatorskich, które mogą okazać się konieczne do wykonania na etapie realizacji inwestycji. Sam Zamawiający posługuje się w tym zakresie sformułowaniami „ewentualne”, „o ile zajdzie taka potrzeba”. Konieczność i zakres prac w tym zakresie, jest więc okolicznością całkowicie niezależną od wykonawców, której wycena, oparta na spekulacjach każdego z nich, doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.
3. Zamawiający przenosi więc całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków w tym zakresie na wykonawców. Siłą rzeczy wykonawcy nie mogą znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z uwarunkowań archeologiczno-konserwatorskich, wynikających z rozpoznania wykonanego dopiero na etapie realizacji. Jakichkolwiek założeń w tym zakresie nie powinni zresztą czynić, uwzględniając okoliczność, że Postępowanie prowadzone jest w formule „wybuduj”, a wycena oferty powinna mieć podstawy w precyzyjnej dokumentacji przygotowanej i udostępnionej przez Zamawiającego. Skoro w jej treści nie znajdują się wytyczne co do dokumentacji archeologiczno-konserwatorskiej i prac realizowanych w tym zakresie, a co za tym idzie sam Zamawiający na obecnym etapie nie jest w stanie w jakikolwiek sposób dookreślić uwarunkować w tym zakresie, to ten element nie powinien być przerzucany i szacowany przez potencjalnych wykonawców.
4. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że analogiczne zarzuty był przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej przykładowo w ramach sprawy o sygn. KIO 437/16, która nakazała modyfikację treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Tak KIO, jak i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści przyszłych okoliczności, postanowienia specyfikacji przerzucające na Wykonawcę ryzyko z nimi związane, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie a priori, iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z narzuconych w przyszłości wytycznych nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji, jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.
5. W związku z tym, stwierdzić należy, że Zamawiający zaniechał precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Konsekwencje swoich zaniechań, Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu prac, które mogą wynikać z zidentyfikowanych podczas realizacji uwarunkowań archeologiczno-konserwatorskich, naruszając tym samym treść przepisów zacytowanych w wstępie niniejszego odwołania. Działania Zamawiającego są przy tym o tyle bezpodstawne, że nie współgrają z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych - przy obecnych postanowieniach SIWZ, Zamawiający pokrywałby bowiem „z góry” koszty dokumentacji archeologiczno-konserwatorskiej i ich wdrożenia, których przygotowanie i realizacja nigdy mogą nie mieć miejsca na etapie realizacji kontraktu.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:
  - modyfikację ST. 00.00 pkt 1.5.4. poprzez wykreślenie z jego treści sformułowania: „dokumentację archeologiczno-konserwatorską, o ile zajdzie taka potrzeba”,
  - modyfikację ST. 00.00.00. pkt 1.14 poprzez wskazanie, iż „Koszt ewentualnej dokumentacji konserwatorskiej, archeologicznych badań powierzchniowych i wykopaliskowych obciążać będą Zamawiającego. Koszt nadzorów archeologicznych obciąża Wykonawcę” [to żądanie tylko w odwołaniu KIO 2190/18].

Powyżej przytoczono miejsca zamieszczenia w siwz poszczególnych postanowień zgodnie z odwołaniem KIO 2189/18. W odwołaniu KIO 2190/18 te same postanowienia siwz zostały wskazane jako znajdujące się odpowiednio:

- Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu – w pkt 1.8. str. 24 STWiORB (punkt błędnie wskazany przez odwołującego, powinien być pkt 1.18),
- Koszty dokumentacji archeologicznej – w pkt 1.7. str. 9 STWiORB.

Pismami z dnia 26 października 2018 r. wykonawca BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłosił przystąpienia do obu postępowań odwoławczych po stronie odwołującego. Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 2 listopada 2018 r. zamawiający złożył odpowiedzi na ww. odwołania. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztów opóźnień pociągów zamawiający wskazał, co następuje: „Zamawiający niniejszym informuje, że ww. argumentacja jest nielogiczna i niezasadna oraz w sposób dobitny pokazuje, że Odwołujący dokonał analizy WU [warunków umowy] w sposób selektywny, a zacytowany fragment został wyrwany z kontekstu. Wskazania bowiem wymaga, że pkt 4.1.13 został poprzedzony pkt 4.1.12 w brzmieniu: „W przypadku niedotrzymania z winy Wykonawcy terminów określonych „Harmonogramem rzeczowo-finansowym”, które skutkują koniecznością wprowadzenia nieplanowych zamknięć torowych Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wszelkich kosztów wynikających z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom gospodarczym kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19.”

Dalej w pkt 4.1.14: „Koszty z tytułu opóźnień pociągów naliczane będą na podstawie danych ujętych w Systemie Ewidencji Pracy Eksploatacyjnej (SEPE), natomiast koszty wprowadzenia zastępczej komunikacji, użycia lokomotyw do przeciągania pociągów oraz jazd drogami okrężnymi, według faktur przedłożonych przez przewoźników.”

Oraz pkt 4.1.15: „Zważywszy na zawarte pomiędzy Zamawiającym a przewoźnikami kolejowymi umowy o udostępnianie infrastruktury kolejowej, Strony zgodnie ustalają, że Wykonawca pokryje koszty komunikacji zastępczej spowodowane zwinionym działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy lub okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca na podstawie Kontraktu. Wysokość tych kosztów będzie wynikać z faktur otrzymanych przez Zamawiającego od przewoźnika kolejowego, który zawarł umowę na realizację komunikacji zastępczej. Zamawiający, po otrzymaniu faktury od przewoźnika kolejowego, refakturuje na Wykonawcę koszty wynikające z tej faktury. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty ww. faktury wystawionej przez Zamawiającego na rachunek bankowy wskazany na fakturze w terminie 21 dni od daty jej wystawienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia od Wykonawcy dalszych roszczeń związanych z koniecznością zapewnienia dodatkowej komunikacji zastępczej spowodowanej zwinionym działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy lub okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca na podstawie Kontraktu, w szczególności w zakresie określonym w Zasadach organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19.”

Wskazania wymaga, że w przypadku konieczności niemożliwości wykonania zamówienia w sposób należyty z winy Zamawiającego stronom będzie przysługiwała możliwość zmiany umowy na podstawie § 5 ust. 5 pkt e, w brzmieniu: „Istotna zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy możliwa jest w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności w zakresie i na warunkach określonych poniżej:

Pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami: w przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, w szczególności brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych w terminie ustalonym na podstawie Instrukcji Ir-19. (...)”

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca będzie pociągnięty do odpowiedzialności za dokonanie nieplanowanych zamknięć torowych jedynie w zakresie w jakim zamknięcie to powstało z jego winy. Twierdzenia oraz żądania Odwołującego są zatem nieuzasadnione, a odwołanie w tym zakresie winno być oddalone. (...)

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztów utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu, zamawiający wskazał, co następuje: „W zakresie zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnych zapisów związanych z kosztem utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu Zamawiający niniejszym informuje, że w dniu 02.11.2018 r. dokonał zmiany SIWZ poprzez wykreślenie - zgodnie z żądaniem Odwołującego - z części ST 00 Wymagania ogólne i roboty pomiarowe, treści pkt. 1.6 Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki sformułowania „Koszty utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu ponosi Wykonawca.” Ww. zarzut stracił zatem na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania przez Izbę”.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kosztów utrzymania dokumentacji archeologicznej, zamawiający wskazał, co następuje: „Zamawiający informuje, że w dniu 02.11.2018 r. dokonał zmiany ww. zapisu poprzez zmianę zwrotu: „Dla potrzeb realizacji robót budowlano-montażowych wynikających z przedmiotu niniejszego zamówienia, Wykonawca opracuje także n/w dokumentację wykonawczą oraz uwzględni w ofercie wartość jej wdrożenia:

- dokumentację archeologiczno-konserwatorską, o ile zajdzie taka potrzeba.”

na:

„dokumentację wykonania badań archeologicznych - w przypadku natrafienia na znaleziska - zgodnie z Ustawą z dnia 23.07.2003r o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. nr 162 z 2003 poz. 1568 z póź. zmianami)”.

oraz

2.Część ST.00.00. Wymagania ogólne. zmienia się treść pkt. 1.14 Ochrona zabytków wpisanych do rejestru

Usuwa się akapit:

„Koszt ewentualnej dokumentacji konserwatorskiej, archeologicznych badań powierzchniowych i wykopaliskowych oraz nadzorów archeologicznych ponosi w całości Wykonawca”.

Z uwagi na ww. modyfikację Zamawiający dokonał również zmiany T. IV SIWZ Przedmiary Robót W Przedmiarze Robót nr 00 Wymagania ogólne, zmienia się Rozdział nr 00.02 Wymagania kontraktowe, dodał pozycje:

00.02.05.	ST.00.	Wykonanie rozpoznania archeologicznego na	ha	1,00		
		obszarze objętym inwestycją				
00.02.06.	ST.00.	Wykonanie badań archeologicznych - w	kpl	1,00		
		przypadku natrafienia na znaleziska				

W trakcie posiedzenia, po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie, odwołujący oświadczył, że cofa zarzut:

- 1.odnoszący się w obu odwołaniach do postanowienia siwz dotyczącego kosztów utrzymania zimowego na odcinkach dopuszczonych do ruchu,
- 2.odnoszący się w odwołaniu KIO 2190/18 do postanowienia siwz dotyczącego kosztów dokumentacji archeologicznej w zakresie żądania wykreślenia postanowienia o treści: „Koszt ewentualnej dokumentacji konserwatorskiej, archeologicznych badań powierzchniowych i wykopaliskowych oraz nadzorów archeologicznych ponosi w całości Wykonawca”.

W zakresie cofniętych zarzutów, postępowania odwoławcze, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, podlegały umorzeniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówień oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zakres cofniętych przez odwołującego zarzutów, do rozpoznania przez Izbę w obu postępowaniach odwoławczych pozostały zarzuty dotyczące:

- 1.kosztów opóźnień pociągów,
- 2.kosztów dokumentacji archeologicznej.

Z uwagi na tożsamość zarzutów podniesionych w obu odwołaniach, zostaną one omówione łącznie.

**Ad. 1.** W pierwszej kolejności należy zauważyć, że do kwestii prawidłowości postanowień Warunków umowy dotyczących opóźnień pociągów nie ma zastosowania podniesiony przez odwołującego w odwołaniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Do oceny prawidłowości postanowień umowy ma natomiast zastosowanie podniesiony również w odwołaniu art. 5 ustawy Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego; takie działanie lub zaniechanie uprawnione nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Ponadto zastosowanie znajduje art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do postanowienia dotyczącego kosztów opóźnień pociągów Izba ustaliła, że kwestionowany w obu odwołaniach punkt 4.1.13. jest częścią subklauzuli 4.1. Warunków umowy. W związku z powyższym treść punktów zawartych w ww. subklauzuli należy czytać i interpretować łącznie, jako postanowienia regulujące całościowo m.in. kwestię skutków zamknięć torowych. Powyższe stanowisko jest tym bardziej prawidłowe, że

treść punktu 4.1.13. zaczyna się od słów: „Ponadto”, co świadczy o tym, że punkt ten stanowi kontynuację wcześniejszej treści subklauzuli 4.1. W świetle powyższego, w celu dokonania wykładni punktu 4.1.13., nie sposób pominąć punktu 4.1.12 o treści: „W przypadku niedotrzymania z winy Wykonawcy terminów określonych „Harmonogramem rzeczowo-finansowym”, które skutkują koniecznością wprowadzenia nieplanowych zamknięć torowych, Wykonawca zobowiązuje się do zwrotu dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wszelkich kosztów wynikających z wypłaconych przewoźnikom i innym podmiotom gospodarczym kar umownych, odszkodowań i kosztów z tytułu nienależytej realizacji rozkładu jazdy pociągów, zgodnie z zasadami organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19.” Nie można pominąć także treści punktu 4.1.15: „Zważywszy na zawarte pomiędzy Zamawiającym a przewoźnikami kolejowymi umowy udostępnianie infrastruktury kolejowej, Strony zgodnie ustalają, że Wykonawca pokryje koszty komunikacji zastępczej spowodowane zawinionym działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy lub okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca na podstawie Kontraktu. Wysokość tych kosztów będzie wynikać z faktur otrzymanych przez Zamawiającego od przewoźnika kolejowego, który zawarł umowę na realizację komunikacji zastępczej. Zamawiający, po otrzymaniu faktury od przewoźnika kolejowego, refakturuje na Wykonawcę koszty wynikające z tej faktury. Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty ww. faktury wystawionej przez Zamawiającego na rachunek bankowy wskazany na fakturze w terminie 21 dni od daty jej wystawienia. Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia od Wykonawcy dalszych roszczeń związanych z koniecznością zapewnienia dodatkowej komunikacji zastępczej spowodowanej zawinionym działaniem lub zaniechaniem Wykonawcy lub okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca na podstawie Kontraktu, w szczególności w zakresie określonym w Zasadach organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19.”

W wyżej przytoczonych punktach 4.1.12. oraz 4.1.15. zamawiający wyraźnie przewidział odpowiedzialność wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy konieczność wprowadzenia zamknięć torowych lub komunikacji zastępczej wynika z jego zawinionych działań lub zaniechań. Tym samym, czytając punkt 4.1.13. łącznie z punktem 4.1.12 i punktem 4.1.15 Warunków umowy nie można uznać, że punkt 4.1.13. przewiduje, aby potencjalni wykonawcy mieli zostać obciążeni ryzykiem odszkodowawczym związanym z opóźnieniami pociągów także w sytuacjach, w których nieterminowość zgłaszania planowanych zamknięć torowych wynika z okoliczności od nich niezależnych. Treść taka, w ocenie Izby, nie wynika z samego punktu 4.1.13., a tym bardziej nie wynika z punktów 4.1.12, 4.1.13 i 4.1.15 czytanych łącznie.

Za zasadny należy także uznać dodatkowy argument podniesiony przez zamawiającego na rozprawie, zgodnie z którym zastosowanie w sprawie ma art. 471 kodeksu cywilnego, który przewiduje obowiązek naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Należy zgodzić się z zamawiającym, że zgodnie z ww. przepisem, niezależnie od treści przytoczonych powyżej punktów Warunków umowy, wykonawca będący stroną umowy również nie ponosiłby odpowiedzialności za zamknięcia torowe spowodowane przez okoliczności przez niego niezawinione.

Reasumując, z przytoczonych punktów Warunków umowy, które łącznie regulują kwestię m.in. skutków zamknięć torowych, wynika w ocenie Izby, że wykonawca będzie pociągnięty do odpowiedzialności za dokonanie nieplanowanych zamknięć torowych jedynie w zakresie, w jakim zamknięcie to powstało z jego winy. Twierdzenia oraz żądania odwołującego są zatem nieuzasadnione, a odwołanie podlega w tym zakresie oddaleniu.

**Ad. 2.** Odnosząc się do kwestii postanowienia siwz dotyczącego kosztów dokumentacji archeologicznej, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na zakres modyfikacji siwz z dnia 2 listopada 2018 r. W ramach tej modyfikacji zamawiający wprowadził wynagrodzenie za wykonanie rozpoznania archeologicznego – za 1 ha terenu oraz wynagrodzenie za wykonanie badań archeologicznych - za jeden komplet znalezisk. Tym samym zamawiający zrezygnował z wynagrodzenia ryczałtowego za dokumentację archeologiczną dotyczącą znalezisk znalezionych w ramach całego kontraktu na rzecz wynagrodzenia płaconego za każdy hektar rozpoznania i za każde znalezisko (komplet). Biorąc dodatkowo pod uwagę, że w siwz przewidziano jako sposób płatności za niniejsze zamówienia wynagrodzenie kosztorysowe, oznacza to, że za każdy hektar rozpoznania i za każde znalezisko (komplet) zamawiający będzie płacił wykonawcy wynagrodzenie przewidziane w ofercie. Innymi słowy: w wyniku dokonanej modyfikacji siwz, wykonawca nie musi kalkulować wynagrodzenia ryczałtowego za wszystkie znaleziska w trakcie trwania kontraktu znaleziska, ale ma skalkulować wynagrodzenie tylko za jeden hektar rozpoznania archeologicznego i za jeden komplet znaleziska i takie wynagrodzenie będzie mu płacone tyle razy, ilekroć rozpozna kolejny hektar terenu lub znajdzie kolejne znalezisko.

Dokonana przez zamawiającego modyfikacja siwz powoduje, że podnoszony przez odwołującego problem niemożności oszacowania w ofercie kosztów dokumentacji archeologicznej przestaje istnieć. Jak już wyżej wskazano, wykonawca musi bowiem skalkulować jedynie koszty za jeden hektar rozpoznania i za jeden komplet znaleziska, co mieści się, w ocenie Izby, w dopuszczalnym ryzyku kontraktowym. Tym samym ww. modyfikacja siwz czyni zadość żądaniom odwołującego i sprawia, że jego twierdzenia stają się nieuzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że w zakresie obu postępowań nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jak też art. 139 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 972).

Przewodniczący .....

.....  
.....