Sygn. akt: KIO 693/19

Sygn. akt: KIO 694/19

WYROK

z dnia 10 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk (sygn. akt: KIO 693/19)

B. w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk (sygn. akt: KIO 694/19)

w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna

przy udziale:

A. wykonawcę Valard Polska Sp. z o.o., Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 693/19, sygn. akt: KIO 694/19 po stronie odwołującego,

B. wykonawcę ELTEL Networks Energetyka S.A., ul. Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 693/19 po stronie odwołującego,

orzeka:

1A.

a) Umarza postępowanie w zakresie zarzutów z pkt 5 odwołania (str. 2) - dot. art. 11.2 IPU (wzór umowy), z pkt 7 odwołania (str. 2 i 3) - dot. pkt 1.3.2.2 i 1.3.2.5 Programu Funkcjonalo - Użytkowego zwanego dalej: „PFU", z pkt 9 odwołania (str. 3) - dot. pkt 1.3.11. PFU, z pkt 10 odwołania (str. 3) - dot. pkt 1.3.20. PFU (czyli wszystkich jednostek redakcyjnych wskazanych szczegółowo w odwołaniu - 1.3.20.2, 1.3.20.3, 1.3.20.7, 1.3.20.9, 1.3.20.10.2.a, 1.3.20.10.2.f, 1.3.20.11 PFU) - oraz z pkt 11 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.1.3.4 PFU /de facto wobec omyłki pisarskiej pkt 1.3.4. PFU/, z uwagi na ich wycofanie.

b) uwzględnia odwołanie co do zarzutu z pkt 6 odwołania (str. 2) - dot. art. 24.2.5 a IPU, i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ" w zakresie postanowień IPU, czyli wzoru umowy celem zachowania ekwiwalentności świadczenia oraz wobec braku proporcjonalności istniejących postanowień, w ten sposób, aby Zamawiający doprecyzował w ramach wzoru umowy kwestie dodatkowego wynagrodzenia lub też zmiany, tj. zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w wypadku niezawinionego przez Wykonawcę, mimo jego gotowości, braku możliwości otrzymania ustalonych w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówień wyłączeń, co skutkuje koniecznością zmiany, tj.

przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Zamawiający może wprowadzić do wzoru umowy odrębny mechanizm albo rozszerzyć istniejące mechanizmy zawarte w art. 24.2.5a IPU w kontekście sposobu kalkulacji zmiany wynagrodzenia wynikającego z art. 25 IPU. Zamawiający musi określić okoliczności zapłaty dodatkowego lub zwiększonego wynagrodzenia m.in. kwestię niezawinienia Wykonawcy, ustalić konieczność wykazania przez Wykonawcę poniesienia dodatkowych realnych, rzeczywistych kosztów, jak i związku przyczynowo - skutkowego między brakiem możliwości otrzymania ustalonego wyłączenia, a poniesionymi realnymi, rzeczywistymi kosztami, co skutkowało koniecznością zmiany, tj.przedłużenia terminu realizacji zamówienia, ustalić mechanizm przeliczenia wartości wynagrodzenia, które należy się Wykonawcy z tego tytułu (w wypadku jego zwiększenia), jak i sposób dojścia do zmiany umowy. W wypadku ustalenia dodatkowego wynagrodzenia dla Wykonawcy związanego z brakiem możliwości otrzymania ustalonego wyłączenia nie z winy Wykonawcy i pozostawaniem przez Wykonawcę de facto w gotowości i faktycznym przestoju (brak wyłączenia uniemożliwia realizacje zamówienia) Zamawiający musi ustalić sposób określenia jego wysokość względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. Takie wynagrodzenie musi być adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. W tym wypadku również należy ustalić konieczność wykazania związku przyczynowo - skutkowego przez Wykonawcę tak, jak zostało to wskazane powyżej w sentencji. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

1B.

a) Umarza postępowanie w zakresie zarzutów z pkt 5 odwołania (str. 2) - dot. art. 11.2 IPU (wzór umowy), z pkt 7 odwołania (str. 2) - dot. pkt 2 ppkt 2) oraz pkt: 2.1.1, 3.3, 3.9,

3.9.1 PFU, z pkt 8 odwołania (str. 2) - dot. pkt 3.1 PFU, z pkt 10 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.13 PFU, z pkt 11 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.15, ppkt 10) PFU, z pkt 12 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.16, ppkt 9) PFU i 13 odwołania (str. 3) - dot. pkt 13.12.2 PFU, z uwagi na ich wycofanie.

b) uwzględnia odwołanie co do zarzutu z pkt 6 odwołania (str. 2) - dot. art. 24.2.5 a IPU, i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ" w zakresie postanowień IPU, czyli wzoru umowy celem zachowania ekwiwalentności świadczenia oraz wobec braku proporcjonalności istniejących postanowień, w ten sposób, aby Zamawiający doprecyzował w ramach wzoru umowy kwestie dodatkowego wynagrodzenia lub też zmiany, tj. zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy w wypadku niezawinionego przez Wykonawcę, mimo jego gotowości, braku możliwości otrzymania ustalonych w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówień wyłączeń, co skutkuje koniecznością zmiany, tj. przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Zamawiający może wprowadzić do wzoru umowy odrębny mechanizm albo rozszerzyć istniejące mechanizmy zawarte w art. 24.2.5a IPU w kontekście sposobu kalkulacji zmiany wynagrodzenia wynikającego z art. 25 IPU. Zamawiający musi określić okoliczności zapłaty dodatkowego lub zwiększonego wynagrodzenia m.in. kwestię niezawinienia Wykonawcy, ustalić konieczność wykazania przez Wykonawcę poniesienia dodatkowych realnych, rzeczywistych kosztów, jak i związku przyczynowo - skutkowego między brakiem możliwości otrzymania ustalonego wyłączenia, a poniesionymi realnymi, rzeczywistymi kosztami, co skutkowało koniecznością zmiany, tj.przedłużenia terminu realizacji zamówienia, ustalić mechanizm przeliczenia wartości wynagrodzenia, które należy się Wykonawcy z tego tytułu (w wypadku jego zwiększenia), jak i sposób dojścia do zmiany umowy. W wypadku ustalenia dodatkowego wynagrodzenia dla Wykonawcy związanego z brakiem możliwości otrzymania ustalonego wyłączenia nie z winy Wykonawcy i pozostawaniem przez Wykonawcę de facto w gotowości i faktycznym przestoju (brak wyłączenia uniemożliwia realizacje zamówienia) Zamawiający musi ustalić sposób określenia jego wysokość względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. Takie wynagrodzenie musi być adekwatne względem poniesionych realnych, rzeczywistych i wykazanych kosztów Wykonawcy. W tym wypadku również należy ustalić konieczność wykazania związku przyczynowo - skutkowego przez Wykonawcę tak, jak zostało to wskazane powyżej w sentencji. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna i;

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk tytułem wpisu od

odwołań,

2.2. zasądza od Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna na rzecz SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk kwotę 47 200 zł 00 gr (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołań oraz wynagrodzenia pełnomocników dla każdej ze spraw,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 693/19
Sygn. akt: KIO 694/19

Uzasadnienie

Postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbudowę stacji 400/110 kV Mikułowa dla wprowadzenia linii 400 kV" oraz na: „Rozbudowę stacji 400/110 kV Pasikurowice w związku z wprowadzeniem linii 400 kV i wymianą transformatora 400/110 kV"; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.04.2019 r. pod nr 2019/S 066-1556289, pod nr 2019/S 066-155628, przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne

S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna zwane dalej: „Zamawiającym". W tym samym dniu (na Platformie Zakupowej: https://przetragi.pse.pl) Zamawiający opublikował treść ogłoszeń o zamówieniach oraz postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ".

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 19.04.2019 r. sprawy o sygn. akt: KIO 693/19, sygn. akt: KIO 694/19 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19:

W dniu 15.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk zwane dalej: „SPIE Elbud Gdańsk S.A." albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 694/19" wniosło odwołanie na treść postanowień SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Wskazał na następujące postanowienia SIWZ.

1. Art. 1.4.1 Części IV SIWZ — wzór umowy („IPU"), w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umowa, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

2. Art. 1.4.3 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy'";

3. Art. 1.4.6 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia

o następującej treści: „skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego";

4. Art. 2.1 PU, w którym Zamawiający wskazuje, że częścią Zamówienia, a tym samym obowiązkiem wykonawcy jest „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy'";

5. Art. 11.2 lPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego wynagrodzenia o następującej treści: „Wykonawca uwzględnił również wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, w tym ryzyko związane z koniecznością zmiany terminu realizacji Robót lub Prac w wyniku wydania decyzji administracyjnych";

6. Art. 24.2.5.a lPU, w którym przewidując możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Zamawiający nie precyzuje czy zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa jest również w przypadku, gdy w efekcie zdarzeń opisanych w art. 24.2.1, 24.2.2 oraz 24.2.3 lPLJ dochodzi do powstania nowych, nieprzewidzianych wcześniej kosztów po stronie wykonawcy;

7. Pkt 1.3.22 PFU, zgodnie z którym „Wykonawca jest zobowiązany zapoznać się z przepisami prawa krajowego, wspólnotowego oraz wytycznymi, określającymi zasady przygotowania i realizacji projektów realizowanych przy wykorzystaniu środków pomocowych, w ramach danego źródła dofinansowania oraz zobowiązuje się do wykonania Zamówienia z najwyższą możliwą starannością, zgodnie z Umową oraz Wymogami Prawa. W zakresie niewynikającym wprost z postanowień Umowy lecz związanym z wykonaniem Zamówienia w okresie jego wykonania oraz po jego wykonaniu, Wykonawca zobowiązuje się podjąć wszelkie starania i czynności, wykonać wszelkie prace oraz podjąć dodatkowe zobowiązania, które będą konieczne dla wywiązania się z obowiązków związanych z przyznanym dofinansowaniem realizacji Projektu oraz realizacji zobowiązań Zamawiającego wynikających ze wskazanych powyżej regulacji", w zw. z. pkt. 1.3.25 PFU wskazującego, iż „w przypadku doprecyzowania dodatkowych wymagań w zakresie spełnienia funkcjonalności inteligentnej przesyłowej sieci elektroenergetycznej przez organy administracji państwowej odpowiedzialnej za wdrożenie i zarządzanie środkami unijnymi w ramach POIiŚ 2014-2020 ww. wytyczne zostaną niezwłocznie przekazane w formie dodatkowego załącznika do przedmiotowej dokumentacji, w związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia i przenoszeniem nieproporcjonalnych, nieuzasadnionych i niemożliwych do przewidzenia ryzyk na Wykonawcę;

8. Pkt 1.3.3. PFU, w którym Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę odpowiedzialność związaną z włączeniami, nawet w sytuacji kiedy wyłączenia te odbywać się będą poza planowanymi terminami;

9. Pkt 1.3.11 PFU, określającego oczekiwane przez Zamawiającego „Dostosowanie układu zasilania potrzeb własnych stacji do obowiązującego standardu: „Zasady optymalizacji układów j elementów zasilania potrzeb AC i DC stacjach elektroenergetycznych" wraz z instalacją dodatkowych zbiorników paliwa agregatów w celu zapewnienia minimalnego czasu pracy agregatu przez 24 godziny przy 100% obciążenia", w związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia i przenoszeniem nieproporcjonalnych, nieuzasadnionych i niemożliwych do przewidzenia ryzyk na Wykonawcę;

10. Pkt 1.3.20 PFU, poprzez nieprecyzyjne i niejasne określenie zakresu obowiązków, jakie Wykonawca ma wykonać w ramach zadania;

11. Pkt 3.1.3.4. PFU nakładający na Wykonawcę obowiązek wypełniania wymogów decyzji środowiskowych nawet po terminie odbioru końcowego, co rodzi po jego stronie ryzyko ponoszenia kosztów, za które nie ponosi on odpowiedzialności oraz odpowiedzialność z tytułu zdarzeń, nawet jeśli wykraczają one poza SIWZ i zakres zamówienia. Zarzucił naruszenie:

1. art. 7 Pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w efekcie czego złożone oferty mogą być nieporównywalne, co Odwołującemu znacząco utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia w ramach niemniejszego postępowania;

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w ten sposób znaczące utrudnienie lub uniemożliwienie Odwołującemu dokonania kalkulacji wynagrodzenia i złożenia oferty postępowaniu;

3. art. 353 [1] k.c. w zw. z art. 29 Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W oparciu o tak przedstawione zarzuty, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. Usunięcie z IPU art. 1.4.1;

2. Zmianę art. 1.4.3 IPU na następujące brzmienie: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego";

3. Usunięcie z IPU art. 1.4.6;

4. Wykreślenie z art. 2.1 IPU fragmentu „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których

potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy";

5. Usunięcie z art. 11.2 IPU zdania: „Wykonawca uwzględnił również wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, w tym ryzyko związane z koniecznością zmiany terminu realizacji Robót lub Prac w wyniku wydania decyzji administracyjnych";

6. Zmianę art. 24.2.5.a IPU na następujące brzmienie: .Jeżeli zmiana Wynagrodzenia lub jego części stanowić będzie bezpośredni skutek zmian Umowy lub Załączników do Umowy z tym związanego z takimi zmianami wzrostu kosztów po stronie Wykonawcy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub kwoty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy (Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia] lub";

7. Zmianę pkt 1.3.2.2 PFU, poprzez wykreślenie zdania „W zakresie niewynikającym wprost z postanowień Umowy lecz związanym z wykonaniem zamówienia w okresie jego wykonania oraz po jego wykonaniu, Wykonawca zobowiązuje się podjąć wszelkie starania i czynności, wykonać wszelkie prace oraz podjąć dodatkowe zobowiązania, które będą konieczne dla wywiązania się z obowiązków związanych z przyznanym dofinansowaniem realizacji Projektu oraz realizacji zobowiązań Zamawiającego wynikających ze wskazanych powyżej regulacji", oraz zmianę pkt 1.3.25 PFU poprzez wykreślenie zdania „W przypadku doprecyzowania dodatkowych wymagań w zakresie spełnienia funkcjonalności inteligentnej przesyłowej sieci elektroenergetycznej przez organy administracji państwowej odpowiedzialnej za wdrożenie i zarządzanie środkami unijnymi w ramach POIiŚ 2014-2020 ww. wytyczne zostaną niezwłocznie przekazane w formie dodatkowego załącznika do przedmiotowej dokumentacji';

8. Zmianę pkt 1.3.3. PFU poprzez dodanie na końcu zdania „Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu braku możliwości otrzymania włączeń w planowanych terminach i liczby dni włączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych";

9. Doprecyzowanie pkt 1.3.11 PFU w sposób umożliwiający oszacowanie niezbędnego zakresu prac i skalkulowanie oferty lub zastąpienie zdania w pkt 1.2.11.2 PFU „Ewentualne rozbieżności stanu rzeczywistego w stosunku do zakresu wskazanego w załączniku nr Z04 nie mogą być podstawą do jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego" zdaniem „Ewentualne rozbieżności stanu rzeczywistego w stosunku do zakresu wskazanego w załączniku nr 7.04 mogą być podstawą roszczeń wobec Zamawiającego".

10. Doprecyzowanie pkt 1.3.20 PFU w sposób umożliwiający oszacowanie niezbędnego zakresu prac i skalkulowanie oferty, w tym w szczególności pkt: 1.3.20.2, 1.3.20.3, 1.3.20.7, 1.3.20.9, 1.3.20.10.2.a, 1.3.20.10.2.f, 1.3.20.11 PFU.

11. Zmianę pkt 3.1.3.4 PFU poprzez wykreślenie zdania: „(w tym również tych wykraczających poza termin odbioru końcowego zadania)" oraz dodanie następującego zdania: „w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności wykraczających poza SIWZ, Wykonawca będzie miał prawo wystąpienia do Zamawiającego z roszczeniem".

I. W zakresie IPU:

1. Art. 1.4.1 IPU - Oświadczenie, którego złożenia Zamawiający wymaga w art. 1.4.1 IPU,

jest sprzeczne z art. 1.4.6 IPU, gdzie Zamawiający sam wskazuje, że przekazywane przez niego dane mają charakter szacunkowy oraz art. 4.3 IPU, gdzie wskazano, że istnieje Dokumentacja Techniczna Zamawiającego oraz Dokumentacja Formalna Zamawiającego, która nie została przekazana w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji oczekiwanie złożenia przez wykonawców oświadczenia o treści takiej, jak wskazana w art.

1.4.1 IPU (z możliwością wyprowadzania z niego ewentualnych konsekwencji w przyszłości w przypadku jakiegokolwiek sporu) jest niezasadne, w świetle twierdzeń samego Zamawiającego odnośnie charakteru przekazywanych przez niego informacji i danych. Trudno oczekiwać, aby odpowiedzialny wykonawca składał oświadczenie o przydatności dokumentacji i kompletności opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, w której Zamawiający sam wskazuje na szacunkowy i niedookreślony jej charakter, a szereg elementów opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności elementy wskazane w niniejszym odwołaniu odnośnie treści PFU, ale także pytaniach przesłanych przez Odwołującego do Zamawiającego) jest niejednoznaczna i budzi wątpliwości. Nie można oczekiwać składania przez wykonawcę oświadczenia niezgodnego z prawdą, co w przypadku tak stanowczego charakteru oświadczenia, jak zaproponowany w art. 1.4.1, miałoby miejsce.

2. Art. 1.4.3 IPU - Zamawiający sam wskazuje w IPU (art. 1.4.6 IPU), że przekazywane przez niego dane mają charakter szacunkowy. Ponadto w art. 4.3 IPU Zamawiający przyznaje, że dokumentacja dotychczas udostępniona może nie być kompletna i może istnieć Dokumentacja Techniczna Zamawiającego oraz Dokumentacja Formalna Zamawiającego, która nie została przekazana w trakcie postępowania o udzielnie Zamówienia. Nadto w art. 4.4 IPU Zamawiający sam przewiduje, możliwość, że do wykonania Zamówienia potrzebna może być inna dokumentacja. Wykonawca nie może zatem rzetelnie oświadczyć, że przekazana mu dokumentacja jest dokumentacja „niezbędną" i że zawiera „wszystkie informacje konieczne". Kwestia ta bowiem zostanie w praktyce zweryfikowana dopiero po wejściu na teren budowy i rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca działając racjonalnie może co najwyżej oświadczyć, że zapoznał się z materiałami, które w toku postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający udostępnił. Nie jest natomiast - w świetle informacji przekazywanych przez samego Zamawiającego - jednoznacznie ocenić na tym etapie postępowania, czy dokumentacja ta jest prawidłowa, niezbędna i wystarczająca.

3. Art. 1.4.6 IPU - Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy kalkulowania ryzyk, które nie są znane w chwili składania oferty, w szczególności w sytuacji, w której sam Zamawiający wskazuje na szacunkowy charakter danych i informacji, jakie przekazuje w ramach dokumentacji przetargowej. Taka sytuacja narusza bez wątpienia przepisy Pzp, powodując jednocześnie zakłócenie konkurencji. Jak bowiem wskazano powyżej w niniejszym odwołaniu, prowadzić może to do sytuacji, w której poszczególni oferenci przyjmują do kalkulacji inny zakres ryzyk, a tym samym składane przez nich oferty są nieporównywalne. Profesjonalny i rzetelnie działający racjonalny wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyka, jakie jest w stanie zidentyfikować na chwilę składania oferty, w oparciu o informacje i dokumentację przedstawione mu przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie Zamówienia, ale jednocześnie może brać pod uwagę jedynie takie ryzyka, które da się przewidzieć na tej podstawie.

4. Art. 2.1 IPU - Wskazane zdane art. 21 IPU jest sprzeczne z wyrażoną w art. 29 pzp regułą nakazującą Zamawiającemu precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia. Takie sformułowanie IPU uniemożliwia wykonawcy rzetelne i właściwe skalkulowanie wszystkich ryzyk i dokonanie wyceny wynagrodzenia na potrzeby złożenia oferty. Nawet w formule budowy „pod klucz" nie można oczekiwać od wykonawcy, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia zgodzi się on na wykonywanie czynności, które nie są objęte zamówieniem i pierwotnie możliwym do przewidzenia zakresem robót, a ich potrzeba - z rozmaitych przyczyn - ujawni się dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Sformułowanie to, poprzez swoją ogólność wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4 IPU i jako sprzeczne z Pzp i wyrażonymi w tej ustawie zasadami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i ich skutkiem dla zachowania prawidłowej konkurencji powinno zatem zostać usunięte.

5. Art. 11.2 IPU - W ocenie Odwołującego i w świetle przywołanego powyżej orzecznictwa KIO, zaproponowane przez Zamawiającego brzmienie art. 11.2 IPU narusza przepisy ustawy. Wykonawca zamierzający złożyć ofertę nie jest bowiem w stanie dokonać kalkulacji ryzyk, które w momencie składania oferty nie są znane. Jak wskazano powyżej, takie brzmienie IPU nie tylko istotnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty. Prowadzić również będzie do zaburzenia uczciwej konkurencji. Skoro bowiem poszczególni oferenci będą brać różne ryzyka pod uwagę, złożone przez nich propozycje cenowe będą w istocie rzeczy zupełnie nieporównywalne. Wykonawca nie może przykładowo w kalkulacji ceny ofertowej brać pod uwagę skutków decyzji administracyjnych, których charakter i zakres w chwili składania oferty nie jest i nie może być znany. Wobec tego nie jest możliwe złożenie oświadczenia, iż w proponowanej cenie uwzględnione zostały ryzyka związane z przesunięciami terminu projektu w związki z wydaniem dotyczących go

decyzji administracyjnych. W praktyce bowiem takie decyzje, a co za tym idzie zmiana terminów, prowadzić mogą do powstania istotnych kosztów po stronie wykonawcy. Tymczasem, zgodnie z zasadą wynikającą z Pzp i ogólnego reżimu przepisów regulujących zobowiązania umowne, co nie podlega sporowi w doktrynie, umowy zawierane w ramach Pzp nie mogą być realizowane ze stratą dla wykonawcy (a zatem poniżej kosztów). Kwestionowane postanowienie IPU pozostaje też w sprzeczności z art. 24.2.5.a IPU w zw. z art. 24.2.1 .d IPU. IPU wskazuje bowiem na możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy byłoby to bezpośrednim skutkiem zmian umowy. Jednym z powodów zmian umowy może być zaś przewidziana w art. 24.2.1 IPU zmiana terminu wykonania umowy wynikająca z treści decyzji administracyjnych. Zatem każda konkretna sytuacja powinna być osobno rozważana na gruncie art. 24 IPU, w ramach której to analizy powinno być stwierdzone czy przykładowo określona decyzja administracyjna powoduje konieczność zmiany terminu realizacji umowy, jeśli zaś tak, to czy wiążą się z tym dodatkowe prace lub koszty (w tym ostatnim zakresie, kwestia ta została szerzej opisana w punkcie 6 poniżej). Kwestionowane postanowienie art. 11.2 IPU czyni tymczasem taką możliwość zmiany umowy w istocie rzeczy całkowicie iluzoryczną.

6, Art. 24.2.5.a IPU - W ocenie Odwołującego, art. 24.2.5.a IPU wymaga doprecyzowania. Wskazane w art. 24 IPU przesłanki zmiany umowy mogą bowiem (np. przesunięcia terminów realizacji wynikających z sytuacji w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym czy braku możliwości dokonywania włączeń w uzgodnionych wcześniej terminach, o czym mowa również w PFU) nie tylko prowadzić do konieczności wykonania dodatkowych prac, ale również związanych z opóźnieniami kosztów po stronie wykonawcy. Przykładowo zmiana terminu określonych czynności związanych z dokonywaniem uzgodnionych włączeń prowadzić może do kosztów związanych z mobilizacją sprzętu i personelu, czy też kosztów związanych z prowadzeniem prac w przedłużonym czasie na ukończenie realizacji zamówienia (koszty zarządu, koszty utrzymania gwarancji należytego wykonania zamówienia, koszty utrzymania zaplecza budowy w przedłużonym czasie na ukończenie, koszty utrzymania ubezpieczenia, koszty obsługi kredytu wynikającego z braku zapłaty wynagrodzenia w pierwotnym terminie). Koszty tego typu powinny również znajdować swoje odzwierciedlenie w zmianie wynagrodzenia, jeśli prowadzi to do zmian umowy, nawet jeśli nie powoduje konieczności wykonywania dodatkowych prac. Stąd zaproponowane przez Odwołującego doprecyzowanie art. 24.2.5.a IPU. W przeciwnym wypadku postanowienie to można interpretować w sposób uniemożliwiający zaliczanie takich nieprzewidzianych kosztów do należnego wynagrodzenia. Taka interpretacja byłaby zaś sprzeczna zarówno z ogólną zasadą prawa umów, wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego, jak i w związku z niepewnością co do zakresu zobowiązań wykonawcy i zakresu ryzyk, jakie powinien wziąć pod uwagę kalkulując ofertę, z art. 7 i 29 Pzp, a także z ogólną zasadą Pzp, iż wykonawca nie powinien realizować zamówienia za wynagrodzenie niższe od poniesionych kosztów.

II. W zakresie PFU:

1. pkt 1.3.22 PFU oraz 1.3.25 PFU - Powyższe postanowienia PFU w oczywisty sposób naruszają przepisy Pzp. Jak wskazano wielokrotnie w niniejszym dowołaniu i co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy kalkulowania ryzyk, które nie są znane w chwili składania oferty. Taka sytuacja narusza bez wątpienia przepisy Pzp, powodując jednocześnie zaburzenia konkurencji. Jak bowiem wskazano powyżej, prowadzić może to do sytuacji, w której poszczególni oferenci przyjmują do kalkulacji inny zakres ryzyk, a tym samy składane przez nich oferty są nieporównywalne. Profesjonalny i rzetelnie działający racjonalny wykonawca powinien i może wziąć pod uwagę jedynie takie ryzyka, jakie jest w stanie zidentyfikować na chwilę składania oferty, w oparciu o informacje i dokumentację przedstawione mu przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może natomiast składając ofertę brać pod uwagę elementów „niewynikających wprost z postanowień Umowy" i to w dodatku takich, które mogą ujawnić się po wykonaniu zamówienia. Określenie, że elementy takie są „związane" z wykonaniem Zamówienia pozostawia niezwykle szerokie pole do interpretacji. W ocenie Odwołującego, takie brzmienie PFU nie tylko istotnie utrudnia, ale wręcz uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty. Jeśli regulacje dotyczące finansowania projektu z funduszy europejskich ulegną zmianie i spowodują pojawienie się dodatkowych wymagań dotyczących realizacji Zamówienia, kwestia ta powinna być rozstrzygana zgodnie z art. 24 IPU, a zatem prowadzić do - jeśli okaże się to konieczne zmiany umowy lub terminów jej realizacji w związku z nowymi wymogami wynikającymi z treści odnośnych decyzji administracyjnych lub zmian przepisów prawa, a w konsekwencji zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Wykonawca nie może bowiem w kalkulacji ceny ofertowej brać pod uwagę skutków działań organów nadzorujących wydatkowanie finansowania europejskiego nieznanych i niemożliwych do przewidzenia w dacie składania oferty, zaś oczekiwanie takie narusza regulacje Pzp. Kwestionowane postanowienie PFU pozostaje też w sprzeczności z art. 24 IPU czyniąc możliwość zmiany umowy w związku ze zmianami otoczenia regulacyjnego iluzoryczną.

2. pkt 1.3.3. PFU - W pkt 1.3.3. PFU Zamawiający wskazał, iż Wykonawca powinien być

przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach i liczby dni włączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych. Jednocześnie w IPU wskazał, iż wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu żadne wynagrodzenie. Na etapie postępowania przetargowego, wykonawca nie jest w stanie ocenić ilości oraz częstotliwości takich wyłączeń. Wykonawca nie jest więc w stanie rzetelnie skalkulować swojej oferty. W związku z tym, biorąc pod uwagę tą niejasność, nie jest zasadne i w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie ze strony Zamawiającego, pozbawianie Wykonawcy prawa do dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia z tytułu konieczności wyłączeń, co do których wykonawcy na tym etapie nie posiadają wiedzy.

3. pkt 1.3.1 1 PFU - Zamawiający zgodnie z pkt 1.3.11.1.2 oczekuje „Dostosowanie układu zasilania potrzeb własnych stacji do obowiązującego standardu: „Zasady optymalizacji układów i elementów zasilania potrzeb AC i DC stacjach elektroenergetycznych" wraz z instalacją dodatkowych zbiorników paliwa agregatów w celu zapewnienia minimalnego czasu pracy agregatu przez 24 godziny przy 100% obciążenia . Realizacją prac należy objąć całość układu zasilania potrzeb własnych stacji 400/220/110 kV Mikułowa". W ramach tej części prac Zamawiający oczekuje:

i. ppkt 1.3.11.2.b PFU - „Dostosowanie kategorii zasilania odbiorów do obowiązującego standardu „Zasady optymalizacji układów i elementów zasilania potrzeb AC i DC w stacjach elektroenergetycznych". Obligatoryjnie należy przepiąć wszystkie obwody, które według podziału zawartego w powyższym standardzie należy zasilić z kategorii I. W uzasadnionych przypadkach (np. wynikających z niewspółmiernie wysokich kosztów zmiany kategorii) Zamawiający dopuszcza zasilenie z kategorii I również tych odbiorów, które według podziału zawartego w standardzie powinny być zasilane z kategorii II. Rozbieżności te należy wskazać i uzgodnić na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, a moc tych odbiorów należy uwzględnić w bilansie mocy odbiorów kategorii I,"

ii. ppkt 1.3.11.2.c PFU - "Dostosowanie układu zasilania pompowni ppoż do wymagań obowiązującego standardu: „Zasady optymalizacji układów i elementów zasilania potrzeb AC i DC w stacjach elektroenergetycznych".

iii. ppkt 1.3.11.2.f PFU, - "rozbudowę rozdzielnicy potrzeb własnych w przypadku braku dostatecznej ilości wolnych podstaw bezpiecznikowych do dokonania przepięć odbiorów do właściwych kategorii. Wymaga się pozostawienie rezerw' na ewentualną przyszłą modernizację/rozbudowę stacji'.

iv. ppkt 1,3.11.2.q PFU - "w przypadku zbyt krótkich kabli zasilających dla dokonania przepięć odbiorów do właściwych kategorii, należy przewidzieć ich wymianę.
W uzasadnionych przypadkach Zamawiający dopuszcza łączenie kabli. W takich sytuacjach każdorazowy przypadek należy uzgodnić na etapie opracowywania dokumentacji projektowej oraz wskazać w dokumentacji powykonawczej". Wobec braku szeregu elementów dokumentacji (w szczególności brakiem sporządzonego bilansu mocy, w którym przewidziano by ewentualne planowane rozbudowy stacji i zwiększenie zapotrzebowania na moc odbiorów I kategorii oraz brakiem przeprowadzenia szczegółowej inwentaryzacji układów zasilania urządzeń i instalacji, na podstawie której na etapie opracowywania dokumentacji można byłoby ustalić szczegółowy zakres prac i sposób realizacji) opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie należy uznać w ocenie Odwołującego za niedostateczny i niewystarczający. Dotyczy to zarówno nieprecyzyjnego zakres prac co do ilości i robót kablowych (gdzie rynkowa cena 1 metra kabla potrzeb własnych może sięgać 500 PLN, a potencjalna długość kabli, uwzględniając obszar stacji Mikułowa, może dochodzić do 1000 metrów), jak i nieprecyzyjnego zakresu co do rozbudowy rozdzielnic potrzeb własnych (w tym mocy agregatów, transformatorów PW, itp.). Zamawiający wydaje się mieć świadomość tej kwestii, bowiem w pkt 1.3.11.2 PFU wskazuje, że „orientacyjny zakres prac wskazujący niezgodności kategorii zasilania odbiorów w stosunku do obowiązującego standardu: „Zasady optymalizacji C..)" został zawady w załączniku nr 7.04: „Potrzeby własne - podstawowy zakres prac. " Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia szczegółowej inwentaryzacji układów zasilania urządzeń i instalacji, na podstawie której, na etapie opracowywania dokumentacji zostanie ustalony szczegółowy zakres prac i sposób realizacji. Ewentualne rozbieżności stanu rzeczywistego w stosunku do zakresu wskazanego w załączniku nr 7.04 nie mogą być podstawą do jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego". Tak przygotowana dokumentacja przetargowa znacząco utrudnia wykonawcy dokonanie kalkulacji rzeczywistych potrzeb zamawiającego i związanych z tym ryzyk, a tym samym znacząco utrudnia złożenie oferty. Jednocześnie może zaś powodować, że otrzymane przez Zamawiającego oferty nie będą w praktyce porównywalne, co w ocenie Odwołującego narusza art. 7 i art. 29 Pzp. Jednocześnie za naruszającą przepisy Pzp w ocenie Odwołującego należy uznać formułę, w której z jednej strony sam Zamawiający przyznaje, że przekazywane przez niego dane mogą nie być precyzyjne, a jednocześnie wszelkie ryzyka związane z niezgodnością, dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego ze stanem rzeczywistym przerzucane są na

wykonawcę. Takie rozwiązanie w ocenie Odwołującego narusza zarówno art. 29 Pzp, jak i art. 353(1) kc.

4. pkt 1.3.20 PFU - W przekazanym wykonawcom PFU, postanowienia rozdziału dotyczącego robót związanych w telekomunikacją, również w ocenie Odwołującego są nieprecyzyjne i nie pozwalają Wykonawcy przygotować konkurencyjnej oferty. Nieścisłości obejmują przede wszystkim prace określone w podpunktach: 1.3.20.2, 1.3.20.3, 1.3.20.7, 1.3.20.9, 1.3.20.10.2.a, 1.3.20.10.2.f, 1.3.20.11 tego rozdziału i dotyczą w szczególności:

1) ppkt: 1.3.20.2 PFU - W ramach realizacji zadania w zakresie telekomunikacji, Wykonawca zobowiązany jest wykonać prace związane m.in. z traktami telekomunikacyjnymi. Zgodnie z postanowieniami PFU „Kable światłowodowe wielomodowe instalowane w SE Mikułowa powinny być klasy co najmniej OM3. Pozwoli to zaprojektować podstawowe drogi i kanały transmisji danych z poszczególnych systemów zainstalowanych na stacji do ośrodków dyspozytorskich, centrów rozliczeniowych i ośrodków nadzoru telekomunikacyjnego.

Zaprojektowanie i realizacja powiązań w tym wyposażenie oraz uzupełnienie wyposażenia stacji oraz obiektów powiązanych należy do zakresu Wykonawcy stacji". W ocenie Odwołującego, takie sformułowanie wymagań, nie pozwala Wykonawcy stwierdzić jaki jest dokładny zakres jego obowiązków. Brak jest bowiem informacji co należy rozumieć pod pojęciem wyposażenia oraz jakie są jego elementy. Nie jest więc pewne jakie zadania w ramach traktów telekomunikacyjnych powinny zostać wykonane, co niewątpliwie wpływa na kalkulację ceny oferty. Zasadna jest zatem zmiana tego postanowienia poprzez doprecyzowanie wymagań i oczekiwań Zamawiającego.

2) ppkt 1.3.20.3 PFU - Co do urządzeń SDH, to Zamawiający określa, iż „w ramach zadania przewiduje się zmianę sposobu dowiązania i protokołu telemechaniki (z DNP 3.0 poprzez sieć PCM na IEC60870-5-104 poprzez węzeł SOWE/WIRE elektrowni) w kanałach komunikacyjnych z systemu SCADA Elektrowni Turów do ośrodków dyspozytorskich PSE

S.A. w zakresie i na warunkach uzgodnionych przez Wykonawcę z Zamawiającym i Elektrownią Turów. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić niezbędne do wykonania prace i dostawy dla wprowadzenia danych z systemów Elektrowni Turów do systemów dyspozytorskich PSE S.A." Zaznaczyć należy, że wspomniane powyżej uzgodnienia, nastąpią po podpisaniu z Wykonawcą umowy, w związku z czym na tym etapie nie są znane warunki, które posłużyć mają następnie Wykonawcy realizacji określonych przedmiotowym punktem prac. Co więcej, Zamawiający wskazuje, że „ostateczny dobór urządzeń i technologii transmisji danych i głosu ze stacji do obiektów związanych i ośrodków dyspozytorskich zostanie uzgodniony na etapie ustalania listy aparatury i projektu wykonawczego". W ocenie Odwołującego, Zamawiający na etapie postępowania przetargowego winien podać do wiadomości wykonawców powyższe dane. Brak informacji w powyższym zakresie, wpływa w konsekwencji na kalkulację ceny oferty. Zasadne jest zatem doprecyzowanie przez Zamawiającego wymogów co do urządzeń i technologii transmisji danych i głosu ze stacji do obiektów związanych i ośrodków dyspozytorskich.

3) ppkt 1.3.20.7 PFU - W przypadku zadań dla łączności głosowej, podobnie, jak w pkt 1.3.20.3. PFU, Zamawiający uzależnia dobór urządzeń i technologii transmisji danych i głosu ze stacji do obiektów związanych i ośrodków dyspozytorskich od Wykonawcy. W ocenie Odwołującego, to Zamawiający winien na tym etapie przekazać wykonawcom wszystkie niezbędne informacje w tym zakresie. W szczególności Zamawiający winien przedstawić opis stanu istniejącego w zakresie wszystkich obiektów powiązanych z przedmiotem zamówienia wraz ze wskazaniem, jaka obecnie i w jakiej ilości i o jakich parametrach aparatura i urządzenia są zainstalowane. Nadto Zamawiający winien wskazać jednoznacznie w PFU: rodzaj i liczbę wymaganych urządzeń, bądź jednoznacznie określić minimalne parametry techniczne, które dane urządzenie lub system ma spełniać po rozbudowie. Zamawiający powinien również określić wymagany schemat komunikacyjny powiązania SE

Mikułowa z obiektami powiązanymi wraz z określeniem parametrów poszczególnych połączeń po rozbudowie.

4) ppkt 1.3.20.9 PFU - Kolejne wymagania Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego nie są precyzyjne dotyczą wymaganych powiązań komunikacyjnych dla potrzeb technologicznych stacji. Zamawiający wymaga m.in. od Wykonawcy uwzględnienia niezbędnych do wykonania prac i dostaw w ośrodkach dyspozytorskich (KDM, ODM Poznań) oraz centrach nadzoru (CN, RCN Poznań) dla wprowadzenia danych z systemów stacyjnych do systemów PSE S.A. (DYSTER, WindEx). W ocenie Odwołującego brak jest wskazania prac jakie mają zostać wykonane w ramach tego zadania. W związku z tym, konieczne jest doprecyzowanie tego wymogu. W szczególności Zamawiający winien przedstawić opis stanu istniejącego w zakresie wszystkich obiektów powiązanych z przedmiotem zamówienia wraz ze wskazaniem, jaka obecnie i w jakiej ilości i o jakich parametrach aparatura i urządzenia są zainstalowane. Nadto Zamawiający winien wskazać jednoznacznie w PFU: rodzaj i liczbę

wymaganych urządzeń, bądź jednoznacznie określić minimalne parametry techniczne, które dane urządzenie lub system ma spełniać po rozbudowie. Zamawiający powinien również określić wymagany schemat komunikacyjny powiązania SE Mikułowa z obiektami powiązanymi wraz z określeniem parametrów poszczególnych połączeń po rozbudowie.

5) ppkt 1.3.20.10.2.a PFU:

Co do pozostałych prac w innych obiektach związanych z realizacją inwestycji, Zamawiający określa następujący wymóg: „należy wykonać zmiany w urządzeniach we/wy (infrastruktura teleinformatyczna) w systemach nadrzędnych Dyster i Windex w ODM i RCN zgodnie z wymaganiami zawartymi w aktualnie obowiązujących specyfikacjach technicznych PSE

S.A." Kolejny raz, brak jest w przywołanym postanowieniu IPU precyzji w określeniu przedmiotu zamówienia i Wykonawca nie jest w stanie ocenić jakie zmiany będzie należało wprowadzić. Brak dokładnego zakresu prac uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty. W związku z tym, Odwołujący wnosi o doprecyzowanie tego postanowienia poprzez jednoznaczne wskazanie zadań jakie będą do zrealizowania w ramach tego podpunktu. W szczególności, Zamawiający winien wskazać jednoznacznie w PFU: rodzaj i liczbę wymaganych urządzeń, bądź jednoznacznie określić minimalne parametry techniczne, które dane urządzenie lub system ma spełniać po rozbudowie.

6) ppkt 1.3.20.10.2.f PFU:

Podobnie jak w przypadku powyżej wskazanego punktu, zakres prac związanych z transmisją danych nie jest jasny i precyzyjny. Zamawiający wskazuje bowiem: „Wykonawca dokona niezbędnych uzgodnień z Elektrownią Turów j zrealizuje wszystkie niezbędne prace w zakresie transmisji danych oraz odwzorowania Elektrowni Turów w ośrodkach nadrzędnych PSE S.A i odwzorowania SE Mikułowa w nowym obmiarze rozdzielni 400 kV w Elektrowni Turów". Takie sformułowanie wymogów nie pozwala Wykonawcy określić wszystkich prac jakie mają zostać wykonane w ramach tego przedstawionego przez Zamawiającego wymagania, a co za tym idzie określić należnego z tego tytułu wynagrodzenia. Zamawiający winien wskazać jednoznacznie w PFU: rodzaj i liczbę wymaganych urządzeń.

7) ppkt 1.3.20.11 PFU:

W wymaganiach dotyczących urządzeń telekomunikacji do realizacji systemów telekomunikacji w SE Mikułowa i obiektach powiązanych, Zamawiający przedstawia „tabele, które co prawda mają charakter pomocniczy, niemniej jednak pomimo tego zakres ww. prac w dalszym ciągu, w ocenie Odwołującego jest nieprecyzyjny. W tabelach przedstawione są komplety zapewniające spełnienie wymagań PFU (1 sztuka) nie pozwala prawidłowo wycenić i skalkulować oferty. Nie jest na tym etapie możliwe zwymiarowanie przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia. Podanie tych informacji lub informacji pozwalających na takie zwymiarowanie leży po stronie Zamawiającego. Biorąc pod uwagę posiadane dane i udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację, na tym etapie nie jest to możliwe.

8) pkt 3.1.3.4. PFU

Jednym z obowiązków Wykonawcy określonym w punkcie 3.1 PFU jest zapewnienie realizacji wszystkich wymogów nałożonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach do momentu ich całkowitego wykonania (w tym również tych wykraczających poza termin odbioru końcowego zadania), np. kompensacji przyrodniczych, ekspertyzy i analiz środowiskowych, monitoringów porealizacyjnych. W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za występowanie okoliczności dotyczących środowiska, na które nie ma on żadnego wpływu. Tym bardziej, niezasadne jest obarczanie go ryzykiem za zdarzenia występujące po terminie odbioru końcowego. Takie ukształtowanie warunków sprzeczne jest z zasadą proporcjonalności. Taki stan rzeczy nie tylko na obecnym etapie uniemożliwia Wykonawcy kalkulację ceny oferty ale także powoduje powstanie niepewności co do ponoszonych przez niego kosztów nawet po zakończeniu realizacji zadania.

Zamawiający w dniu 16.04.2019 r. wezwał umieszczając na Platformie Zakupowej: https://przetraqi.pse.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Valard Polska Sp. z o.o., Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa zwana dalej: „Valard Polska Sp. z o.o." albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 694/19" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 694/19:

W dniu 15.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SPIE Elbud Gdańsk S.A., ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk zwane dalej: „SPIE Elbud Gdańsk S.A." wniosło odwołanie na treść postanowień SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

1. Art. 1.4.1 Części IV SIWZ — wzór umowy („IPU"), w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

2. Art. 1.4.3 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy";

3. Art. 1.4.6 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego";

4. Art. 2.1 IPU, w którym Zamawiający wskazuje, że częścią Zamówienia, a tym samym obowiązkiem wykonawcy jest „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy'";

5. Art. 11.2 PIJ, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia dotyczącego wynagrodzenia o następującej treści: „ Wykonawca uwzględnił również wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, w tym ryzyko związane z koniecznością zmiany terminu realizacji Robót lub Prac w wyniku wydania decyzji administracyjnych";

6. Art. 24.2.5.a IPU, w którym przewidując możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Zamawiający nie precyzuje czy zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa jest również w przypadku, gdy w efekcie zdarzeń opisanych w art. 24.21, 24.2.2 oraz 24.2.3 IPU dochodzi do powstania nowych, nieprzewidzianych wcześniej kosztów po stronie Wykonawcy;

7. Pkt 2 ppkt. 2) oraz pkt: 2.1 .1, 3.3, 3.9, 3.9.1 PFUJ, zawierające sprzeczne informacje co do konieczności wykonania robót budowlanych związanych z drogą pożarową prowadzoną do terenu stacji od strony wschodniej;

8. Pkt 3.1. PFU, nakładający na Wykonawcę obowiązek wypełniania wymogów decyzji środowiskowych nawet po terminie odbioru końcowego, co rodzi po jego stronie ryzyko ponoszenia kosztów, za które nie ponosi on odpowiedzialności i których wysokości na obecnym etapie nie może przewidzieć;

9. Pkt 3.2 PFU, w którym Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę odpowiedzialność związaną z włączeniami, nawet w sytuacji, kiedy wyłączenia te odbywać się będą poza planowanymi terminami, poprzez co na obecnym etapie Wykonawca nie może przewidzieć skutków finansowych i prawnych takich wyłączeń, a w konsekwencji prawidłowo skalkulować swej Oferty;

10. Pkt 3.7.13 PFU, w którym Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę odpowiedzialność za stan fundamentów, które stanowią własność Zamawiającego i tylko Zamawiający może określić ich stan, pozbawiając przy tym Wykonawcę możliwości dochodzenia roszczeń, jakie mogą się pojawić po ustaleniu faktycznego stanu fundamentów na etapie realizacji zamówienia;

11. Pkt 3.7.15, ppkt 10) PFU, w którym Zamawiający nakazuje Wykonawcy modernizację stanowisk, których stan nie jest znany, powodując przy tym niemożność przewidzenia przez Wykonawcę zakresu wymaganych od niego prac, co w konsekwencji wpływa na brak możliwości właściwej kalkulacji ceny oferty;

12. Pkt 3.7.16, ppkt 9) PFU, w którym Zamawiający nakazuje Wykonawcy modernizację stanowisk, których stan nie jest znany, powodując przy tym niemożność przewidzenia przez Wykonawcę zakresu wymaganych od niego prac, co w konsekwencji wpływa na brak

możliwości właściwej kalkulacji ceny oferty;

13. Pkt 13.12.2 PFU, w którym Zamawiający przerzuca w całości na wykonawcę odpowiedzialność za warunki geotechniczne, których na etapie składania oferty wykonawca nie jest w stanie przewidzieć. Zarzucił naruszenie:

1. art. 7 Pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w efekcie czego złożone oferty mogą być nieporównywalne, co Odwołującemu znacząco utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia w ramach niemniejszego postępowania;

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w ten sposób znaczące utrudnienie lub uniemożliwienie Odwołującemu dokonania kalkulacji wynagrodzenia i złożenia oferty postępowaniu;

3. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 29 Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. W oparciu o tak przedstawione zarzuty, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. Usunięcie z IPU art. 1.4.1;

2. Zmianę art. 1.4.3 IPU na następujące brzmienie: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego”;

3. Usunięcie z IPU art. 1.4.6;

4. Wykreślenia z art. 2.1 IPCJ fragmentu „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy”;

5. Usunięcie z art. 11.2 IPU zdania: „Wykonawca uwzględnił również wszelkie ryzyka związane z realizacją Umowy, w tym ryzyko związane z koniecznością zmiany terminu realizacji Robót lub Prac w wyniku wydania decyzji administracyjnych”;

6. Zmianę art. 24.2.5.a IPU na następujące brzmienie: Jeżeli zmiana Wynagrodzenia lub jego części stanowić będzie bezpośredni skutek zmian Umowy lub Załączników do C/motym związanego z takimi zmianami wzrostu kosztów po stronie Wykonawcy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub noty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy (Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]; lub”;

7. Zmianę pkt 2.1.1, 3.3, 3.9, 3.9.1 PFU poprzez wykreślenie postanowień nakładających na Wykonawcę obwiązek budowy drogi pożarowej do terenu stacji od strony wschodniej, ewentualnie o wykreślenie z pkt 2, ppkt 2) PFU zdania: „Budowa dodatkowej drogi pożarowej do terenu stacji od strony wschodniej znajduje się poza zakresem niniejszego zadania”;

8. Zmianę pkt 3.1. PFU, poprzez wykreślenie fragmentu: „(w tym również tych wykraczających poza termin odbioru końcowego zadania)” oraz dodanie następującego zdania: „w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności, Wykonawca będzie miał prawo wystąpienia do Zamawiającego z roszczeniem”;

9. Zmianę pkt 3.2. PFU, poprzez dodanie na końcu zdania „Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności z tytułu braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach i liczby dni wyłączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych.

10. Zmianę w pkt 3.7.13 PFU brzmienia zdania: „w przypadku gdy na etapie prac budowalnych okaże się, że naprawa fundamentu nie jest możliwa Wykonawca zobowiązany jest wymienić dany fundament, ww. nie może stanowić podstawy do roszczeń w stosunku do Zamawiającego” na następujące brzmienie „w przypadku gdy na etapie prac budowalnych okaże się, że naprawa fundamentu nie jest możliwa Wykonawca zobowiązany jest wymienić dany fundament. W takim przypadku, Wykonawca będzie uprawniony do wystąpienia do

Zamawiającego z roszczeniem";

11. Zmianę pkt 3.7.15, ppkt 10) PFU, poprzez dodanie zdania: „Z tytułu wykonania ww. prac Wykonawca będzie uprawniony do żądania zapłaty za realnie wykonaną ilość prac oraz jeśli zajdzie taka konieczność przedłużenia czasu na ukończenie";

12. Zmianę pkt 3.7.16, ppkt 9) PFUJ, poprzez dodanie zdania „Z tytułu wykonania ww. prac Wykonawca będzie uprawniony do żądania zapłaty za realnie wykonaną ilość prac oraz jeśli zajdzie taka konieczność przedłużenia czasu na ukończenie";

13. Wykreślenie z pkt 3.12.2 PFU zdania „Opracowane i przekazane przez Zamawiającego dokumentacje geotechniczne nie mogą być podstawą do roszczeń dla Wykonawcy".

W zakresie IPU:

1. Art. 1.4.1 IPU - Oświadczenie, którego złożenia Zamawiający wymaga w art. 1.4.1 IPU, jest sprzeczne z art. 1.4.6 PU, gdzie Zamawiający sam wskazuje, że przekazywane przez niego dane mają charakter szacunkowy oraz art. 4.3 IPU, gdzie wskazano, że istnieje Dokumentacja Techniczna Zamawiającego oraz Dokumentacja Formalna Zamawiającego, która nie została przekazana w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia. W tej sytuacji oczekiwanie złożenia przez wykonawców oświadczenia o treści takiej, jak wskazana w art.

1.4.1 IPU (z możliwością wyprowadzania z niego ewentualnych konsekwencji w przyszłości w przypadku jakiegokolwiek sporu) jest niezasadne, w świetle twierdzeń samego Zamawiającego odnośnie charakteru przekazywanych przez niego informacji i danych. Trudno oczekiwać, aby odpowiedzialny wykonawca składał oświadczenie o przydatności dokumentacji i kompletności opisu przedmiotu zamówienia w sytuacji, w której Zamawiający sam wskazuje na szacunkowy i niedookreślony jej charakter, a szereg elementów opisu przedmiotu zamówienia (w szczególności elementy wskazane w niniejszym odwołaniu odnośnie treści PFU, ale także pytaniach przesłanych przez Odwołującego do Zamawiającego) jest niejednoznaczna i budzi wątpliwości. Nie można oczekiwać składania przez wykonawcę oświadczenia niezgodnego z prawdą, co w przypadku tak stanowczego charakteru oświadczenia, jak zaproponowany w art. 1.4.1 , miałoby miejsce.

2. Art. 1.4.3 IPU - Zamawiający sam wskazuje w IPU (art. 1.4.6 IPU), że przekazywane przez niego dane mają charakter szacunkowy. Ponadto w art. 4.3 IPU Zamawiający przyznaje, że dokumentacja dotychczas udostępniona może nie być kompletna i może istnieć Dokumentacja Techniczna Zamawiającego oraz Dokumentacja Formalna Zamawiającego, która nie została przekazana w trakcie postępowania o udzielnie Zamówienia. Nadto w art.

4.4 (PU Zamawiający sam przewiduje, możliwość, że do wykonania Zamówienia potrzebna może być inna dokumentacja. Wykonawca nie może zatem rzetelnie oświadczyć, że przekazana mu dokumentacja jest dokumentacja „niezbędną" i że zawiera „wszystkie informacje konieczne". Kwestia ta bowiem zostanie w praktyce zweryfikowana dopiero po wejściu na teren budowy i rozpoczęcie realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca działając racjonalnie może co najwyżej oświadczyć, że zapoznał się z materiałami, które w toku postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający udostępnił. Nie jest natomiast - w świetle informacji przekazywanych przez samego Zamawiającego - jednoznacznie ocenić na tym etapie postępowania, czy dokumentacja ta jest prawidłowa, niezbędna i wystarczająca.

3. Art. 1.4.6 IPU - Jak wskazano powyżej, Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy kalkulowania ryzyk, które nie są znane w chwili składania oferty, w szczególności w sytuacji, w której sam Zamawiający wskazuje na szacunkowy charakter danych i informacji, jakie przekazuje w ramach dokumentacji przetargowej. Taka sytuacja narusza bez wątpienia przepisy Pzp, w szczególności zasadę proporcjonalności, powodując jednocześnie zakłócenie konkurencji. Jak bowiem wskazano powyżej w niniejszym odwołaniu, prowadzić może to do sytuacji, w której poszczególni oferenci przyjmują do kalkulacji inny zakres ryzyk, a tym samym składane przez nich oferty są nieporównywalne. Profesjonalny i rzetelnie działający racjonalny wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyka, jakie jest w stanie zidentyfikować na chwilę składania oferty, w oparciu o informacje i dokumentację przedstawione mu przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie Zamówienia, ale jednocześnie może brać pod uwagę jedynie takie ryzyka, które da się przewidzieć na tej podstawie.

4. Art. 2.1 IPU - Wskazane zdane art. 2.1 IPU jest sprzeczne z wyrażoną w art. 29 Pzp regułą nakazującą Zamawiającemu precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia. Takie sformułowanie IPU uniemożliwia wykonawcy rzetelne i właściwe skalkulowanie wszystkich ryzyk i dokonanie wyceny wynagrodzenia na potrzeby złożenia oferty. Nawet w formule budowy „pod klucz" nie można oczekiwać od wykonawcy, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia zgodzi się on na wykonywanie czynności, które nie są objęte zamówieniem

i pierwotnie możliwym do przewidzenia zakresem robót, a ich potrzeba - z rozmaitych przyczyn - ujawni się dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Sformułowanie to, poprzez swoją ogólność wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4 IPU i jako sprzeczne z Pzp i wyrażonymi w tej ustawie zasadami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i ich skutkiem dla zachowania prawidłowej konkurencji powinno zatem zostać usunięte.

5. Art. 11.2 IPU - W ocenie Odwołującego i w świetle przywołanego powyżej orzecznictwa Kio, zaproponowane przez Zamawiającego brzmienie art. 11.2 IPU narusza przepisy ustawy. Wykonawca zamierzający złożyć ofertę nie jest bowiem w stanie dokonać kalkulacji ryzyk, które w momencie składania oferty nie są znane. Jak wskazano powyżej, takie brzmienie IPU nie tylko istotnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia rzetelne przygotowanie oferty. Prowadzić również będzie do zaburzenia uczciwej konkurencji. Skoro bowiem poszczególni oferenci będą brać różne ryzyka pod uwagę, złożone przez nich propozycje cenowe będą w istocie rzeczy zupełnie nieporównywalne. Wykonawca nie może przykładowo w kalkulacji ceny ofertowej brać pod uwagę skutków decyzji administracyjnych, których charakter i zakres w chwili składania oferty nie jest i nie może być znany. Wobec tego nie jest możliwe złożenie oświadczenia, iż w proponowanej cenie uwzględnione zostały ryzyka związane z przesunięciami terminu projektu w związki z wydaniem dotyczących go decyzji administracyjnych. W praktyce bowiem takie decyzje, a co za tym idzie zmiana terminów, prowadzić mogą do powstania istotnych kosztów po stronie wykonawcy. Tymczasem, zgodnie z zasadą wynikającą z Pzp i ogólnego reżimu przepisów regulujących zobowiązania umowne, co nie podlega sporowi w doktrynie, umowy zawierane w ramach Pzp nie mogą być realizowane ze stratą dla wykonawcy (a zatem poniżej kosztów), a także winny kształtować prawa i obowiązki stron w sposób proporcjonalny. Kwestionowane postanowienie (PU pozostaje też w sprzeczności z art. 24.2.5.a IPU w zw. z art. 24.2.1 .d IPU. IPU wskazuje bowiem na możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy byłoby to bezpośrednim skutkiem zmian umowy. Jednym z powodów zmian umowy może być zaś przewidziana w art. 24.2.1 IPU zmiana terminu wykonania umowy wynikająca z treści decyzji administracyjnych. Zatem każda konkretna sytuacja powinna być osobno rozważana na gruncie art. 24 IPU, w ramach której to analizy powinno być stwierdzone czy przykładowo określona decyzja administracyjna powoduje konieczność zmiany terminu realizacji umowy, jeśli zaś tak, to czy wiążą się z tym dodatkowe prace lub koszty (w tym ostatnim zakresie, kwestia ta została szerzej opisana w punkcie 6 poniżej). Kwestionowane postanowienie art. 11.2 IPU czyni tymczasem taką możliwość zmiany umowy w istocie rzeczy całkowicie iluzoryczną.

6. Art. 24.2.5.a IPU - W ocenie Odwołującego, art. 24.2.5.a IPU wymaga doprecyzowania. Wskazane w art. 24 IPU przesłanki zmiany umowy mogą bowiem (np. przesunięcia terminów realizacji wynikających z sytuacji w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym czy braku możliwości dokonywania wyłączeń w uzgodnionych wcześniej terminach, o czym mowa również w PFU) nie tylko prowadzić do konieczności wykonania dodatkowych prac, ale również związanych z opóźnieniami kosztów po stronie wykonawcy. Przykładowo zmiana terminu określonych czynności związanych z dokonywaniem uzgodnionych wyłączeń prowadzić może do kosztów związanych z mobilizacją sprzętu i personelu, czy też kosztów związanych z prowadzeniem prac w Przedłużonym Czasie na Ukończenie realizacji zamówienia (np. koszty zarządu, koszty utrzymania gwarancji należytego wykonania zamówienia, koszty utrzymania zaplecza budowy, koszty utrzymania ubezpieczenia, koszty obsługi kredytu wynikające z braku zapłaty wynagrodzenia w pierwotnym terminie, itd.). Koszty tego typu powinny również znajdować swoje odzwierciedlenie w zmianie wynagrodzenia, jeśli prowadzi to do zmian umowy, nawet jeśli nie powoduje konieczności wykonywania dodatkowych prac. Stąd zaproponowane przez Odwołującego doprecyzowanie art. 24.2.5.a IPU. W przeciwnym wypadku postanowienie to można interpretować w sposób uniemożliwiający zaliczanie takich nieprzewidzianych kosztów do należnego wynagrodzenia. Taka interpretacja byłaby zaś sprzeczna zarówno z ogólną zasadą prawa umów, wyrażoną w art. 353(1) kodeksu cywilnego, jak i w związku z niepewnością co do zakresu zobowiązań wykonawcy i zakresu ryzyk, jakie powinien wziąć pod uwagę kalkulując ofertę, z art. 7 i 29 Pzp, a także z ogólną zasadą Pzp, iż wykonawca nie powinien realizować zamówienia za wynagrodzenie niższe od poniesionych kosztów, a prawa i obowiązki stron winny być ukształtowane w sposób proporcjonalny.

II. W zakresie PFU:

1. Pkt 2, ppkt 2) oraz pkt 2.1.1, 3.3, 3.9, 3.9.1 PFU - Zamawiający w pkt 2, ppkt 2) PFU wskazuje, że budowa drogi pożarowej do terenu stacji od strony wschodniej znajduje się poza zakresem zamówienia objętego postępowaniem. Z kolei w dalszej części PFU, tj. pkt

2.1.1 , 3.3, 3.9, 3.9.1 określa obowiązki, jakie Wykonawca musi wykonać przy budowie drogi pożarowej. Taki nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwia Odwołującemu prawidłową kalkulację oferty, a tym samym wycenę jego prac. W związku z tym, zasadny jest wniosek Wykonawcy o usunięcie z punktów 2.1.1, 3.3, 3.9, 3.9.1 PFU obowiązku budowy przedmiotowej drogi lub ewentualnie usunięcie z punktu 2, podpunkt 2) postanowienia

wskazującego, iż budowa drogi pożarowej do terenu stacji od strony wschodniej znajduje się poza zakresem zadania.

2. Pkt 3.1. PFU - Jednym z obowiązków Wykonawcy określonym w pkt 3.1 PFU jest zapewnienie realizacji „wszystkich wymogów nałożonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach do momentu ich całkowitego wykonania (w tym również tych wykraczających poza termin odbioru końcowego zadania), np. kompensacji przyrodniczych, ekspertyzy i analiz środowiskowych, monitoringów porealizacyjnych." W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za występowanie okoliczności dotyczących środowiska, na które nie ma on żadnego wpływu. Tym bardziej, niezasadne jest obarczanie go ryzykiem za zdarzenia występujące po terminie odbioru końcowego. Taki stan rzeczy nie tylko na obecnym etapie uniemożliwia Wykonawcy kalkulację ceny oferty, ale także powoduje powstanie niepewności co do ponoszonych przez niego kosztów nawet po zakończeniu realizacji zadania. Tego typu postanowienie należy zatem uznać za sprzeczne z zasadą proporcjonalności, która winna przyświecać Zamawiającemu przy kształtowaniu praw i obowiązków umowy.

3. Pkt 3.2 PFU - W pkt 3.2 PFU Zamawiający wskazał, iż Wykonawca powinien być przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach i liczby dni wyłączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych.-Jednocześnie w IPU wskazał, iż wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu żadne wynagrodzenie. Na etapie postępowania przetargowego, wykonawca nie jest w stanie ocenić ilości oraz częstotliwości takich wyłączeń. Wykonawca nie jest więc w stanie rzetelnie skalkulować swojej oferty. W związku z tym, biorąc pod uwagę tą niejasność, nie jest zasadne i w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie ze strony Zamawiającego, pozbawianie Wykonawcy prawa do dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia z tytułu konieczności wyłączeń, co do których wykonawcy na tym etapie nie posiadają wiedzy. Takie brzmienie PFU jest ponadto sprzeczne z art. 24 IPU.

4. Pkt 3.7.13 PFU - Zgodnie z postanowieniami powyżej wskazanego punktu, w zakresie zadania należy wykonać reprofilacje fundamentów istniejących konstrukcji wsporczych pod przewody, pod aparaturę, które są we własności PSE S.A. Dalsze brzmienie tego punktu, wskazuje jednocześnie, iż „w przypadku gdy na etapie prac budowlanych okaże się, że naprawa fundamentu nie jest możliwa, Wykonawca zobowiązany jest wymienić dany fundament, ww. nie może stanowić podstawy roszczeń w stosunku do Zamawiającego". Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe stwierdzenie stanu fundamentów bez ich odkopania. Ponadto, ich ewentualna wymiana będzie pociągać za sobą wysokie koszty oraz generować będzie dodatkowy czas.

Przykładowo, wskazać należy, iż dla wymiany fundamentu na nowy, konieczne będzie podjęcie przez wykonawcę dodatkowych czynności, takich jak: uzyskanie wyłączenia, dokonanie demontażu starego elementu, oszynowanie aparatury, zdemontowanie konstrukcji stalowych. Dopiero po tych czynnościach, wykonawca może przystąpić do wymiany fundamentu, a następnie ponownego montażu konstrukcji, aparatury i oszynowania. W związku z powyższym, brak precyzyjnego opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w zakresie fundamentów, w szczególności brak wskazania ich ilości, rodzi po stronie wykonawcy niepewność co do zakresu zamówienia, co z kolei wpływa na kalkulację ceny oferty. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe braki w dokumentacji oraz brak możliwości weryfikacji przez wykonawcę stanu fundamentów, pozbawienie wykonawcy prawa dochodzenia roszczeń z tytułu wykonania prac określonych w punkcie 3.7.12 PFU stanowi naruszenie ze strony Zamawiającego.

5. Pkt 3.7.15, ppkt 10) PFU - W ramach pkt 3.7.15, ppkt 10) Zamawiający żąda od wykonawców, aby modernizacja stanowisk została „wykonana zgodnie z przyjętymi w PSE S.A. standardami, obowiązującymi w tym zakresie normami i przepisami. Wykonawca zobowiązany jest do wymiany elementów zniszczonych nienadających się do ponownego wykorzystania, a których stan można ocenić po zdemontowaniu rusztu stalowego, odkryciu zewnętrznych powierzchni bocznych stanowiska". Taki wymóg względem wykonawców, podobnie jak w powyżej opisywanym punkcie, powoduje po ich stronie powstanie niepewności co do zakresu prac objętych zamówieniem i jest niemożliwy do przewidzenia na etapie kalkulacji oferty. Sam Zamawiający przyznaje bowiem, iż stan stanowisk, a tym samym zakres prac związanych z ich modernizacją, możliwy będzie dopiero po ich demontażu. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia. Nie jest dopuszczalnym, także aby wykonawca ponosił ryzyka nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien kształtować prawa i obowiązki stron umowy w sposób proporcjonalny. Z uwagi na fakt, iż ocena stanu wskazanych elementów możliwa jest dopiero na późniejszym etapie, Odwołujący wnosił o wprowadzenie do tego punktu prawa wykonawcy do uzyskania dodatkowego wynagrodzenia oraz przedłużenia czasu na ukończenie inwestycji.

6. Pkt 3.7.16, ppkt 9) PFU - Podobnie jak w przypadku wymagań opisanych w pkt 3.7.15,

ppkt 10) PFU, Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek modernizacji stanowisk, których stan nie jest obecnie znany i który możliwy będzie do zweryfikowania dopiero po demontażu, na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca ponownie zatem staje w sytuacji, której musi skalkulować ofertę, nie znając w pełni zakresu wymaganych od niego prac. To Zamawiający będący właścicielem podlegających modernizacji stanowisk, winien posiadać pełną wiedzę co do ich stanu. Jeśli Zamawiający takowej wiedzy nie posiada na tym etapie, zasadne jest wprowadzenie do tego punktu postanowienia, które przyznawać mu będzie prawo do dochodzenia roszczeń od Zamawiającego.

7. Pkt 3.12.2 PFU - Wykonawca w ramach umowy zobowiązany będzie m.in. wykonać badania podłoża gruntowego w zakresie niezbędnym do realizacji zadania. „Wyniki badań geotechnicznych mogą stanowić podstawę do wykonania ewentualnych zmian w dokumentacjach dostarczonych przez Zamawiającego, przy czym wszelkie prace wynikłe z dodatkowego rozpoznania warunków gruntowych w podłoży są w zakresie zadania Wykonawcy. Opracowane i przekazane przez Zamawiającego dokumentacje geotechniczne nie mogą być podstawą do roszczeń dla Wykonawcy". Niniejszy wymóg nakłada na wykonawcę obowiązek m.in. wprowadzenia zmian do dokumentów dostarczonych przez Zamawiającego, jeśli zajdzie taka konieczność. W związku z tym, Zamawiający przenosi na Wykonawcę, w sposób nieproporcjonalny, odpowiedzialność za ewentualne nieprzewidziane warunki geotechniczne, których stanu na obecnym etapie Wykonawca nie może ocenić, a tym samym należycie skalkulować w ofercie. Zmiana warunków gruntów, może wiązać się z koniecznością podjęcia przez wykonawcę szeregu dodatkowych czynności, co z kolei wiązać się będzie z powstaniem po jego stronie nieprzewidzianych kosztów lub potrzeby przedłużenia czasu niezbędnego dla realizacji zamówienia. Pozbawienie więc wykonawcy prawa do dochodzenia roszczeń z powyższego tytułu, stanowi naruszenie przez

Zamawiającego przepisów Pzp To Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest do precyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia i przekazania wykonawcom wszystkich niezbędnych informacji, w tym informacji dotyczących warunków gruntowych. Niemożliwość wskazania takich warunków nie może być ryzykiem obciążającym wyłącznie wykonawcę. Niedopuszczalnym jest zaś kształtowanie praw i obowiązków stron w sposób nieproporcjonalny. Mając powyższe na uwadze, nie jest też zasadne pozbawianie wykonawcy dochodzenia roszczeń z tytułu ujawnienia się odmiennych warunków gruntowych i tym samym konieczności wprowadzenia zmian do dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, ponieważ to Zamawiający ma obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji. Naprawianie ewentualnych błędów Zamawiającego nie może stanowić odpowiedzialności wykonawcy, dlatego też zasadne jest usunięcie z PFU postanowienia pozbawiającego wykonawcę prawa do dochodzenia roszczenia z powyższego tytułu.

Zamawiający w dniu 16.04.2019 r. wezwał (umieszczając na Platformie Zakupowej: https://przetargi.pse.pl) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.04.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Valard Polska Sp. z o.o., Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa zwana dalej: „Valard Polska Sp. z o.o." albo „Przystępującym" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 18.04.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ELTEL Networks Energetyka S.A., ul. Gutkowo 81D, 11-041 Olsztyn zwana dalej: „ELTEL Networks Energetyka S.A." albo „Przystępującym" zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19, sygn. akt: KIO 694/19:

W dniu 07.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, oddzielne odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie w całości obu odwołań. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

W zakresie KIO 693/19:

Od pkt 1.4.1 IPU - Zamawiający nie podzielił poglądu Odwołującego, jakoby „oświadczenie, którego złożenia Zamawiający wymaga w pkt 1.4.1. IPU, jest sprzeczne z pkt 1.4.6 IPU, gdzie Zamawiający sam wskazuje, że przekazywane przez niego dane mają charakter

szacunkowy oraz pkt 4.3 IPU, gdzie wskazano, że istnieje Dokumentacja Techniczna Zamawiającego oraz Dokumentacja Formalna Zamawiającego, która nie została przekazana w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia". Zamawiający wskazuje, że oświadczenia, do których odnosił się Wykonawca mają następującą treść:

„1.4.1. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

„1.4.6. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego".

Zauważył, że oświadczenia, o których mowa w powyższych punktach, dotyczą innych zagadnień i nie można mówić o ich wewnętrznej sprzeczności. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.1 IPU dotyczy kwestii przydatności stanowiącej SIWZ dokumentacji do realizacji Umowy z uwzględnieniem jej zgodności z celami wyznaczonymi Umową, czyli wykonaniu przedmiotu Zamówienia w formule „pod klucz". W dalszej treści oświadczenie uszczegóławia, że Wykonawcy znany jest opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego. Punkt ten dotyczy więc kwestii zdatności dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do wykonania przedmiotu Umowy oraz potwierdza, że Wykonawca zapoznał się z opisem przedmiotu Zamówienia i wymaganiami technicznymi Zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.6 IPU dotyczy odrębnej kwestii, a mianowicie uwzględnienia przez Wykonawcę ryzyk wynikających z formuły realizowanego kontraktu, to jest kontraktu w formule „pod klucz" z wynagrodzeniem ryczałtowym. Oczywistym jest, że w przypadku realizacji dużych przedsięwzięć inwestycyjnych część danych przekazywanych przez Zamawiającego ma charakter szacunkowy w tym sensie, że Zamawiający nie opisuje szczegółowo wszystkich elementów prac koniecznych do wykonania Zamówienia w stopniu dokładności pokrywającym się ze stopniem szczegółowości opisu wykonanych robót na potrzeby sporządzania protokołów inwentaryzacyjnych (np. wykonania wykopów z dokładnością do 1 m/1 cm), ponieważ zaprzeczałoby to istocie kontraktów z wynagrodzeniem ryczałtowym. W związku z powyższym stwierdzenie, jakoby pkt 1.4.1 IPU oraz 1.4.6 IPU były ze sobą sprzeczne jest nie tylko niezrozumiałe, ale także nieprawdziwe. Twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający oczekiwał do Wykonawcy złożenia w pkt 1.4.1 IPU oświadczenia niezgodnego z prawdą jest również niezrozumiałe, ponieważ jeżeli Odwołujący uważa, że dokumentacja jest nieprzydatna do realizacji Umowy i niezgodna z celami wyznaczonymi Umową - powinien to wykazać. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie ma możliwości merytorycznego odniesienia się do zarzutów Odwołującego. Odnośnie do wskazanego przez

Odwołującego pkt 4.3 IPU, zgodnie z którym „Zamawiający pozyska i przekaże Wykonawcy Dokumentację Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentację Formalną Zamawiającego w zakresie, w jakim nie została ona przekazana Wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia", Zamawiający wskazuje, że jest on uzupełniony postanowieniami pkt 4.4. IPU (w brzmieniu zmienionym w dniu 23 kwietnia 2019 r.), zgodnie z którym:

„4.4 Z zastrzeżeniem postanowień pkt. 4.3 powyżej, w odniesieniu do Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, która nie została przekazana Wykonawcy do momentu złożenia Oferty, Dokumentacja Formalna Zamawiającego zostanie przekazana Wykonawcy w terminie 21 (dwudziestu jeden) dni od dnia podpisania Umowy, natomiast Dokumentacja Techniczna Zamawiającego zostanie przekazana na pisemny wniosek Wykonawcy o jej przekazanie z określeniem zakresu Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, której dostarczenia domaga się Wykonawca - w terminie 14 (czternastu) dni od jej uzyskania przez Zamawiającego."

W związku z powyższym oczywistym jest, że oświadczenie Wykonawcy zawarte w pkt 4.3. IPU dotyczyło będzie wyłącznie stanowiącej SIWZ dokumentacji, która była znana Wykonawcy do daty złożenia oferty, a więc nie dotyczy Dokumentacji Formalnej Zamawiającego i Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, o której mowa w pkt 4.4. IPU. W konsekwencji kalkulacja ryzyk i uwzględnienie ich w zaoferowanej cenie z uwzględnieniem szacunkowego charakteru przekazanych danych, o których mowa w oświadczeniu w pkt 1.4.6 IPU dotyczy tylko tych ryzyk i tych danych, które wynikają z SIWZ i dokumentacji, która została Wykonawcy przekazana do momentu złożenia oferty. Zamawiający wskazuje ponadto, że pkt 24.2.2 (a) i (c) IPU przewidują możliwość zmiany sposobu wykonania Zamówienia (np. zmiany technologii wykonania Przedmiotu Umowy, Urządzeń i Materiałów, zmiany rodzaju, technologii lub ilości Robót lub Prac, zmiany sposobu realizacji Robót lub Prac), spowodowanej okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, a które uniemożliwiają realizację Przedmiotu Umowy w sposób przewidziany pierwotnie lub spowodowanych treścią decyzji administracyjnych - w tym stanowiących Dokumentację Formalną Zamawiającego. Nie można w tej sytuacji

twierdzić, jak to uczynił Odwołujący, jakoby postanowienia pkt 1.4.1 IPU miałyby stać w sprzeczności z postanowieniami pkt 4.3 i dalszych IPU. Końcowo, Zamawiający podkreślił, iż skuteczne postawienie zarzutu wobec pkt. 1.4.1 IPU możliwe byłoby wyłącznie wraz ze wskazaniem konkretnego punktu SIWZ, który uniemożliwia złożenie oświadczenia ze względu na braki lub niejasności w SIWZ, co w przypadku niniejszego postępowania i Odwołania nie miało miejsca.

Ad. pkt 1.4.3 IPU - Odnośnie treści oświadczenia zawartego w pkt 1.4.3 IPU, do którego odnosi się Odwołujący, Zamawiający wskazuje, że ma on po dokonaniu zmian w dniu 23 kwietnia 2019 r. treść następującą:
„1.4.3. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] przed złożeniem Oferty zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy".

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.3 IPU obejmuje trzy elementy składowe: a) Oświadczenie o zapoznaniu się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty. W tym zakresie oczywistym jest, że oświadczenie nie dotyczy dokumentacji, która jest Wykonawcy niedostępna przed złożeniem Oferty. Oczywistym jest również, że nie dotyczy ona w szczególności tej dokumentacji, której Zamawiający w trakcie postępowania Wykonawcy nie przekazał;

b) Oświadczenie o zapoznaniu się z wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego. Zamawiający zakłada, że profesjonalny Wykonawca zapoznaje się z materiałami postępowania przetargowego na potrzeby przygotowania oferty;

c) Oświadczenie o uzyskaniu wszystkich informacji koniecznych dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy.

Oświadczenie zawarte w pkt 1.4.3 IPU dotyczy przygotowania się przez Wykonawcę do realizacji Umowy, ponieważ na potrzeby przygotowania oferty profesjonalny Wykonawca rozpoznać winien możliwość prowadzenia prac w zakładany przez Wykonawcę sposób (w tym np. organizacja zaplecza budowy, miejsc składowania materiałów, możliwości zakwaterowania pracowników i zapewnienia mediów na potrzeby wykonywania prac). Oczywistym jest również, że w tym zakresie nie dotyczy to elementów wskazanych w literach

a) i b) powyżej, ponieważ w takim przypadku byłyby one zbędne. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający umożliwia potencjalnym Wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnej na Terenie Budowy, co pozwoli ustalić Wykonawcy faktyczne warunki istniejące w miejscu, w którym wykonywać ma prace i ustalić potencjalnych interesariuszy, z którymi w trakcie realizacji Umowy wejść będzie musiał w interakcje. W związku z tym stanowisko Odwołującego, iż „Wykonawca nie może zatem rzetelnie oświadczyć, że przekazana mu dokumentacja jest dokumentacją „niezbędną" i że „zawiera wszelkie informacje konieczne" nie dotyczy treści oświadczenia, o którym mowa w pkt 1.4.3 IPU. Zamawiający wskazuje również, że w treści tego oświadczenia nie wymaga potwierdzenia przez Wykonawcę, że dokumentacja jest np. „prawidłowa, niezbędna i wystarczająca", natomiast wymaga złożenia oświadczenia obejmującego elementy składowe wskazane w pkt a), b) i c).

Ad. pkt 1.4.6 IPU - Stanowisko Zamawiającego co do treści pkt 1.4.6 IPU zostało już przedstawione powyżej. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w swojej argumentacji w sposób nieuzasadniony łączy dwie kwestie: (i) kwestię szacunkowości danych przekazywanych przez Zamawiającego będących pochodną realizacji kontraktu w formule „pod klucz" w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, oraz (ii) kwestię podziału ryzyk pomiędzy strony kontraktu, która ma charakter komercyjny i który to podział jest dopuszczalny na zasadzie swobody umów. Stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający oczekiwał od Odwołującego kalkulowania ryzyk, które nie są znane w chwili składania oferty, jest niezrozumiałe. Zamawiający zakłada, że zarówno Odwołujący jak również inni potencjalni oferenci, którzy spełniają kryteria podmiotowe udziału w postępowaniu (doświadczenie, potencjał ludzki) są profesjonalistami prowadzącymi działalność na wysoce specjalistycznym rynku budowy linii i stacji elektroenergetycznych i mają bardzo dobrą znajomość charakteru ryzyk związanych z realizacją skomplikowanych przedsięwzięć inwestycyjnych (przykładowo: ryzyko gruntowe, ryzyko zmian cen materiałów budowlanych, ryzyko warunków pogodowych, ryzyko braku wyłączeń z uwagi na sytuację w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym). Odrębną kwestią jest oszacowanie prawdopodobieństwa ziszczenia się tych ryzyk i uwzględnienia go przy kalkulacji ceny ofertowej przez Wykonawcę. Zamawiający wskazuje, że przedmiotem działalności Zamawiającego jest pełnienie funkcji Operatora Systemu Przesyłowego, o którym mowa w ustawie prawo

energetyczne, natomiast przedmiotem działalności potencjalnych oferentów jest wykonawstwo stacji i linii elektroenergetycznych i to potencjalni oferenci z doświadczenia wiedzą, jakie ryzyka mogą się zmaterializować i jaki mogą mieć wpływ na realizację Umowy. Zamawiający zwrócił uwagę, że wynagrodzenie z tytułu wykonania Umowy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, a nie obmiarowego czy też na zasadzie tzw. otwartej książki, w której Zamawiający ma pełną wiedzę na temat wszelkich informacji posiadanych przez Wykonawcę przy realizacji inwestycji. Oczywistym jest więc, że poszczególni oferenci mogą przyjmować do kalkulacji inny zakres ryzyk, ponieważ będzie to pochodną ich doświadczenia zawodowego, natomiast niezrozumiałym jest stanowisko Odwołującego, jakoby składane oferty były nieporównywalne. Każdorazowo bowiem przedmiotowe ryzyka wynikają z konieczności wykonania Zamówienia, które określone zostało w SIWZ. Te ryzyka, które nie leżą po stronie Zamawiającego, są ryzykami leżącymi po stronie Wykonawcy i to Wykonawca powinien przedmiotowe ryzyka wycenić. Nie ma to nic wspólnego z kwestią nieporównywalności ofert, ponieważ kryteria wyboru ofert przez Zamawiającego są jasne i precyzyjne._Oczywistym jest też, że działający racjonalnie Wykonawca powinien wziąć pod uwagę te ryzyka, które powinien zidentyfikować na chwilę składania oferty, z uwzględnieniem jego doświadczenia zawodowego oraz profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności. Zamawiający wskazuje, że są to ryzyka nie tylko dające się określić na podstawie dokumentacji i informacji przekazanych przez Zamawiającego, ale również z innych źródeł, jeżeli Wykonawca uzna to w świetle swojego dotychczasowego doświadczenia za stosowne. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca ma przykładowo możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej (pkt 1.4.4 IPU) w celu zidentyfikowania ryzyk związanych z wykonywaniem Umowy, natomiast wykorzystanie tej możliwości należy do Wykonawcy według jego swobodnego uznania.

Ad. pkt 2.1 IPU - Pełna treść zdania trzeciego pkt 2.1. IPU, do którego treści nawiązuje Odwołujący, jest następująca: „Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały, a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy" (oznaczenie kursywą - własne Zamawiającego). Zamawiający wskazuje, że czynności, o których mowa w części zaznaczonej kursywą są to czynności, których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy, czyli zrealizowania Zamówienia w formule „pod klucz". Zarówno dla Zamawiającego jak i dla profesjonalnego wykonawcy oczywistym jest, że nie są to czynności i zobowiązania, które mogą wykraczać poza zakres Zamówienia, ale czynności wchodzące w jego zakres. Przykładem takiego zobowiązania niewymienionego wprost w Umowie mogą być zobowiązania wynikające z umowy najmu nieruchomości na potrzeby przygotowania zaplecza budowy lub miejsca na odkład humusu, które nie muszą być wpisane wprost w programie funkcjonalno-użytkowym, ponieważ to Wykonawca decyduje w jaki sposób zamierza organizować realizację Zamówienia. Innym przykładem może być konieczność dostarczenia piasku - to do decyzji Wykonawcy należy czy będzie go dostarczał taczkami, czy transportem samochodowym i w jaki sposób ureguluje związane z tym swoje zobowiązania kontraktowe. Reasumując, chodzi tu o te czynności i zobowiązania, których wykonanie jest niezbędne do wykonania Zamówienia w formule „pod klucz". Zamawiający nie podziela poglądu przedstawionego przez Odwołującego, jakoby „sformułowanie to, poprzez swoją ogólność wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4. IPU i jako sprzeczne z Pzp i wyrażonymi w tej ustawie zasadami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i ich skutkiem dla zachowania prawidłowej konkurencji [...]", ponieważ:
a) sformułowanie pkt 2.1 IPU nie wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4. IPU, a je uzupełnia w związku z przyjętą formułą realizacji kontraktu „pod klucz";

b) sformułowanie pkt 2.1. IPU nie ma wpływu na zachowanie prawidłowej konkurencji, ponieważ wymaganie to dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie tylko Odwołującego;

c) zarzucana przez Odwołującego ogólność użytego w pkt 2.1. sformułowania nie dotyczy ogólności w sensie rozumianym jako dowolność w określaniu zakresu przedmiotu Zamówienia (bo jest on określony jednoznacznie), a jest pochodną przyjętej formuły realizacji kontraktu „pod klucz" za wynagrodzenie ryczałtowe, a doświadczony Wykonawca jest w stanie określić zakres czynności i zobowiązań niezbędnych do zrealizowania kontraktu z uwzględnieniem takiej formuły i odpowiednio je wycenić w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Ad. pkt 11.2 IPU - Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 11.2 IPU, w sposób wnioskowany przez Odwołującego na skutek złożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia pytań do treści SIWZ. Stąd też, Zamawiający nie odnosi się merytorycznie do zarzutu Odwołania w tej części.

Ad. pkt 24.2.5.a IPU - Zamawiający wskazuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany punktu 24.2.5. (a), któremu nadał następującą treść: „Jeżeli zmiana Wynagrodzenia stanowić będzie bezpośredniskutek zaistnienia przesłanek do zmian Umowy lub Załączników do Umowy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub kwoty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja zmiany wynagrodzenia]". Zamawiający nie podziela przestawionego przez Odwołującego poglądu, jakoby pkt 24.2.5 (a) Umowy wymagał doprecyzowania. Zamawiający wskazuje, że pkt 24.2.5 (a) w swej treści odsyła do pkt. 25 Umowy, który szczegółowo reguluje między innymi zasady kalkulacji zmian Wynagrodzenia w przypadku zmian Umowy, w tym posługuje się odwołaniem do pojęcia „kosztów pośrednich". Zamawiający wskazuje więc, że brak jest przesłanek do dokonania zmiany treści pkt. 24.2.5. (a) IPU.-Zamawiający wskazał również, iż w przypadku, gdy poniesiona przez Wykonawcę specyficzna kategoria kosztów nie wpisywała się będzie w „koszty pośrednie" przy zmianie Wynagrodzenia zgodnie z pkt. 25 IPU, a poniesienie takiego kosztu będzie bezpośrednio powiązane z zaistnieniem opóźnienia - poniesienie takiego kosztu będzie mogło stanowić szkodę Wykonawcy, której zaspokojenia Wykonawca będzie mógł dochodzić od Zamawiającego na zasadach ogólnych.

Ad. pkt 1.3.2 PFU - Zamawiający wskazuje, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 1.3.2 PFU, któremu nadał następującą treść: „Zadanie inwestycyjne jest częścią Projektu „Budowa linii Mikułowa - Czarna wraz z rozbudową/modernizacją stacji w tym ciągu liniowym" współfinansowanego ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014- 2020. W związku z zawarciem umowy o dofinansowanie Projektu, realizacja zadania inwestycyjnego wchodzącego w jego skład, będzie objęta nadzorem Instytucji zaangażowanych we wdrażanie POIiŚ (w tym m.in. Instytucji Wdrażającej) zgodnie z umową o dofinansowanie. Celem nadzoru będzie zapewnienie prawidłowego i terminowego przygotowania do realizacji oraz prawidłowej i terminowej realizacji przedsięwzięcia, ze szczególnym uwzględnieniem treści wytycznych właściwych dla źródła finansowania Projektu. Przedmiotowe przedsięwzięcie będzie spełniało funkcjonalności inteligentnej przesyłowej sieci elektroenergetycznej poprzez:

1. Funkcję dynamicznej oceny obciążalności linii, w tym dynamiczne monitorowanie stanu technicznego urządzeń, w szczególności transformatorów i wyłączników.

2. Funkcję zaawansowanej kontroli przepływu mocy czynnej i biernej.

3. Funkcję pomiaru obciążenia w czasie rzeczywistym wraz z wizualizacją. "

Jak wynika z powyższego dokonano wykreślenia zdań, o których mowa w Odwołaniu, tj.: a) wykreślono w pkt 1.3.2.2. PFU zdanie „W zakresie niewynikającym wprost z postanowień Umowy lecz związanych z wykonaniem Zamówienia w okresie jego wykonania oraz po jego wykonaniu, Wykonawca zobowiązuje się podjąć wszelkie starania i czynności, wykonać wszelkie prace oraz podjąć dodatkowe zobowiązania, które będą konieczne dla wywiązania się z obowiązków związanych z przyznanym dofinansowaniem realizacji Projektu oraz realizacji zobowiązań Zamawiającego wynikających ze wskazanych powyżej regulacji'.

b) wykreślono w pkt 1.3.2.5. PFU zdanie „W przypadku doprecyzowania dodatkowych wymagań w zakresie spełnienia funkcjonalności inteligentnej przesyłowej sieci elektroenergetycznej przez organy administracji państwowej odpowiedzialnej za wdrożenie i zarządzanie środkami unijnymi w ramach POIiŚ 2014-2020 ww. wytyczne zostaną niezwłocznie przekazane w formie dodatkowego załącznika do przedmiotowej dokumentacji.". W związku z dokonaniem zmian w treści SIWZ, które odpowiadają wnioskom Odwołującego, Zamawiający nie odnosi się merytorycznie do zarzutu Odwołania w tej części.

Ad. pkt 1.3.3 PFU - Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności z tytułu braku możliwości otrzymania ustalonych w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia wyłączeń z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca jednak powinien dobierać tak technologię i potencjał wykonawczy (liczbę ludzi, urządzeń, itp.), aby wykonać zadanie inwestycyjne zgodnie z zakresem i terminem określonym w zatwierdzonym Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia. Zamawiający wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 1.3.3. PFU poprzez wykreślenie zadania: „Wykonawca powinien być przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach i liczby dni wyłączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych itd., i w związku z tym powinien tak dobierać technologię i potencjał wykonawczy (liczbę ludzi, urządzeń, itp.), aby wykonać zadanie inwestycyjne zgodnie z zakresem i terminem określonym w zatwierdzonym szczegółowym harmonogramie realizacji. "

i wprowadzenie zdania następującej treści: „Wykonawca powinien być przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach, jak również okresu wyłączeń w zależności od np. sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych." Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, iż przewiduje możliwość zmiany postanowień Umowy, w przypadkach określonych w pkt 24.2-24.4 IPU. Każdy wniosek Wykonawcy o dokonanie zmiany umowy będzie indywidualnie rozpatrywany przez Zamawiającego, w trybie określonym w pkt 24.5 IPU.

Ad. pkt 1.3.11 PFU - Zamawiający wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany w pkt. 1.3.11 PFU poprzez wykreślenie zdania „Ewentualne rozbieżności stanu rzeczywistego w stosunku do zakresu wskazanego w Załączniku nr Z04 nie mogą być podstawą do jakiejkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego". Ponadto Zamawiający doprecyzował opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie pkt. 1.3.11 PFU oraz Załącznik nr Z04 oraz dodane zostały dodatkowe załączniki do PFU. W związku z dokonaniem zmian w treści SIWZ w zakresie zaskarżonym w Odwołaniu, Zamawiający nie odnosi się merytorycznie do zarzutu Odwołania w tej części.

Ad. pkt 1.3.20 PFU - Zamawiający wskazał, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany w pkt. 1.3.20 PFU: a) w pkt. 1.3.20.2. PFU Zamawiający doprecyzował zakres prac Wykonawcy poprzez dodanie informacji, że dla realizacji zadania nie zakłada się potrzeby instalacji nowych kabli łącznikowych światłowodowych i miedzianych. Połączenia komunikacyjne urządzeń nowo instalowanych i przenoszonych w ramach zadania, wykonywane pomiędzy budynkiem technologicznym rozdzielni 400 kV, a budynkiem nastawni należy wykonać, wykorzystując w tym celu istniejące kable łącznikowe. W związku z powyższym dostosowano odpowiednio postanowienia pkt. 1.3.20.2. PFU.

b) w pkt. 1.3.20.3 PFU doprecyzowano zakres prac Wykonawcy na styku prac realizowanych przez Elektrownię Turów. W zakresie zadań Wykonawcy jest współpraca z Elektrownią Turów, uczestnictwo w edycji sygnałów w ośrodkach sterowania i nadzoru PSE S.A. (edycja realizowana przez Zamawiającego). Po zmianie sposobu komunikacji po stronie Wykonawcy jest demontaż zbędnych elementów infrastruktury na SE Mikułowa, które pozostały po kanałach szeregowych (konwertery sygnałów, okablowanie zasilające i sygnałowe).

c) w pkt. 1.3.20.7 PFU Zamawiający doprecyzował ilość łączy analogowych telefonicznych do wykonania migracji przez sieć PCM z centrali telefonicznej HiPath 4000V6 ODM Poznań na łącza cyfrowe w technologii VoIP poprzez węzeł WAN. Jednocześnie Zamawiając wskazuje, iż zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu, pkt. II.2.4) Opis zamówienia: „(...) Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, jeżeli pozwolą one uzyskać cechy lub parametry nie gorsze niż przywołane. Powyższe oznacza, że Wykonawca może zastosować rozwiązania opisane przez Zamawiającego „lub równoważne”" Tym samym Wykonawca ma pewną dowolność w realizacji, ograniczoną publicznie dostępnymi Standardowymi Specyfikacjami Funkcjonalnymi i Standardami Technicznymi. Minimalne parametry techniczne, o określenie których Odwołujący wnosi na str. 17 Odwołania, znajdują się we wspomnianych Standardowych Specyfikacjach Funkcjonalnych i podlegają ewentualnemu rozszerzeniu/doprecyzowaniu w treści SIWZ.

d) w pkt. 1.3.20.9 PFU Zamawiający doprecyzował zakres prac poprzez jednoznaczne wskazanie, iż nie przewiduje się konieczności rozbudowy infrastruktury technicznej zainstalowanej w ośrodkach dyspozytorskich (KDM, ODM Poznań) oraz centrach nadzoru (CN, RCN Poznań) dla prowadzenia danych z systemów stacyjnych do systemów PSE S.A. (DYSTER, WindEx). Jednocześnie Zamawiając wskazuje, iż zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu, pkt. II.2.4) Opis zamówienia: „(...) Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, jeżeli pozwolą one uzyskać cechy lub parametry nie gorsze niż przywołane. Powyższe oznacza, że Wykonawca może zastosować rozwiązania opisane przez Zamawiającego „lub równoważne”.", tym samym Wykonawca ma pewną dowolność w realizacji, ograniczoną publicznie dostępnymi standardowymi specyfikacjami technicznymi. Minimalne parametry techniczne, o określenie których Odwołujący prosi znajdują się we wspomnianych specyfikacjach i podlegają ewentualnemu rozszerzeniu/doprecyzowaniu w treści SIWZ.

e) w pkt. 1.3.20.10.2.a Zamawiający doprecyzował zakres Przedmiotu Zamówienia. W konsekwencji pkt 1.3.20.10 2 a) PFU otrzymał następujące brzmienie: „Zamawiający zrealizuje kompletną implementację funkcji, w tym funkcji sterowań w istniejących systemach dyspozytorskich ODM i KDM, przy czym w procesie implementacji funkcji w systemach centrów kierowania ruchem sieci wymagana jest pełna współpraca Wykonawcy z Zamawiającym.” Dodatkowo w pkt 1.3.20.9 PFU Zamawiający ujednolicił i doprecyzował powyższy zakres prac: „Nie przewiduje się konieczności rozbudowy infrastruktury technicznej zainstalowanej w ośrodkach dyspozytorskich (KDM, ODM Poznań) oraz centrach nadzoru (CN, RCN Poznań) dla wprowadzenia danych z systemów stacyjnych do systemów PSE S.A. (DYSTER, WindEx)."

f) w pkt. 1.3.20.10.2 PFU Zamawiający usunął ppkt f), zaznaczając jednocześnie (odpowiedź pytanie nr 26 do treści SIWZ), że w zakresie prac Wykonawcy jest wsparcie Zamawiającego podczas edycji sygnałów w ośrodkach nadrzędnych zgodnie z pkt 1.3.20.10 1 a) oraz współpraca z Elektrownią Turów zgodnie z treścią w pkt 1.3.20.3 PFU. Jednocześnie 1.3.20.3 PFU otrzymał następujące brzmienie: „W ramach zadania przewiduje się zmianę sposobu dowiązania i protokołu telemechaniki (z DNP 3.0 poprzez sieć PCM na IEC60870-5-104 poprzez węzeł SOWEAA/IRE elektrowni) w kanałach komunikacyjnych z systemu

SCADA Elektrowni Turów do ośrodków dyspozytorskich PSE S.A. Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z Elektrownią Turów oraz uczestnictwa w edycji sygnałów w ośrodkach sterowania i nadzoru PSE S.A. (edycja realizowana przez Zamawiającego). Po zmianie sposobu komunikacji, należy zdemontować zbędne elementy infrastruktury na SE Mikułowa, pozostałe po kanałach szeregowych (konwertery sygnałów, okablowanie zasilające i sygnałowe)."

g) w zakresie pkt. 1,3.20.11 PFU Zamawiający wskazuje, że tabela zawarta ww. punkcie PFU ma charakter pomocniczy. Zamawiający dokonał jednak doszczegółowienia ww. tabeli w aktualizacji PFU, która nastąpiła w dniu 26 kwietnia 2019 r. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że ilości urządzeń, interfejsów lub innych m.in. koniecznych do przeniesienia łączy telefonicznych zostały określone w szczegółowym opisie w pkt. 1.3.20.2 - 1.3.20.10 PFU. Zamawiający określił wszystkie możliwe do oszacowania na etapie SIWZ ilości, nie narzucając tym samym Wykonawcy konkretnych rozwiązań projektowych. Pozostałe ilości, których nie można określić na etapie tworzenia SIWZ, mogą zostać określone dopiero na etapie realizacji prac m.in. liczba stacji bazowych systemu DECT - na podstawie weryfikacji zasięgu. Decyzja o liczbie stacji bazowych zostanie podjęta na podstawie wyników modelowania propagacji lub pomiarów propagacyjnych wykonanych przed i po modernizacji pól objętych zakresem zadania. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż dokonał uzupełnienia PFU o schemat komunikacyjny SE Mikułowa z obiektami powiązanymi, który stanowi Załącznik nr Z09 do PFU.

Ad. pkt. 1.3.4 PFU - Na wstępie Zamawiający wskazał, że Odwołujący mylnie powołuje się na punkt 3.1.3.4. PFU. Zarzuty stawiane przez Wykonawcę w zakresie realizacji wymogów nałożonych w decyzjach administracyjnych znajdują się w pkt 1.3.4. PFU, nie w pkt 3.1.3.4. PFU. Zamawiający wyjaśniał, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający udostępnił uzyskaną decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach. Zapisy tej decyzji są znane Wykonawcy. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje stanowisko, iż w zakresie prac Wykonawcy jest realizacja wszystkich wymagań wynikających z uzyskanej decyzji. W ocenie Zamawiającego, przekazana w toku postępowania o udzielenie zamówienia decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach nie zawiera wymogów, których wykonanie konieczne jest po okresie realizacji Inwestycji (w domyśle po terminie Odbioru Końcowego). W przypadku jednak pozyskania przez Wykonawcę zmiany przedmiotowej decyzji lub nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (np. na skutek przyjętych rozwiązań realizacyjnych, które wymuszać będą zmiany decyzji lub pozyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach), które nakładać będą obowiązki wykraczające poza okres realizacji Inwestycji, to ich realizacji będzie po stronie Wykonawcy zadania. W związku z powyższym Zamawiający wskazuje, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany w pkt. 1.3.4. PFU poprzez doprecyzowanie zapisu w następujący sposób:
„W zakresie prac Wykonawcy znajdzie się również realizacja wszystkich wymagań wynikających z uzyskanych decyzji do momentu ich całkowitego wykonania (w tym również tych wykraczających poza okres realizacji inwestycji - w przypadku pozyskania decyzji przez Wykonawcę) np. kompensacji przyrodniczych, ekspertyz i analiz środowiskowych, monitoringów.".

W zakresie KIO 694/19:

Ad. pkt 1.4.1 IPU - Zamawiający wskazuje, że oświadczenia, do których odnosił się Wykonawca mają następującą treść:

„1.4.1. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

„1.4.6. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego".

Zauważył, że oświadczenia, o których mowa w powyższych punktach, dotyczą innych zagadnień i nie można mówić o ich wewnętrznej sprzeczności. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.1 IPU dotyczy kwestii przydatności stanowiącej SIWZ dokumentacji do realizacji Umowy z uwzględnieniem jej zgodności z celami wyznaczonymi Umową, czyli

wykonaniu przedmiotu Zamówienia w formule „pod klucz". W dalszej treści oświadczenie uszczegóławia, że Wykonawcy znany jest opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego. Punkt ten dotyczy więc kwestii zdatności dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do wykonania przedmiotu Umowy oraz potwierdza, że Wykonawca zapoznał się z opisem przedmiotu Zamówienia i wymaganiami technicznymi Zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.6 IPU dotyczy odrębnej kwestii, a mianowicie uwzględnienia przez Wykonawcę ryzyk wynikających z formuły realizowanego kontraktu, to jest kontraktu w formule „pod klucz" z wynagrodzeniem ryczałtowym. Oczywistym jest, że w przypadku realizacji dużych przedsięwzięć inwestycyjnych część danych przekazywanych przez Zamawiającego ma charakter szacunkowy w tym sensie, że Zamawiający nie opisuje szczegółowo wszystkich elementów prac koniecznych do wykonania Zamówienia w stopniu dokładności pokrywającym się ze stopniem szczegółowości opisu wykonanych robót na potrzeby sporządzania protokołów inwentaryzacyjnych (np. wykonania wykopów z dokładnością do 1 m/1 cm), ponieważ zaprzeczałoby to istocie kontraktów z wynagrodzeniem ryczałtowym. W związku z powyższym stwierdzenie, jakoby pkt 1.4.1 IPU oraz 1.4.6 IPU były ze sobą sprzeczne jest nie tylko niezrozumiałe, ale także nieprawdziwe. Twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający oczekiwał do Wykonawcy złożenia w pkt 1.4.1 IPU oświadczenia niezgodnego z prawdą jest również niezrozumiałe, ponieważ jeżeli Odwołujący uważa, że dokumentacja jest nieprzydatna do realizacji Umowy i niezgodna z celami wyznaczonymi Umową - powinien to wykazać. W przeciwnym wypadku Zamawiający nie ma możliwości merytorycznego odniesienia się do zarzutów Odwołującego. Odnośnie do wskazanego przez Odwołującego pkt 4.3 IPU, zgodnie z którym „Zamawiający pozyska i przekaże Wykonawcy Dokumentację Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentację Formalną Zamawiającego w zakresie, w jakim nie została ona przekazana Wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia", Zamawiający wskazuje, że jest on uzupełniony postanowieniami pkt 4.4. IPU (w brzmieniu zmienionym w dniu 23 kwietnia 2019 r.), zgodnie z którym: „4.4 Z zastrzeżeniem postanowień punktu 4.3 powyżej, w odniesieniu do Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, która nie została przekazana Wykonawcy do momentu złożenia Oferty, Dokumentacja Formalna Zamawiającego zostanie przekazana Wykonawcy:

a) w przypadku Fazy 1, o której mowa w Załączniku nr 7 do Umowy - w terminie 14 (czternastu) dni od dnia zawarcia Umowy,

b) w przypadku Fazy 2A oraz Fazy 2B, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy - w terminie 2 (dwóch) miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

natomiast Dokumentacja Techniczna Zamawiającego dotycząca Fazy 1 jak i Fazy 2A oraz Fazy 2B, o których mowa w Załączniku nr 7 do Umowy zostanie przekazana Wykonawcy na pisemny wniosek Wykonawcy o jej przekazanie z określeniem zakresu Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, której dostarczenia domaga się Wykonawca - w terminie 14 (czternastu) dni od jej uzyskania przez Zamawiającego. Zamawiający informuje jednocześnie, że posiada Dokumentację Techniczną Zamawiającego wyszczególnioną w Załączniku 3 do PFU stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca do wykonania Zamówienia wymagał będzie dokumentacji innej niż Dokumentacja Formalna Zamawiającego lub Dokumentacja Techniczna Zamawiającego wyszczególniona w Załączniku nr 3 do PF-U stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Strony uzgadniają, że wykonanie takiej dokumentacji stanowi zobowiązanie Wykonawcy do wykonania takiej dokumentacji i wchodzi w zakres Dokumentacji Technicznej, do której wykonania zobowiązany jest Wykonawca.". W związku z powyższym oczywistym jest, że oświadczenie Wykonawcy zawarte w pkt 4.3. IPU dotyczyło będzie wyłącznie stanowiącej SIWZ dokumentacji, która była znana Wykonawcy do daty złożenia oferty, a więc nie dotyczy Dokumentacji Formalnej Zamawiającego i Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, o której mowa w pkt 4.4. IPU. W konsekwencji kalkulacja ryzyk i uwzględnienie ich w zaoferowanej cenie z uwzględnieniem szacunkowego charakteru przekazanych danych, o których mowa w oświadczeniu w pkt 1.4.6 IPU dotyczy tylko tych ryzyk i tych danych, które wynikają z SIWZ i dokumentacji, która została Wykonawcy przekazana do momentu złożenia oferty. Zamawiający wskazuje ponadto, że pkt 24.2.2 (a) i (c) IPU przewidują możliwość zmiany sposobu wykonania Zamówienia (np. zmiany technologii wykonania Przedmiotu Umowy, Urządzeń i Materiałów, zmiany rodzaju, technologii lub ilości Robót lub Prac, zmiany sposobu realizacji Robót lub Prac), spowodowanej okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, a które uniemożliwiają realizację Przedmiotu Umowy w sposób przewidziany pierwotnie lub spowodowanych treścią decyzji administracyjnych - w tym stanowiących Dokumentację Formalną Zamawiającego. Nie można w tej sytuacji twierdzić, jak to uczynił Odwołujący, jakoby postanowienia pkt 1.4.1 IPU miałyby stać w sprzeczności z postanowieniami pkt 4.3 i dalszych IPU. Zamawiający podkreślił, iż skuteczne postawienie zarzutu wobec pkt. 1.4.1 IPU możliwe byłoby wyłącznie wraz ze wskazaniem konkretnego punktu SIWZ, który uniemożliwia złożenie oświadczenia ze względu na braki lub niejasności w SIWZ, co w przypadku niniejszego postępowania i Odwołania nie miało miejsca.

Ad pkt 1.4.3 IPU - Odnośnie treści oświadczenia zawartego w pkt 1.4.3 IPU, do którego odnosi się Odwołujący, Zamawiający wskazuje, że ma on po dokonaniu zmian w dniu 23 kwietnia 2019 r. treść następującą: „1.4.3. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] przed złożeniem Oferty zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy".

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że oświadczenie, o którym mowa w pkt 1.4.3 IPU obejmuje trzy elementy składowe: a) Oświadczenie o zapoznaniu się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty. W tym zakresie oczywistym jest, że oświadczenie nie dotyczy dokumentacji, która jest Wykonawcy niedostępna przed złożeniem Oferty. Oczywistym jest również, że nie dotyczy ona w szczególności tej dokumentacji, której Zamawiający w trakcie postępowania Wykonawcy nie przekazał; b) Oświadczenie o zapoznaniu się z wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego. Zamawiający zakłada, że profesjonalny Wykonawca zapoznaje się z materiałami postępowania przetargowego na potrzeby przygotowania oferty;

c) Oświadczenie o uzyskaniu wszystkich informacji koniecznych dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy.

Oświadczenie zawarte w pkt 1.4.3 IPU dotyczy przygotowania się przez Wykonawcę do realizacji Umowy, ponieważ na potrzeby przygotowania oferty profesjonalny Wykonawca rozpoznać winien możliwość prowadzenia prac w zakładany przez Wykonawcę sposób (w tym np. organizacja zaplecza budowy, miejsc składowania materiałów, możliwości zakwaterowania pracowników i zapewnienia mediów na potrzeby wykonywania prac).

Oczywistym jest również, że w tym zakresie nie dotyczy to elementów wskazanych w literach

a) i b) powyżej, ponieważ w takim przypadku byłyby one zbędne. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający umożliwia potencjalnym Wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnej na Terenie Budowy, co pozwoli ustalić Wykonawcy faktyczne warunki istniejące w miejscu, w którym wykonywać ma prace i ustalić potencjalnych interesariuszy, z którymi w trakcie realizacji Umowy wejść będzie musiał w interakcje. W związku z tym stanowisko Odwołującego, iż „Wykonawca nie może zatem rzetelnie oświadczyć, że przekazana mu dokumentacja jest dokumentacją „niezbędną" i że „zawiera wszelkie informacje konieczne" nie dotyczy treści oświadczenia, o którym mowa w pkt 1.4.3 IPU. Zamawiający wskazuje również, że w treści tego oświadczenia nie wymaga potwierdzenia przez Wykonawcę, że dokumentacja jest np. "prawidłowa, zupełna i wystarczająca", natomiast wymaga złożenia oświadczenia obejmującego elementy składowe wskazane w punktach a), b) i c).

Ad. pkt 1.4.6 IPU - Stanowisko Zamawiającego co do treści pkt 1.4.6 IPU zostało już przedstawione powyżej. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący w swojej argumentacji w sposób nieuzasadniony łączy dwie kwestie: (i) kwestię szacunkowości danych przekazywanych przez Zamawiającego będących pochodną realizacji kontraktu w formule „pod klucz" w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, oraz (ii) kwestię podziału ryzyk pomiędzy strony kontraktu, która ma charakter komercyjny i który to podział jest dopuszczalny na zasadzie swobody umów. Stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający oczekiwał od Odwołującego kalkulowania ryzyk, które nie są znane w chwili składania oferty, jest niezrozumiałe. Zamawiający zakłada, że zarówno Odwołujący, jak również inni potencjalni oferenci, którzy spełniają kryteria podmiotowe udziału w postępowaniu (doświadczenie, potencjał ludzki), są profesjonalistami prowadzącymi działalność na wysoce specjalistycznym rynku budowy linii i stacji elektroenergetycznych i mają bardzo dobrą znajomość charakteru ryzyk związanych z realizacją skomplikowanych przedsięwzięć inwestycyjnych (przykładowo: ryzyko gruntowe, ryzyko zmian cen materiałów budowlanych, ryzyko warunków pogodowych, ryzyko braku wyłączeń z uwagi na sytuację w Krajowym Systemie Elektroenergetycznym). Odrębną kwestią jest oszacowanie prawdopodobieństwa ziszczenia się tych ryzyk i uwzględnienia go przy kalkulacji ceny ofertowej przez Wykonawcę. Zamawiający wskazuje, że przedmiotem działalności Zamawiającego jest pełnienie funkcji Operatora Systemu Przesyłowego, o którym mowa w ustawie prawo energetyczne, natomiast przedmiotem działalności potencjalnych oferentów jest wykonawstwo stacji i linii elektroenergetycznych i to potencjalni oferenci z doświadczenia wiedzą, jakie ryzyka mogą się zmaterializować i jaki mogą mieć wpływ na realizację Umowy. Zamawiający zwrócił uwagę, że wynagrodzenie z tytułu wykonania Umowy ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, a nie obmiarowego czy też na zasadzie tzw. otwartej książki, w której Zamawiający ma pełną wiedzę na temat wszelkich informacji posiadanych przez

Wykonawcę przy realizacji inwestycji. Oczywistym jest więc, że poszczególni oferenci mogą przyjmować do kalkulacji inny zakres ryzyk, ponieważ będzie to pochodną ich doświadczenia

zawodowego, natomiast niezrozumiałym jest stanowisko Odwołującego, jakoby składane oferty były nieporównywalne. Każdorazowo bowiem przedmiotowe ryzyka wynikają z konieczności wykonania Zamówienia, które określone zostało w SIWZ. Te ryzyka, które nie leżą po stronie Zamawiającego, są ryzykami leżącymi po stronie Wykonawcy i to Wykonawca powinien przedmiotowe ryzyka wycenić. Nie ma to nic wspólnego z kwestią nieporównywalności ofert, ponieważ kryteria wyboru ofert przez Zamawiającego są jasne i precyzyjne. Oczywistym jest też, że działający racjonalnie Wykonawca powinien wziąć pod uwagę te ryzyka, które powinien zidentyfikować na chwilę składania oferty, z uwzględnieniem jego doświadczenia zawodowego oraz profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności. Zamawiający wskazuje, że są to ryzyka nie tylko dające się określić na podstawie dokumentacji i informacji przekazanych przez Zamawiającego, ale również z innych źródeł, jeżeli Wykonawca uzna to w świetle swojego dotychczasowego doświadczenia za stosowne. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca ma przykładowo możliwość przeprowadzenia wizji lokalnej (pkt 1.4.4 IPU) w celu zidentyfikowania ryzyk związanych z wykonywaniem Umowy, natomiast wykorzystanie tej możliwości należy do Wykonawcy według jego swobodnego uznania.

Ad. pkt 2.1 IPU - Pełna treść zdania trzeciego pkt 2.1. IPU, do którego treści nawiązuje Odwołujący, jest następująca: „Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały, a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy" (oznaczenie kursywą - własne Zamawiającego). Zamawiający wskazuje, że czynności, o których mowa w części zaznaczonej kursywą są to czynności, których_wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy, czyli zrealizowania Zamówienia w formule „pod klucz". Zarówno dla Zamawiającego jak i dla profesjonalnego wykonawcy oczywistym jest, że nie są to czynności i zobowiązania, które mogą wykraczać poza zakres Zamówienia, ale czynności wchodzące w jego zakres. Przykładem takiego zobowiązania niewymienionego wprost w Umowie mogą być zobowiązania wynikające z umowy najmu nieruchomości na potrzeby przygotowania zaplecza budowy lub miejsca na odkład humusu, które nie muszą być wpisane wprost w programie funkcjonalno- użytkowym, ponieważ to Wykonawca decyduje w jaki sposób zamierza organizować realizację Zamówienia. Innym przykładem może być konieczność dostarczenia piasku - to do decyzji Wykonawcy należy czy będzie go dostarczał taczkami, czy transportem samochodowym i w jaki sposób ureguluje związane z tym swoje zobowiązania kontraktowe. Reasumując, chodzi tu o te czynności i zobowiązania, których wykonanie jest niezbędne do wykonania Zamówienia w formule „pod klucz". Zamawiający nie podziela poglądu przedstawionego przez Odwołującego, jakoby „sformułowanie to, poprzez swoją ogólność wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4. IPU i jako sprzeczne z Pzp i wyrażonymi w tej ustawie zasadami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i ich skutkiem dla zachowania prawidłowej konkurencji [...]", ponieważ:

a) sformułowanie pkt 2.1 IPU nie wykracza poza zobowiązanie wynikające z art. 2.4. IPU, a je uzupełnia w związku z przyjętą formułą realizacji kontraktu „pod klucz";

b) sformułowanie pkt 2.1. IPU nie ma wpływu na zachowanie prawidłowej konkurencji, ponieważ wymaganie to dotyczy wszystkich potencjalnych wykonawców, a nie tylko Odwołującego;

c) zarzucana przez Odwołującego ogólność użytego w pkt 2.1. sformułowania nie dotyczy ogólności w sensie rozumianym jako dowolność w określaniu zakresu przedmiotu Zamówienia (bo jest on określony jednoznacznie), a jest pochodną przyjętej formuły realizacji kontraktu „pod klucz" za wynagrodzenie ryczałtowe, a doświadczony Wykonawca jest w stanie określić zakres czynności i zobowiązań niezbędnych do zrealizowania kontraktu z uwzględnieniem takiej formuły i odpowiednio je wycenić w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Ad. pkt 11.2 IPU - Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 11.2 IPU, w sposób wnioskowany przez Odwołującego na skutek złożenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia pytań do treści SIWZ. Stąd też, Zamawiający nie odnosi się merytorycznie do zarzutu Odwołania w tej części.

Ad. pkt 24.2.5.a IPU - Zamawiający wskazuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 24.2.5. (a), któremu nadał następującą treść: Jeżeli zmiana Wynagrodzenia stanowić będzie bezpośredni skutek zaistnienia przesłanek do zmian Umowy lub Załączników do Umowy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub kwoty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy

[Kalkulacja zmiany wynagrodzenia]". Zamawiający nie podziela przestawionego przez Odwołującego poglądu, jakoby pkt 24.2.5 (a) Umowy wymagał doprecyzowania. Zamawiający wskazuje, że pkt 24.2.5 (a) w swej treści odsyła do pkt. 25 Umowy, który szczegółowo reguluje między innymi zasady kalkulacji zmian Wynagrodzenia w przypadku zmian Umowy, w tym posługuje się odwołaniem do pojęcia „kosztów pośrednich". Zamawiający wskazuje więc, że brak jest przesłanek do dokonania zmiany treści pkt. 24.2.5. (a) IPU. Zamawiający wskazał również, iż w przypadku, gdy poniesiona przez Wykonawcę specyficzna kategoria kosztów nie wpisywała się będzie w „koszty pośrednie" przy zmianie Wynagrodzenia zgodnie z pkt. 25 IPU, a poniesienie takiego kosztu będzie bezpośrednio powiązane z zaistnieniem opóźnienia - poniesienie takiego kosztu będzie mogło stanowić szkodę Wykonawcy, której zaspokojenia Wykonawca będzie mógł dochodzić od Zamawiającego na zasadach ogólnych._Zamawiający nie jest w stanie odnieść się do pojęcia „Przedłużonego Czasu na Ukończenie", którym posługuje się w uzasadnieniu do zarzutu ad. 1.6 (s. 12 Odwołania) Odwołujący, ponieważ Umowa nie zawiera jego definicji.

Ad. pkt 2, ppkt 2) oraz pkt. 2.1.1, 3.3, 3.9, 3.9.1. PFU - Zamawiający wskazał, że zakres rzeczowy postępowania przetargowego nie obejmuje budowy dodatkowej drogi pożarowej. Zamawiający w dniu 23 kwietnia 2019 r, dokonał modyfikacji PFU poprzez:

a) wykreślenie z pkt nr 2 Opis Ogólny Przedmiotu Zamówienia ppkt 2. następującego wyrażenia: „od strony wschodniej", b) wykreślenie z Tabeli 1 Lp. 2 komórka sposób użytkowania następującego wyrażenia: „teren pod fragment nowej alternatywnej drogi pożarowej", c) wykreślenie z pkt 2.2.1 następującego wyrażenia: „Droga nie spełnia wymagań jak dla drogi pożarowe/', oraz „W zakresie prac przewidzianych do wykonania w obrębie dodatkowej drogi pożarowej inwestycja będzie prowadzona na terenie będącym we własności, wieczystym użytkowaniu PSE S.A., a także Gminy Długołęka. Zakres zadania obejmuje budowę drogi dojazdowej, w śladzie istniejącej drogi po terenie we władaniu Gminy Długołęka, wzdłuż istniejącego ciągu znajdują się działki we władaniu osób fizycznych. Wykonawca wykona wszystkie czynności wymagane do wykonania drogi dojazdowej w gabarycie drogi przeciwpożarowej', d) wykreślenie z pkt 3.3 następującego wyrażenia: „z wyłączeniem przebudowy alternatywnej drogi dojazdowej, od strony wschodniej, która spełnia funkcję drogi pożarowej", oraz „Projekt budowlany dotyczący alternatywnej drogi dojazdowej powinien być wykonany zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami. Projekt budowlany do opiniowania należy dostarczyć Zamawiającemu w wersji papierowej w liczbie 5 egz. oraz w wersji elektronicznej w formacie PDF z możliwością wydruku", e) wykreślenie z pkt 3.4.1 ppkt 2. wyróżnik c) następującego wyrażenia: „lokalizacji przebudowanej alternatywnej drogi dojazdowej na teren stacji", f) wykreślenie z pkt 3.9 następującego wyrażenia: „droga dojazdowa," oraz „We wschodniej części stacji znajduje się droga dojazdowa do stacji wykonana z prefabrykowanych, drogowych płyt betonowych. W zakresie zadania mieści się uzyskanie PnB wraz z wszelkimi poprzedzającymi decyzjami, uzgodnieniami drogi pożarowej wraz z jej budową Przewiduje się, że prace związane z wybudowaniem drogi dojazdowej będą prowadzone na dz. nr ewid. 254; 257; 579 we własności Gminy Długołęka, na dz. nr ewid. 253 będącej w wieczystym użytkowaniu PSE

S.A., na dz. nr ewid. 669 we własności Gminy Długołęka. Do Wykonawcy należy demontaż istniejącej drogi dojazdowej, przekazanie płyt betonowych na magazyn PSE S.A. W zakresie Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania wszelkich pozwoleń, uzgodnień i decyzji niezbędnych do wybudowania i użytkowania drogi dojazdowej i wjazdów". Oraz „Nowo projektowane wjazdy i drogi dojazdowe powinny spełniać wymagania drogi ppoż.".
g) wykreślenie pkt 3.9.1; h) wykreślenie z pkt 3.12.2 następującego wyrażenia: „Dla zadania inwestycyjnego budowy drogi dojazdowej do stacji należy wykonać badania geotechniczne na terenie objętym budową w oparciu o rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25.04.2012 r. Dz.U. 2012 r., poz. 463 w sprawie ustalenia geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych." i) wykreślenie z pkt 3.12.3 następującego wyrażenia: „oraz w miejscu przewidzianym pod budowę drogi dojazdowej'.

Ad. pkt 3,1 PFU - Zamawiający wskazał, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał zmiany pkt 3.1., któremu nadał następującą treść: „Wykonawca zapewni realizację wszystkich wymogów nałożonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach do momentu ich całkowitego wykonania (w tym również tych wykraczających poza termin odbioru końcowego zadania - w przypadku pozyskiwania nowej lub zmiany istniejącej decyzji środowiskowych uwarunkowaniach przez Wykonawcę), np. kompensacji przyrodniczych, ekspertyz i analiz środowiskowych, monitoringów porealizacyjnych". Wyjaśnił, że obowiązek wypełnienia wymogów decyzji środowiskowych po terminie odbioru końcowego dotyczy tylko przypadków kiedy na skutek wprowadzenia zmian do Umowy, w tym na skutek przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań technologicznych, Wykonawca pozyskiwał będzie nowe decyzje środowiskowe lub zmieniał istniejącą decyzję. Istniejąca decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach takich wymogów nie przewiduje.

Ad. pkt 3.2 PFU - Zamawiający informuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał modyfikacji

zapisów PFU SIWZ poprzez nadanie ostatniemu zdaniu pkt 3.2 następującego brzmienia: „Wykonawca powinien być przygotowany na potencjalne wystąpienie braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach, jak również okresu wyłączeń w zależności od np: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych". Jednocześnie Zamawiający informuje, że skutki niezawinionego przez Wykonawcę braku możliwości otrzymania wyłączenia w terminie ustalonym Szczegółowym Harmonogramem Realizacji Zamówienia uregulowane są w postanowieniach umowy (pkt. 24.2.1 lit. (a) i pkt 242.3 lit. (e) i pkt. 24.2.4. lit. (f). Zamawiający nie wymaga kalkulowania przez Wykonawcę w ofercie ryzyka wystąpienia określonej liczby takich zdarzeń.

Ad. pkt 3.7.13 PFU - Zamawiający informuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał modyfikacji zapisów PFU poprzez wykreślenie z pkt 3.7.13 następującego postanowienia: „ww nie może stanowić podstawy do roszczeń w stosunku do Zamawiającego". Tytułem wyjaśnienia, Zamawiający zakłada, że zdanie ostatnie zarzutu Wykonawcy zawiera oczywistą omyłkę pisarską poprzez odniesienie do pkt 3.7.12 PFU (błędne), zamiast prawidłowego 3.7.13 PFU (prawidłowe), a w konsekwencji uwaga Wykonawcy dotyczy zakresu uregulowanego w pkt 3.7.13 PFU.

Ad. pkt 3.7.15 ppkt 10) PFU - Zamawiający informuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał modyfikacji zapisów PFU poprzez wykreślenie z pkt 3.7.15 następującego postanowienia: „Wykonawca zobowiązany jest do wymiany elementów zniszczonych nienadających się do ponownego wykorzystania, a których stan można ocenić po zdemontowaniu rusztu stalowego, odkryciu zewnętrznych powierzchni bocznych stanowiska".

Ad. pkt 3.7.16 ppkt 9) PFU - Zamawiający informuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał modyfikacji zapisów PFU poprzez wykreślenie z pkt 3.7.16 następującego postanowienia: „Wykonawca zobowiązany jest do wymiany elementów zniszczonych nienadających się do ponownego wykorzystania, a których stan można ocenić po zdemontowaniu rusztu stalowego, odkryciu zewnętrznych powierzchni bocznych stanowiska".

Ad. pkt 3.12.2 PFU - Zamawiający informuje, że w dniu 23 kwietnia 2019 r. dokonał modyfikacji zapisów PFU poprzez wykreślenie z pkt 3.12.2 następującego postanowienia: „Opracowane i przekazane dokumentacje geotechniczne, nie mogą być podstawą do roszczeń dla Wykonawcy”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie KIO 693/19 - ELTEL Networks Energetyka S.A. Przedstawiony na posiedzeniu wydruk przesłania przystąpienia do sprawy KIO 693/19 przez e-PUAP został zweryfikowany i podlegał sprawdzeniu w ramach skrzynki e-PUAP, nie stwierdzono, aby to przystąpienie trafiło na adres KIO za pomocą skrzynki e-PUAP (wydruk w aktach). Jednocześnie ELTEL Networks Energetyka S.A. nie przekazała pisma potwierdzającego przez e-PUAP skutecznego przekazanie, które otrzymuje każdy nadający - tzw. U PO, przez co nie można potwierdzić prawidłowego złożenia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy na oddzielnych płytkach CD w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19 (dwie płytki CD) oraz w sprawie sygn. akt: KIO 694/19 (jedna płytka CD), w szczególności w zakresie postanowień SIWZ wraz z załącznikami, jak i odpowiedzi na pytania, tj. w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19: pisma z 23.04.2019 r. (wraz z dokonanymi zmianami we Wzorze Umowy - tekst jednolity), 26.04.2019 r. (wraz z dokonanymi zmianami we PFU - tekst jednolity) oraz 30.04.2019 r., zaś w sprawie o sygn. akt: KIO 694/19: pismo z 23.04.2019 r. (wraz z dokonanymi zmianami we Wzorze Umowy - tekst jednolity oraz we PFU - tekst jednolity).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19, KIO 694/19 przedłożone przez Odwołującego na rozprawie:

• aneks nr 3 z 09.07.2014 r. (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę oba odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na oba odwołania, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy. Jednocześnie, Izba nie dopuściła przed zamknięciem rozprawy możliwości złożenia załączników do protokołu. W konsekwencji nie brała pod uwagę złożonego po zamknięciu rozprawy, a przed ogłoszeniem wyroku - załącznika złożonego przez Zamawiającego, jak i odpowiedzi udzielonej na niniejszy załącznik przez Odwołującego w obu sprawach.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 693/19:

SPIE Elbud Gdańsk S.A.:

W zakresie zarzutów z pkt 5 odwołania (str. 2) - dot. art. 11.2 IPU (wzór umowy), z pkt 7 odwołania (str. 2 i 3) - dot. pkt 1.3.2.2 i 1.3.2.5 PFU, z pkt 9 odwołania (str. 3) - dot. pkt 1.3.11. PFU, z pkt 10 odwołania (str. 3) - dot. pkt 1.3.20. PFU (czyli wszystkich jednostek redakcyjnych wskazanych szczegółowo w odwołaniu - 1.3.20.2, 1.3.20.3, 1.3.20.7, 1.3.20.9, 1.3.20.10.2.a, 1.3.20.10.2.f, 1.3.20.11 PFU) - oraz z pkt 11 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.1.3.4 PFU /de facto wobec omyłki pisarskiej pkt 1.3.4. PFU/, Odwołujący na posiedzeniu wycofała w/w zarzuty. W konsekwencji wycofania powyższych zarzutów, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Z kolei podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 7 Pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w efekcie czego złożone oferty mogą być nieporównywalne, co Odwołującemu znacząco utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia w ramach niemniejszego postępowania;

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w ten sposób znaczące utrudnienie lub uniemożliwienie Odwołującemu dokonania kalkulacji wynagrodzenia i złożenia oferty postępowaniu;

3. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 29 Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia przez Za m awi ającego. Powyższe naruszenia miały miejsce w kontekście:

1. Art. 1.4.1 Części IV SIWZ — wzór umowy („IPU"), w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umowa, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

2. Art. 1.4.3 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy'";

3. Art. 1.4.6 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego";

4. Art. 2.1 IPU, w którym Zamawiający wskazuje, że częścią Zamówienia, a tym samym obowiązkiem wykonawcy jest „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągniecia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy'";

5. (_.)

6. Art. 24.2.5.a IPU, w którym przewidując możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Zamawiający nie precyzuje czy zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa jest również w przypadku, gdy w efekcie zdarzeń opisanych w art. 24.2.1, 24.2.2 oraz 24.2.3 IPLJ dochodzi do powstania nowych, nieprzewidzianych wcześniej kosztów po stronie wykonawcy;

7. (...)

8. Pkt 1.3.3. PFU, w którym Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę odpowiedzialność związaną z włączeniami, nawet w sytuacji kiedy wyłączenia te odbywać się będą poza planowanymi terminami; (...).

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie. W ramach pkt. 1.4.3 IPU oraz pkt 24.2.5 a IPU dokonał zmiany treści pismem z 23.04.2019 r. Z kolei pismem z dnia 26.04.2019 r. dokonał zmiany pkt. 1.3.3 PFU. Pkt. 1.4.1, 1.4.6, 4.3, 4.4 mają następującą treść:

„1.4.1. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

„1.4.6. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględni! je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego".

„4.3 Zamawiający pozyska / prze każę Wykonawcy Dokumentację Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentację Formalną Zamawiającego w zakresie, w jakim nie została ona przekazana Wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia", Pkt. 4.3 został uzupełniony postanowieniami pkt 4.4. IPU (w brzmieniu zmienionym w dniu 23.04.2019 r.), zgodnie z którym:

„4.4 Z zastrzeżeniem postanowień pkt. 4.3 powyżej, w odniesieniu do Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, która nie została przekazana Wykonawcy do momentu złożenia Oferty, Dokumentacja Formalna Zamawiającego zostanie przekazana Wykonawcy w terminie 21 (dwudziestu jeden) dni od dnia podpisania Umowy, natomiast Dokumentacja Techniczna Zamawiającego zostanie przekazana na pisemny wniosek Wykonawcy o jej przekazanie z określeniem zakresu Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, której dostarczenia domaga się Wykonawca - w terminie 14 (czternastu) dni od jej uzyskania przez Zamawiającego."

Z kolei po zmianie z 23.04.2019 r. pkt. 1.4.3 IPU brzmi:

„1.4.3. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] przed złożeniem Oferty zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy".

Odnośnie pkt. 2.1 IPU:
„Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały, a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy”

Natomiast w dniu 26.04.2019 r. dokonał zmiany pkt 1.3.3. PFU poprzez wykreślenie zadania: „Wykonawca powinien być przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach i liczby dni wyłączeń w zależności od: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych itd., i w związku z tym powinien tak dobierać technologię i potencjał wykonawczy (liczbę ludzi, urządzeń, itp.), aby wykonać zadanie inwestycyjne zgodnie z zakresem i terminem określonym

w zatwierdzonym szczegółowym harmonogramie realizacji.” i wprowadzenie zdania następującej treści:

„Wykonawca powinien być przygotowany na ewentualności dotyczące braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach, jak również okresu wyłączeń w zależności od np. sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych".

Kluczowy charakter dla uwzględnienia odwołania mają postanowienia wzoru umowy:

„(■■■■)

24. „ZMIANA UMOWY

24.1 [Celowo pominięty].

24.2 Dokonanie zmian postanowień Umowy lub Załączników do Umowy jest możliwe, gdy zmiany tych postanowień stanowią zmianę w stosunku do treści oferty Wykonawcy (stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy), jeżeli zachodzą okoliczności określone w ogólnie obowiązujących przepisach, w tym zwłaszcza w prawie zamówień publicznych lub poniżej przewidziane okoliczności dokonania zmiany, z uwzględnieniem poniżej wskazanego zakresu zmian, ich charakteru oraz warunków wprowadzenia:

24.2.1 zmiany terminu wykonania Umowy lub terminu realizacji poszczególnych Etapów, jeżeli jej/ich wykonanie w terminach pierwotnie uzgodnionych jest niemożliwe z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę wskazanych w punkcie 24.2, w tym w szczególności:

(a) wynikłych z sytuacji w KSE;

(b) konieczności synchronizacji terminów realizacji innych robót, dostaw, usług lub zadań (projektów), w tym realizowanych, prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją Przedmiotu Umowy lub mogących w ocenie Zamawiającego mieć wpływ na realizację Przedmiotu Umowy;

(c) ustalenia przez Strony zmiany sposobu realizacji Przedmiotu Umowy, w tym również w oparciu o pkt. 24.2.2 Umowy;

(d) wywołanych treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(e) wystąpienia siły wyższej lub wystąpienia warunków atmosferycznych w sposób istotny odbiegających od typowych, uniemożliwiających prowadzenie Robót lub Prac zgodnie ze sztuką budowlaną, przyjętą technologią Robót lub Prac, normami lub obowiązującymi przepisami, lub przeprowadzanie prób i sprawdzeń lub dokonywanie Odbiorów, przy czym wystąpienie takich okoliczności oraz ich nadzwyczajny charakter muszą zostać udokumentowane między innymi poprzez akty prawne potwierdzające zaistnienie siły wyższej na obszarze obejmującym Teren Budowy, lub opinię właściwego instytutu meteorologicznego, lub instytutu gospodarki wodnej, lub instytutu melioracji;

(f) opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe organy administracji publicznej, które nie są następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, przy czym za opóźnienie w wydawaniu decyzji, lub zezwoleń, lub uzgodnień, do wydania których są zobowiązane właściwe organy administracji publicznej uznaje się przekroczenie przez dany organ okresu przewidzianego w odpowiednich przepisach, w którym powinny one zostać wydane;

(g) niemożliwości realizacji Robót lub Prac z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, o ile nie zostało to spowodowane nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę ciążących na nim obowiązków umownych;

(h) wystąpienia udokumentowanych opóźnień w realizacji Umowy będących skutkiem prowadzenia prac archeologicznych, występowania niewybuchów lub niewypałów;

(i) zwłoki Zamawiającego w przekazaniu Terenu Budowy lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego lub Dokumentacji Technicznej Zamawiającego;

(j) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa;

(k) wystąpienia istotnych wad Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, dostosowanie się do których przez Wykonawcę skutkować może niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Zamówienia przez Wykonawcę;

24.2.2 zmiany sposobu wykonania Zamówienia (np. zmiany technologii wykonania

Przedmiotu Umowy, Urządzeń i Materiałów, zmiany rodzaju, technologii lub ilości Robót lub Prac, zmiany sposobu realizacji Robót lub Prac), spowodowanej m. in.,

choć nie wyłącznie:

(a) okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, a które uniemożliwiają realizację Przedmiotu Umowy w sposób przewidziany pierwotnie;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa, w tym zmianą obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) pojawieniem się nowszej technologii lub nowszej generacji Urządzeń i Materiałów, służących do wykonania zaprojektowanych Robót lub Prac pozwalających na zaoszczędzenie czasu realizacji lub kosztów Robót lub Prac, zmniejszenia ich negatywnych skutków dla środowiska naturalnego lub podniesienia bezpieczeństwa, jak również kosztów eksploatacji Stacji, wystąpieniem kolizji z realizacją lub zmian w realizacji innych zadań (projektów), w tym prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją Przedmiotu Umowy lub mających wpływ na realizację przedmiotu Umowy lub KSE;

(e) wprowadzeniem przez Zamawiającego zmian w obowiązujących w chwili upływu terminu na składanie ofert w postępowaniu o udzieleniu Zamówienia Standardowych Specyfikacjach Funkcjonalnych i Standardach Technicznych lub w procedurach wymienionych w Umowie, w tym w szczególności w Procedurze Odbioru, „Procedurze likwidacji zakłóceń w majątku sieciowym i telekomunikacyjnym PSE S.A.”;

(f) koniecznością zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, a wynikających ze stwierdzonych Wad tej Dokumentacji Technicznej;

(g) konieczności zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Umowie na skutek wystąpienia na Terenie Budowy odmiennych warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych odbiegających od przyjętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, które mogą w świetle przyjętych w Umowie założeń skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Zamówienia przez Wykonawcę;

(h) konieczności zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Umowie na skutek wystąpienia warunków Terenu Budowy (napotkane niezinwentaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane instalacje lub obiekty) odbiegających w sposób istotny od przyjętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego;

24.2.3 zmiany polegającej na dokonaniu przeniesienia (przesunięcia) Prac lub Robót pomiędzy Etapami, w tym utworzenie nowych Etapów poprzez ich wydzielenie z Etapów dotychczas istniejących wraz z określeniem kwot wynagrodzenia za Etapy w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub określonej przez Strony na podstawie odpowiedniego zastosowania zasad opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja zmiany wynagrodzenia], jednakże bez zmiany całości Wynagrodzenia za realizację Umowy, jeżeli konieczność wprowadzenia zmiany została spowodowana m. in., choć nie wyłącznie:

(a) okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa, w tym zmianą obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) konieczności synchronizacji terminów realizacji innych robót, dostaw, usług lub zadań (projektów), w tym realizowanych, prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją przedmiotu Zamówienia lub mogących w ocenie Zamawiającego mieć wpływ na realizację Zamówienia;

(e) brakiem dokonania wyłączeń w KSE, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, których dokonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową;

24.2.4 zmiany polegającej na wyłączeniu z realizacji Etapów lub części Etapów, których wykonanie stało się niemożliwe w terminie pierwotnie przewidzianym lub w terminie wykonania Umowy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, spowodowanych:

(a) wystąpieniem, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia Umowy, przeszkód natury faktycznej lub prawnej dotyczących pozyskania tytułów prawnych do nieruchomości, w zakresie wymaganym Umową;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) niemożliwości realizacji Robót lub Prac z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ;

(e) niewykonania, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, przez osoby trzecie, prac dotyczących lub związanych z przyłączeniem obiektów osób trzecich do sieci przesyłowej elektroenergetycznej, których wykonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową;

(f) braku dokonania wyłączeń w KSE, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, których dokonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową.

24.2.5 zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy lub zmiany wysokości części Wynagrodzenia za realizację poszczególnych Etapów, odpowiednio:

(a) jeżeli zmiana Wynagrodzenia lub jego części stanowić będzie bezpośredni skutek spełnienia się przesłanek zmian Umowy lub Załączników do Umowy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub kwoty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez

Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja zmiany wynagrodzenia]; lub

(b) w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych Wymogów Prawa, w szczególności obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych, w okresie obowiązywania Umowy, w zakresie uwzględniającym te zmiany, z zastrzeżeniem, że prawo do żądania zmiany Wynagrodzenia nie przysługuje w sytuacji, gdy Wykonawca- działając z należytą starannością - mógł i powinien był uwzględnić taką zmianę lub wprowadzenie nowych Wymogów Prawa w kalkulacji Wynagrodzenia przedstawionej w Ofercie; Kwota o jaką zmieni się Wynagrodzenie za wykonanie Umowy zostanie określona w postaci kwoty ryczałtowej ustalonej przez Strony na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja zmiany wynagrodzenia]; lub

(c) w przypadku zmiany Wymogów Prawa w zakresie stawki podatku od towarów i usług, lub wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych zgodnie z Wymogami Prawa, lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli te zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania Zamówienia;

24.3 W celu uniknięcia wątpliwości określa się, że - w zależności od okoliczności danego przypadku - nie będą stanowiły zmian w stosunku do treści oferty Wykonawcy (będącej

elementem Oferty, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy), na podstawie której Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, albo nie będą stanowiły zmiany Umowy, aktualizacje Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia, dokonane w przypadkach enumeratywnie przewidzianych w pozostałych

postanowieniach Umowy.

24.4 W celu uniknięcia wątpliwości określa się, że nie stanowią istotnej zmiany Umowy lub Załączników do Umowy w rozumieniu art. 144 Prawa zamówień publicznych zmiany niezmieniające ogólnego charakteru Umowy oraz jeśli:

24.4.1 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie wprowadza warunków, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści; lub

24.4.2 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie narusza równowagi ekonomicznej Umowy na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie; lub

24.4.3 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie rozszerza lub nie zmniejsza znacznie zakresu świadczeń i zobowiązań Wykonawcy; lub

24.4.4 zmiany Umowy lub Załączników do Umowy inne niż wskazane powyżej, wynikają ze zmian Wymogów Prawa lub ogólnie obowiązujących, jak również znajdują zastosowanie przy realizacji Umowy norm technicznych, lub innych ogólnie dostępnych regulacji.

24.5 1/1/ celu wprowadzenia do Umowy jakiejkolwiek zmiany:

24.5.1 Strona zainteresowana jej wprowadzeniem powinna wystąpić z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany. Wniosek powinien zawierać uzasadnienie i dowody wskazujące na spełnienie przesłanek dokonania zmiany.

24.5.2 Poza informacjami określonymi w pkt 24.5.1 powyżej, wniosek Wykonawcy powinien zawierać informację o wpływie zmiany na termin realizacji Zamówienia, sposób oraz koszt wykonania Zamówienia. Do wniosku Wykonawca zobowiązany jest dołączyć projekt aktualizacji Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia, jaka musiałaby zostać wprowadzona w razie uwzględnienia wnioskowanej zmiany, kosztorys zmiany przygotowany z uwzględnieniem postanowień pkt 25 [Kalkulacja zmiany wynagrodzenia], oraz projekt wnioskowanej zmiany;

24.5.3 W przypadku, gdy wniosek o dokonanie zmiany pochodzi od Zamawiającego, ocenę wpływu wprowadzenia zmiany na termin, sposób oraz koszt wykonania Zamówienia przygotowuje Wykonawca. Wykonawca zobowiązany jest w terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania wniosku Zamawiającego przedstawić projekt aktualizacji Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia oraz kosztorys zmiany przygotowany z uwzględnieniem postanowień pkt 25 poniżej. Projekt zmiany przygotowuje Zamawiający;

24.5.4 W terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania przez drugą Stronę wniosku, o którym mowa powyżej oraz wszelkiej wskazanej w pkt 24.5.2 oraz 24.5.3 dokumentacji, Strony zobowiązane są podjąć negocjacje w celu:

(a) ustalenia, czy i jaki wpływ wnioskowane zmiany mają na termin, sposób i koszty wykonania Zamówienia; oraz

(b) określenia wysokości (wartości) ewentualnej zmiany Wynagrodzenia; oraz

(c) określenia terminu wprowadzenia do Umowy ewentualnych zmian.

24.5.5 Strony za zgodnym porozumieniem mogą odstąpić od wymogu przeprowadzenia negocjacji, o których mowa powyżej, jeżeli okoliczności wnioskowanej zmiany, a także jej proponowany zakres oraz sposób wprowadzenia, nie budzą wątpliwości.

25. KALKULACJA ZMIANY WYNAGRODZENIA

25.1 W przypadku zmian Umowy, skutkujących zmianą wysokości Wynagrodzenia lub w przypadku udzielenia Wykonawcy w granicach i zgodnie z ogólnie obowiązującymi przepisami jakichkolwiek innych zamówień, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone w drodze kalkulacji uproszczonej opartej na cenach jednostkowych, a w przypadku braku cen jednostkowych - w drodze kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej opartej na wskaźnikach cenotwórczych określonych w Ofercie.

25.2 W odniesieniu do robót budowlanych ceny nakładów rzeczowych nie mogą przekraczać średnich cen krajowych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno- Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD - SERWIS” sp. z o.o. w Poznaniu) z dnia obliczania wynagrodzenia, przy czym obowiązkowe jest wykonanie przez Wykonawcę:

a) Przedmiaru (obmiaru) robót budowlanych, który Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji przed dokonaniem kalkulacji; oraz następnie

b) na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego zgodnie z lit. a powyżej przedmiaru (obmiaru) - kalkulacji wynagrodzenia, która zostanie wykonana metodą uproszczoną polegając na obliczeniu wartości kosztorysowej robót budowlanych lub obiektów, jako suma iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) robót i cen jednostkowych zgodnie z zasadami przyjętymi w „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych” SKB, wydanie z 2017 r. (z zastrzeżeniem, że kalkulacja ma zostać wykonana zgodnie z zasadami jak dla postępowań w zamówieniach publicznych).

25.3 Ceny jednostkowe robót, o których mowa w pkt 25.1 oraz pkt 25. 2 lit. b zostaną ustalone na podstawie cen rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji (Wykonawca każdorazowo precyzyjnie

wskaże źródło pochodzenia ceny), a w przypadku gdy dla danego zakresu rzeczowego nie da się ustalić cen rynkowych, ceny jednostkowe dla danego zakresu zostaną ustalone na podstawie kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, która polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, w szczególności wycena nakładów rzeczowych obejmuje:

a) godzinową stawkę robocizny kosztorysowej (R), która obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe i inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody i inne), obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,

b) koszty jednostkowe materiałów (M), które są cenami nabycia materiałów łącznie z kosztami zakupu, bez podatku od towarów i usług; Wykonawca na wezwanie Zamawiającego każdorazowo udokumentuje wysokość poszczególnych przyjętych cen materiałów,

c) ceny jednostkowe pracy sprzętu lub środków transportu technicznego (S), które obejmują koszty najmu jednostki sprzętowej lub transportowej wraz z kosztami obsługi etatowej oraz kosztami jednorazowymi, jeśli nie zostały one już uwzględnione w kosztach najmu,

d) koszty pośrednie (Kp), które są składnikami kalkulacji wartości kosztorysowej, uwzględniającymi nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodu, w szczególności koszty:
ogólne budowy oraz koszty zarządu; oblicza się je jako iloczyn wskaźnika kosztów pośrednich i ustalonej podstawy ich naliczenia; za podstawę kosztów pośrednich przyjmuje się koszty robocizny (R) i koszty pracy sprzętu (S),

e) zysk (Z), który oblicza się jako iloczyn wskaźnika narzutu zysku i ustalonej podstawy jego naliczenia; za podstawę zysku przyjmuje się koszty robocizny (R), koszty pracy sprzętu (S) oraz koszty pośrednie (Kp).

25.4 1/1/ odniesieniu do Dokumentacji Technicznej - Wykonawca otrzyma wynagrodzenie zgodnie w wysokości obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w „Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych - 2016", IPB Warszawa 2016- z zastrzeżeniem, że stawka za jednostkę nakładu pracy nie może przekraczać stawki określonej przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów na dzień obliczania wynagrodzenia, zaś w razie braku możliwości przedstawienia propozycji wynagrodzenia z zastosowaniem powyższych zasad Wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację indywidualną, opartą na średnich rynkowych cenach, stawkach i wskaźnikach, które muszą zostać uzgodnione z Zamawiającym. Przed dokonaniem obliczenia wynagrodzenia za wykonanie Dokumentacji Technicznej Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu przedmiaru jej zakresu, który podlega akceptacji przez Zamawiającego przed dokonaniem kalkulacji.

25.5 Kosztorys Wykonawcy, opracowany według powyższych zasad, podlega weryfikacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. ".

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów dotyczących Art. 1.4.1 IPU, Art. 1.4,3 IPU, Art. 1.4.6 IPU, Art. 2.1 IPU, Pkt 1,3.3. PFU, Izba przedstawi swoje stanowisko łącznie z uwagi na ich charakter, uznając, że kwalifikują się one do oddalenia. W tym zakresie, Izba kierując się stanowiskiem także Odwołującego z rozprawy uznała, że kluczowy charakter miał zarzut uwzględniony. Jego uznanie, także w kontekście udzielonych odpowiedzi na pytania z 23 i 26 oraz 30.04.2019 r., jak i dokonanych zmian w IPU oraz PFU, w tym wnioskowanych pierwotnie przez Odwołującego, co do których ostatecznie miało miejsce wycofanie, czyni pozostałe zarzuty nieaktualnymi. Izba podkreśla, że brak mechanizmu regulującego kwestie zasadniczą, tj. rozliczenia w ramach umowy ewentualnych kosztów Wykonawcy w wypadku nie udzielenia wyłączenia przez Zamawiającego nie z winy Wykonawcy, mimo jego wcześniejszego zaplanowania i gotowości realizacji zadania przez Wykonawcę, czynił zasadnymi obawy w zakresie oświadczeń z Art. 1.4.1 IPU, Art. 1.4.3 IPU oraz Art. 1.4.6 IPU (co do ryzyk). Podobnie kwestia wynikająca z Pkt 1.3.3. PFU (przenoszenia w całości na

Wykonawcę odpowiedzialność związanej z włączeniami). Dzięki ustanowieniu konieczności stosownej regulacji w ramach wzoru umowy, czyli umowy łączącej strony uda się pochodzić konieczność zachowania ze strony Wykonawcy koniecznego profesjonalizmu w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu z jednoczesną gwarancją dla Wykonawcy, że nie będzie miał miejsce nieproporcjonalny rozkład ryzyk, zwłaszcza gdy konsekwencją nie udzielenia wyłączenia będzie konieczność zmiany, tj. wydłużenia terminu realizacji umowy, które nie będzie miało charakteru krótkotrwałego. W ocenie Izby, tak poprzez złożony dowód, jak i faktyczne przyznanie ze strony Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zostało potwierdzone, że skutkiem braku włączeń jest wydłużenie kontraktów nawet kilkuletnie. Względem kwestii wynikającej z Art. 2.1 IPU, Izba uznała za adekwatną argumentacje i wyjaśnienie przedstawione w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Zasadnie bowiem podnosił, że brak jest możliwości w sposób enumeratywny wyliczenia wszystkich obowiązków wynikających ze sposobu realizacji umowy. Zamawiający wskazywał, że chodzi o czynności, których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu umowy, czyli zrealizowania zamówienia w formule „pod klucz". Zarówno dla Zamawiającego jak i dla profesjonalnego wykonawcy oczywistym jest, że nie są to czynności i zobowiązania, które mogą wykraczać poza zakres zamówienia, ale czynności wchodzące w jego zakres.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących Art. 24.2.5.a IPU, Izba uznała ich zasadność, co skutkowało ich uwzględnieniem i w konsekwencji także całego odwołania. W tym zakresie podkreślając jego kluczowy charakter na co wskazywał jednoznacznie Odwołujący na rozprawie.

W orzecznictwie tak KIO, jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w Pzp ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO z 04.10.201 Or., sygn. akt: KIO 2036/10). Wskazuje się na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn. akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010r., sygn. akt KIO 1698/10). Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość.

W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11,2016r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Jednakże w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^1 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC (tak też: wyrok KIO z 09.11.2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie

może być utożsamiane z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku, (wyrok KIO z 08.07.2014r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyrok KIO z 05.07.2016r„ sygn. akt: KIO 1101/16, czy też wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2014r., sygn. akt: I Aca 160/14).

W wyroku KIO z 08.12.2016r. sygn. akt: KIO 2177/16 podkreślono z kolei, że dla uznania nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk konieczne jest wykazanie, że zaistniały stan

rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z natura stosunku lub jego nasilenie

przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego. Izba

podkreśliła, że samo dążenie do zmiany postanowień umownych na bardziej korzystne dla skarżącego wykonawcy należy ocenić jako swoista próbę negocjacji indywidualnej warunków kontraktu, co jest niedopuszczalne przez pryzmat równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się do dane zamówienie. Swoboda wykonawcy w ramach kontraktowania przejawia się także w możliwości swobodnego ukształtowania wynagrodzenia.

Przechodząc zaś do meritum, Izba w pierwszej kolejności podkreśla, że uznała iż kluczowy charakter uwzględnionego zarzut wynikał nie tylko ze stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, ale pośrednio także ze stanowiska Zamawiającego, jak i Przystępującego. Jednocześnie, wyjaśniając, że zastosowała opisowy charakter nakazanej zmiany we wzorze umowy w sentencji, m.in. dlatego, iż Zamawiający mimo, że zgadzał się na rozprawie i w odpowiedzi na odwołaniu co do słuszności argumentacji Odwołującego („Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności z tytułu braku możliwości otrzymania ustalonych w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia włączeń z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy" - str. 13 odpowiedzi) oponował przed przyjęciem sformułowań zawnioskowanych w odwołaniu akcentując ich braki takie jak brak wskazania, że mają to być koszty Wykonawcy realne, czy też racjonalne. W innym miejscu podkreślając brak we wniosku Odwołującego konieczności wykazania związku przyczynowo - skutkowego, czy też abstrahowanie od kwestii wykazania braku winy Wykonawcy. Izba nie chce narzucać konkretnego rozwiązania dając możliwość wyboru ze strony Zamawiającego takiego sposobu rozliczenia, przy zachowaniu istotnych elementów przywołanych w sentencji orzeczenia, który będzie zgodny z interesem wszystkich stron. Zamawiający może wykorzystać po ich dostosowaniu istniejący mechanizm przywołany na rozprawie (art. 24.2.5 a w zw. z art. 25 IPU), a zawnioskowany przez Odwołującego w odwołaniu lub też zaproponować inny, czy też ustanowić dodatkowe wynagrodzenie dla Wykonawcy co jest praktykowane w podobnych sprawach. Względem wprowadzenia dodatkowego wynagrodzenia Izba wskazuje przykładowo wyrok KIO z 16.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12, KIO 1353/12, gdzie Izba nakazał wprowadzenie dodatkowego wynagrodzenia (przez wyodrębnienie z ceny za całość Usługi) przez Zamawiającego opłat instalacyjnych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi dla pojedynczej lokalizacji. Powyższe było przedmiotem kolejnego odwołania zakończonego wyrokiem KIO z 06.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1807/12. Z kolei w wyroku KIO z 30.01.2018 r., sygn. akt: KIO 83/18 Izba wprowadziła odrębne wynagrodzenie za wydobycie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych, liczone obmiarowo i płacone według faktycznej ilości wydobytych obiektów, po cenach jednostkowych zaoferowanych w Wykazie Płatności. Uznała za zasadne także pozostawienie szczegółowej redakcji SIWZ w tym zakresie Zamawiającemu, bez określania szczegółowych zasad kalkulacji i rozliczeń, ze wskazaniem jedynie, że wynagrodzenie ma mieć charakter obmiarowy. Z kolei w wyroku KIO z 13.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2177/18 gdzie w zbliżonych okolicznościach - Izba uznała konieczność wprowadzenia takiego rozwiązania zgodnie z którym w sytuacji, gdy łączny czas przerw przekroczy 30 dni kalendarzowych wykonawca będzie miał prawo żądać od Zamawiającego zrekompensowania dodatkowych, udokumentowanych kosztów poniesionych przez wykonawcę wynikających z tytułu przerw w realizacji (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy). Wskazując nawet, że termin wykonania umowy ulegnie wówczas zmianie o liczbę dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji.

W dalszej kolejności należy ponowić argumentacje przedstawioną na kanwie oddalenia wcześniejszych zarzutów, że dzięki ustanowieniu konieczności stosownej regulacji w ramach wzoru umowy, czyli umowy łączącej strony uda się pochodzić konieczność zachowania ze strony Wykonawcy koniecznego profesjonalizmu w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu z jednoczesną gwarancją dla Wykonawcy, że nie będzie miał miejsce nieproporcjonalny rozkład ryzyk, zwłaszcza gdy konsekwencją nie udzielenia wyłączenia będzie konieczność zmiany, tj. wydłużenia terminu realizacji umowy, które nie

będzie miało charakteru krótkotrwałego. W ocenie Izby, tak poprzez złożony dowód, jak i faktyczne przyznanie ze strony Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zostało potwierdzone, że skutkiem braku włączeń jest generalnie wydłużenie kontraktów czasem nawet kilkuletnie, które nie ma charakteru krótkotrwałego (Zamawiający temu nie przeczył), choć w przedmiotowej sprawie na kanwie PFU twierdził, że takie niebezpieczeństwo jest niewielkie. Powyższe także w kontekście ekwiwalentności świadczenia, jak i biorąc pod uwagę, że Wykonawcy nie mogą być de facto karani za coś co nie wynika z ich winy. W ocenie Izby, taka zmiana jest konieczna z uwagi na nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk w umowie wynikający z sytuacji, gdy zaplanowane wyłączenia nie mają miejsca nie z winy Wykonawcy, co generuje po stronie Wykonawcy znaczne koszty, a ich konsekwencją jest znaczne przedłużenie kontraktu (aktualnie Zamawiający przewiduje zmianę terminu, ale bez zmiany wynagrodzenia - art. 24.2.4 IPU). Niewątpliwe w takiej sytuacji zaistniały stan rzeczy (koszty Wykonawcy z uwagi na nie udostępnienie wyłączenia), jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego (niebezpieczeństwo znacznego przedłużenie, nawet kilkuletniego terminu realizacji kontraktu). Obecne postanowienia wzoru umowy, czyli art.

24.2 do 24. 4 przewidujące zmianę postanowień umowy w trybie art. 24. 5, w tym regulujące sposób kalkulacji zmiany wynagrodzenia na zasadach art. 25 IPU nie przystają do istoty sporu i skali problemów, które jak wykazano na rozprawie mają miejsce w kontraktach tego rodzaju. Ani art. 24.2. 1 lit. a IPU, ani art. 24.2. 3 lit. e IPU, czy też art. 24.2.4 lit. f. IPU nie regulują zmiany wynagrodzenia przy konieczności zmiany terminu realizacji zamówienia wynikających z sytuacji z KSE, czy też braku dokonania wyłączeń w KSE w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.

Jedocześnie, Izba podkreśla, że skoro Zamawiający w aktualnym kontrakcie, jak przyznał, wprowadził zaliczki i zamierza płacić Wykonawcom za faktury za dostawę aparatury, tym bardzie winien rozwiązać kluczową sporną kwestie zaplanowanych a odwołanych włączeń, tym bardziej że bez nich nie można realizować zamówienia (są ich warunkiem sine qua non), a według zaplanowanego harmonogramu Wykonawcy dokonują koncentracji sił i środków. Kwestia owego braku włączeń nie ma charakteru incydentalnego, ale jest elementem realizacji tego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może unikać przyjęcia rozwiązania w tym zakresie. Pozostawanie tej kwestii w gestii dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych przed sadem powszechnym wydaje się krokiem zbyt daleko idącym, który powinien być ostatecznością po wyczerpaniu narzędzi jakie daje umowa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 693/19 (nie licząc zarzutów które zostały wycofane przez Odwołującego) na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 694/19:

SPIE Elbud Gdańsk S.A.:

W zakresie zarzutów z pkt 5 odwołania (str. 2) - dot. art. 11.2 IPU (wzór umowy), z pkt 7 odwołania (str. 2) - dot. pkt 2 ppkt 2) oraz pkt: 2.1.1, 3.3, 3.9, 3.9.1 PFU, z pkt 8 odwołania (str. 2) - dot. pkt 3.1 PFU, z pkt 10 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.13 PFU, z pkt 11 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.15, ppkt 10) PFU, z pkt 12 odwołania (str. 3) - dot. pkt 3.7.16, ppkt 9) PFU i 13 odwołania (str. 3) - dot. pkt 13.12.2 PFU/, Odwołujący na posiedzeniu wycofała w/w zarzuty. W konsekwencji wycofania powyższych zarzutów, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Z kolei podtrzymał zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 7 Pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, w efekcie czego złożone oferty mogą być nieporównywalne, co Odwołującemu znacząco utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty i uzyskanie zamówienia w ramach niemniejszego postępowania;

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i w ten sposób znaczące utrudnienie lub uniemożliwienie

Odwołującemu dokonania kalkulacji wynagrodzenia i złożenia oferty postępowaniu;

3. art. 353 [1] k.c. w zw. z art. 29 Pzp poprzez ukształtowanie IPU w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku umownego, który w wyniku udzielenia zamówienia miałby zostać nawiązany, w związku z obarczaniem wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, wobec nieprecyzyjnego i niejednoznacznego opisania przedmiotu zamówienia przez Zam awi ającego. Powyższe naruszenia miały miejsce w kontekście:

1. Art. 1.4.1 Części IV SIWZ — wzór umowy („IPU"), w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umowa, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

2. Art. 1.4.3 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „przed podpisaniem Umowy zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą Zamówienia dostępną przed zawarciem Umowy i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy'";

3. Art. 1.4.6 IPU, w którym Zamawiający oczekuje złożenia przez wykonawcę oświadczenia o następującej treści: „skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego";

4. Art. 2.1 PU, w którym Zamawiający wskazuje, że częścią Zamówienia, a tym samym obowiązkiem wykonawcy jest „dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągniecia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy'";

5. (_),

6. Art. 24.2.5.a IPU, w którym przewidując możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Zamawiający nie precyzuje czy zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa jest również w przypadku, gdy w efekcie zdarzeń opisanych w art. 24.21, 24.2.2 oraz 24.2.3 IPU dochodzi do powstania nowych, nieprzewidzianych wcześniej kosztów po stronie Wykonawcy;

7. (...);

8. (...);

9. Pkt 3.2 PFU, w którym Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę odpowiedzialność związaną z włączeniami, nawet w sytuacji, kiedy wyłączenia te odbywać się będą poza planowanymi terminami, poprzez co na obecnym etapie Wykonawca nie może przewidzieć skutków finansowych i prawnych takich wyłączeń, a w konsekwencji prawidłowo skalkulować swej Oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające

z odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie. W ramach pkt. 1.4.3 IPU oraz pkt 24.2.5 a IPU, jak i pkt 3.2 PFU dokonał zmiany treści pismem z 23.04.2019 r. Pkt. 1.4.1, 1.4.6, 4.3, 4.4 mają następującą treść:

„1.4.1. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] po przeanalizowaniu SIWZ uznaje, iż dokumentacja ta jest przydatna dla realizacji Umowy oraz zgodna z celami wyznaczonymi Umową, w szczególności Wykonawcy jest znany opis przedmiotu Zamówienia oraz wymagania techniczne Zamawiającego";

„1.4.6. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] skalkulował ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji Umowy i uwzględnił je w oferowanej cenie, w szczególności uwzględniając szacunkowy charakter danych przekazanych przez Zamawiającego".

„4.3 Zamawiający pozyska /' przekaże Wykonawcy Dokumentację Techniczną Zamawiającego oraz Dokumentację Formalną Zamawiającego w zakresie, w jakim nie została ona przekazana Wykonawcy w trakcie postępowania o udzielenie Zamówienia", Pkt. 4.3 został uzupełniony postanowieniami pkt 4.4, IPU (w brzmieniu zmienionym w dniu

23.04.2019 r.), zgodnie z którym:

„4.4 Z zastrzeżeniem postanowień punktu 4.3 powyżej, w odniesieniu do Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, która nie została przekazana Wykonawcy do momentu złożenia Oferty, Dokumentacja Formalna Zamawiającego zostanie przekazana Wykonawcy:

a) w przypadku Fazy 1, o której mowa w Załączniku nr 7 do Umowy - w terminie 14 (czternastu) dni od dnia zawarcia Umowy,

b) w przypadku Fazy 2A oraz Fazy 2B, o których mowa w Załączniku nr 1 do Umowy - w terminie 2 (dwóch) miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

natomiast Dokumentacja Techniczna Zamawiającego dotycząca Fazy 1 jak i Fazy 2A oraz Fazy 2B, o których mowa w Załączniku nr 7 do Umowy zostanie przekazana Wykonawcy na pisemny wniosek Wykonawcy o jej przekazanie z określeniem zakresu Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, której dostarczenia domaga się Wykonawca - w terminie 14 (czternastu) dni od jej uzyskania przez Zamawiającego. Zamawiający informuje jednocześnie, że posiada Dokumentację Techniczną Zamawiającego wyszczególnioną w Załączniku 3 do PF-U stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy. W przypadku, gdy Wykonawca do wykonania Zamówienia wymagał będzie dokumentacji innej niż Dokumentacja Formalna Zamawiającego lub Dokumentacja Techniczna Zamawiającego wyszczególniona w Załączniku nr 3 do PF-U stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, Strony uzgadniają, że wykonanie takiej dokumentacji stanowi zobowiązanie Wykonawcy do wykonania takiej dokumentacji o wchodzi w zakres Dokumentacji Technicznej, do której wykonania zobowiązany jest Wykonawca. ”

Z kolei po zmianie z 23.04.2019 r. pkt. 1.4.3 IPU brzmi:

„1.4.3. [Wykonawca oświadcza i zapewnia, że] przed złożeniem Oferty zapoznał się z niezbędną dokumentacją dotyczącą realizacji Zamówienia dostępną przed złożeniem Oferty i wszelkimi materiałami otrzymanymi od Zamawiającego oraz uzyskał wszystkie informacje konieczne dla realizacji Zamówienia, możliwości zorganizowania placów budowy i zaplecza budowy na Terenie Budowy, w tym między innymi zaopatrzenia w media niezbędne dla realizacji Umowy".

Odnośnie pkt. 2.1 IPU:

„Wykonawca zobowiązany jest wykonać Dokumentację Techniczną, oraz wykonać lub uzyskać na rzecz Zamawiającego Dokumentację Formalną, wykonać wszelkie Prace, Roboty oraz dostarczyć wszelkie Urządzenia i Materiały, a także dokonać wszelkich innych czynności i zrealizować wszelkie zobowiązania niezbędne dla osiągnięcia powyższego rezultatu, również te, których potrzeba ujawni się w trakcie realizacji Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1, nawet jeżeli nie przewidziano ich wprost w Umowie lub jej Załącznikach, a których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu Umowy”

Natomiast w dniu 23.04.2019 r. dokonał zmiany treści pkt 3.2. PFU:

„Wykonawca powinien być przygotowany na potencjalne wystąpienie braku możliwości otrzymania wyłączeń w planowanych terminach, jak również okresu wyłączeń w zależności od np: sytuacji ruchowej w KSE, warunków atmosferycznych".

Kluczowy charakter dla uwzględnienia odwołania mają postanowienia wzoru umowy:

„(■■■.)

24. ZMIANA UMOWY

24.1 [Celowo usunięte]

24.2 Dokonanie zmian postanowień Umowy lub Załączników do Umowy jest możliwe, gdy zmiany tych postanowień stanowią zmianę w stosunku do treści oferty Wykonawcy (stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy), jeżeli zachodzą okoliczności określone w ogólnie obowiązujących przepisach, w tym zwłaszcza w Prawie zamówień publicznych lub poniżej przewidziane okoliczności dokonania zmiany, z uwzględnieniem poniżej wskazanego zakresu zmian, ich charakteru oraz warunków wprowadzenia:

24.2.1 zmiany terminu wykonania Umowy lub terminu realizacji poszczególnych Etapów, jeżeli jej/ich wykonanie w terminach pierwotnie uzgodnionych jest niemożliwe z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę lub wskazanych w punkcie 24.2., w tym w szczególności:

(a) wynikłych z sytuacji w KSE;

(b) konieczności synchronizacji terminów realizacji innych robót, dostaw, usług lub zadań (projektów), w tym realizowanych, prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją Przedmiotu Umowy lub mogących w ocenie Zamawiającego mieć wpływ na realizację Przedmiotu Umowy;

(c) ustalenia przez Strony zmiany sposobu realizacji Przedmiotu Umowy, w tym również w oparciu o pkt. 24.2.2 Umowy;

(d) wywołanych treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(e) wystąpienia siły wyższej lub wystąpienia warunków atmosferycznych w sposób istotny odbiegających od typowych, uniemożliwiających prowadzenie Robót lub Prac zgodnie ze sztuką budowlaną, przyjętą technologią Robót lub Prac, normami lub obowiązującymi przepisami, lub przeprowadzanie prób i sprawdzeń lub dokonywanie Odbiorów, przy czym wystąpienie takich okoliczności oraz ich nadzwyczajny charakter muszą zostać udokumentowane między innymi poprzez akty prawne potwierdzające zaistnienie siły wyższej na obszarze obejmującym Teren Budowy, lub opinię właściwego instytutu meteorologicznego, lub instytutu gospodarki wodnej, lub instytutu melioracji;

(f) opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe organy administracji publicznej , które nie są następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, przy czym za opóźnienie w wydawaniu decyzji, lub zezwoleń, lub uzgodnień, do wydania których są zobowiązane właściwe organy administracji publicznej uznaje się przekroczenie przez dany organ okresu przewidzianego w odpowiednich przepisach, w którym powinny one zostać wydane;

(g) niemożliwości realizacji Robót lub Prac z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, o ile nie zostało to spowodowane nienależytym wykonywaniem przez Wykonawcę ciążących na nim obowiązków umownych;

(h) wystąpienia udokumentowanych opóźnień w realizacji Umowy będących skutkiem prowadzenia prac archeologicznych, występowania niewybuchów lub niewypałów;

(i) zwłoki Zamawiającego w przekazaniu Terenu Budowy lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego lub Dokumentacji Technicznej Zamawiającego;

(j) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa;

(k) wystąpienie istotnych wad Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, dostosowanie się do których przez Wykonawcę skutkować może niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Zamówienia przez Wykonawcę;

24.2.2 zmiany sposobu wykonania Zamówienia (np. zmiany technologii wykonania Przedmiotu Umowy, Urządzeń i Materiałów, zmiany rodzaju, technologii lub ilości Robót lub Prac, zmiany sposobu realizacji Robót lub Prac), spowodowanej m. in., choć nie wyłącznie:

(a) okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy, a które uniemożliwiają realizację Przedmiotu Umowy w sposób przewidziany pierwotnie;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa, w tym zmianą obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) pojawieniem się nowszej technologii lub nowszej generacji Urządzeń i Materiałów, służących do wykonania zaprojektowanych Robót lub Prac pozwalające na zaoszczędzenie czasu realizacji lub kosztów Robót lub Prac, zmniejszenia ich negatywnych skutków dla środowiska naturalnego lub podniesienia bezpieczeństwa, jak również kosztów eksploatacji Stacji, wystąpieniem kolizji z realizacją lub zmian w realizacji innych zadań (projektów), w tym prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją Przedmiotu Umowy lub mających wpływ na realizację Przedmiotu Umowy lub KSE;

(e) wprowadzeniem przez Zamawiającego zmian w obowiązujących w chwili upływu terminu na składanie ofert w postępowaniu o udzieleniu Zamówienia Standardowych Specyfikacjach Funkcjonalnych i Standardach Technicznych lub w procedurach wymienionych w Umowie, w tym w szczególności w Procedurze Odbioru, „Procedurze likwidacji zakłóceń w majątku sieciowym i telekomunikacyjnym PSE S.A.”;

(f) koniecznością zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego, a wynikające ze stwierdzonych Wad tej Dokumentacji Technicznej;

(g) konieczności zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Umowie na skutek wystąpienia na Terenie Budowy odmiennych warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych odbiegających od przyjętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego, które mogą w świetle przyjętych w Umowie założeń skutkować niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Zamówienia przez Wykonawcę;

(h) konieczności zrealizowania Zamówienia przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych lub technologicznych niż wskazane w Umowie na skutek wystąpienia warunków Terenu Budowy (napotkane niezinwentaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane instalacje lub obiekty) odbiegających w sposób istotny od przyjętych w Dokumentacji Technicznej Zamawiającego lub Dokumentacji Formalnej Zamawiającego;

24.2.3 zmiany polegającej na dokonaniu przeniesienia (przesunięcia) Prac lub Robót pomiędzy

Etapami, w tym utworzenie nowych Etapów poprzez ich wydzielenie z Etapów dotychczas istniejących wraz z określeniem kwot wynagrodzenia za Etapy w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub określonej przez Strony na podstawie odpowiedniego zastosowania zasad opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia], jednakże bez zmiany całości Wynagrodzenia za realizację Umowy, jeżeli konieczność wprowadzenia zmiany została spowodowana m. in, choć nie wyłącznie:

(a) okolicznościami, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia Umowy;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa, w tym zmianą obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) konieczności synchronizacji terminów realizacji innych robót, dostaw, usług lub zadań (projektów), w tym realizowanych, prowadzonych lub planowanych przez Zamawiającego, a powiązanych z realizacją przedmiotu Zamówienia lub mogących w ocenie Zamawiającego mieć wpływ na realizację Zamówienia;

(e) brakiem dokonania wyłączeń w KSE, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, których dokonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową;

24.2.4 zmiany polegającej na wyłączeniu z realizacji Etapów lub części Etapów, których wykonanie stało się niemożliwe w terminie pierwotnie przewidzianym lub w terminie wykonania Umowy z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, spowodowanych:

(a) wystąpieniem, niemożliwych do przewidzenia w chwili zawarcia Umowy, przeszkód natury faktycznej lub prawnej dotyczących pozyskania tytułów prawnych do nieruchomości, w zakresie wymaganym Umową;

(b) zmianą lub wprowadzeniem nowych Wymogów Prawa;

(c) treścią decyzji administracyjnych (w tym Decyzji Ostatecznych) lub orzeczeń sądowych;

(d) niemożliwości realizacji Robót lub Prac z powodu nie dopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ;

(e) niewykonania, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, przez osoby trzecie, prac dotyczących lub związanych z przyłączeniem obiektów osób trzecich do sieci przesyłowej elektroenergetycznej, których wykonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową;

(f) braku dokonania wyłączeń w KSE, w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę, których dokonanie pozostaje konieczne dla wykonania określonych prac objętych Umową.

24.2.5 zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy lub zmiany wysokości części Wynagrodzenia za realizację poszczególnych Etapów, odpowiednio:

(a) jeżeli zmiana Wynagrodzenia stanowić będzie bezpośredni skutek spełnienia się

przesłanek zmian Umowy lub Załączników do Umowy, przy czym odpowiednio: kwota stanowiąca wartość zmiany Wynagrodzenia za wykonanie Umowy lub kwoty wynagrodzenia za Etapy zostaną określone w postaci ryczałtowej: ustalonej przez Strony lub ustalonej na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]; lub

(b) w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych Wymogów Prawa, w szczególności obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich norm branżowych, w okresie obowiązywania Umowy, w zakresie uwzględniającym te zmiany, z zastrzeżeniem, że prawo do żądania zmiany Wynagrodzenia nie przysługuje w sytuacji, gdy Wykonawca- działając z należytą starannością - mógł i powinien był uwzględnić taką zmianę lub wprowadzenie nowych Wymogów Prawa w kalkulacji Wynagrodzenia przedstawionej w Ofercie; Kwota o jaką zmieni się Wynagrodzenie za wykonanie Umowy zostanie określona w postaci kwoty ryczałtowej ustalonej przez Strony na zasadach opisanych w pkt. 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia]; lub

(c) w przypadku zmiany Wymogów Prawa w zakresie stawki podatku od towarów i usług, lub wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych zgodnie z Wymogami Prawa, lub zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli te zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania Zamówienia;

24.3 W celu uniknięcia wątpliwości określa się, że - w zależności od okoliczności danego przypadku - nie będą stanowiły zmian w stosunku do treści oferty Wykonawcy (będącej elementem Oferty, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy), na podstawie której Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, albo nie będą stanowiły zmiany Umowy, aktualizacje Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia, dokonane w przypadkach enumeratywnie przewidzianych w pozostałych postanowieniach Umowy.

24.4 1/1/ celu uniknięcia wątpliwości określa się, że nie stanowią istotnej zmiany Umowy lub Załączników do Umowy w rozumieniu art. 144 Prawa zamówień publicznych zmiany niezmieniające ogólnego charakteru Umowy oraz jeśli:

24.4.1 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie wprowadza warunków, które gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści; lub

24.4.2 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie narusza równowagi ekonomicznej Umowy na korzyść Wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie; lub

24.4.3 zmiana Umowy lub Załączników do Umowy nie rozszerza lub nie zmniejsza znacznie zakresu świadczeń i zobowiązań Wykonawcy; lub

24.4.4 zmiany Umowy lub Załączników do Umowy inne niż wskazane powyżej, wynikają ze zmian Wymogów Prawa lub ogólnie obowiązujących, jak również znajdują zastosowanie przy realizacji Umowy norm technicznych, lub innych ogólnie dostępnych regulacji.

24. 5 W celu wprowadzenia do Umowy jakiejkolwiek zmiany:

24.5.1 Strona zainteresowana jej wprowadzeniem powinna wystąpić z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany. Wniosek powinien zawierać uzasadnienie i dowody wskazujące na spełnienie przesłanek dokonania zmiany.

24.5.2 Poza informacjami określonymi w pkt 24.5.1 powyżej, wniosek Wykonawcy powinien zawierać informację o wpływie zmiany na termin realizacji Zamówienia, sposób oraz koszt wykonania Zamówienia. Do wniosku Wykonawca zobowiązany jest dołączyć projekt aktualizacji Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia, jaka musiałaby zostać wprowadzona w razie uwzględnienia wnioskowanej zmiany, kosztorys zmiany przygotowany z uwzględnieniem postanowień pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia], oraz projekt wnioskowanej zmiany;

24.5.3 W przypadku, gdy wniosek o dokonanie zmiany pochodzi od Zamawiającego, ocenę wpływu wprowadzenia zmiany na termin, sposób oraz koszt wykonania Zamówienia przygotowuje Wykonawca. Wykonawca zobowiązany jest w terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania wniosku Zamawiającego przedstawić projekt aktualizacji Szczegółowego Harmonogramu Realizacji Zamówienia oraz kosztorys zmiany przygotowany z uwzględnieniem postanowień pkt 25 Umowy [Kalkulacja Zmiany Wynagrodzenia] poniżej. Projekt zmiany przygotowuje Zamawiający;

24.5.4 W terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania przez drugą Stronę wniosku, o którym mowa powyżej oraz wszelkiej wskazanej w pkt 24.5.2 oraz 24.5.3 dokumentacji,

Strony zobowiązane są podjąć negocjacje w celu:

(a) ustalenia, czy i jaki wpływ wnioskowane zmiany mają na termin, sposób i koszty wykonania Zamówienia; oraz

(b) określenia wysokości (wartości) ewentualnej zmiany Wynagrodzenia; oraz

(c) określenia terminu wprowadzenia do Umowy ewentualnych zmian.

24.5.5 Strony za zgodnym porozumieniem mogą odstąpić od wymogu przeprowadzenia negocjacji, o których mowa powyżej, jeżeli okoliczności wnioskowanej zmiany, a także jej proponowany zakres oraz sposób wprowadzenia, nie budzą wątpliwości.

25. KALKULACJA ZMIANY WYNAGRODZENIA

25.1 W przypadku zmian Umowy, skutkujących zmianą wysokości Wynagrodzenia lub w przypadku udzielenia Wykonawcy w granicach i zgodnie z ogólnie obowiązującymi przepisami jakichkolwiek innych zamówień, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie obliczone w drodze kalkulacji uproszczonej opartej na cenach jednostkowych, a w przypadku braku cen jednostkowych - w drodze kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej opartej na wskaźnikach cenotwórczych określonych w Ofercie.

25.2 W odniesieniu do robót budowlanych ceny nakładów rzeczowych nie mogą przekraczać średnich cen krajowych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno- Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD - SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z dnia obliczania wynagrodzenia, przy czym obowiązkowe jest wykonanie przez Wykonawcę:

a) Przedmiaru (obmiaru) robót budowlanych, który Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji przed dokonaniem kalkulacji; oraz następnie

b) na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego przedmiaru (obmiaru) - kalkulacji wynagrodzenia, która zostanie wykonana metodą uproszczoną polegając na obliczeniu wartości kosztorysowej robót budowlanych lub obiektów, jako suma iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) robót i cen jednostkowych zgodnie z zasadami przyjętymi w „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych" SKB, wydanie z 2017 r. (z zastrzeżeniem, że kalkulacja ma zostać wykonana zgodnie z zasadami jak dla postępowań w zamówieniach publicznych).

25.3 Ceny jednostkowe robót, o których mowa w pkt 25.1 oraz pkt 25. 2 lit. b zostaną ustalone na podstawie cen rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji (Wykonawca każdorazowo precyzyjnie wskaże źródło pochodzenia ceny), a w przypadku gdy dla danego zakresu rzeczowego nie da się ustalić cen rynkowych, ceny jednostkowe dla danego zakresu zostaną ustalone na podstawie kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, która polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, w szczególności wycena nakładów rzeczowych obejmuje:

a) godzinową stawkę robocizny kosztorysowej (R), która obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe i inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody i inne), obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,

b) koszty jednostkowe materiałów (M), które są cenami nabycia materiałów łącznie z kosztami zakupu, bez podatku od towarów i usług; Wykonawca na wezwanie Zamawiającego każdorazowo udokumentuje wysokość poszczególnych przyjętych cen materiałów,

c) ceny jednostkowe pracy sprzętu lub środków transportu technicznego (S), które obejmują koszty najmu jednostki sprzętowej lub transportowej wraz z kosztami obsługi etatowej oraz kosztami jednorazowymi, jeśli nie zostały one już uwzględnione w kosztach najmu,

d) koszty pośrednie (Kp), które są składnikami kalkulacji wartości kosztorysowej, uwzgledniającymi nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodu, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu; oblicza się je jako iloczyn wskaźnika kosztów pośrednich i ustalonej podstawy ich naliczenia; za podstawę kosztów pośrednich przyjmuje się koszty robocizny (R) i koszty pracy sprzętu (S),

e) zysk (Z), który oblicza się jako iloczyn wskaźnika narzutu zysku i ustalonej podstawy jego naliczenia; za podstawę zysku przyjmuje się koszty robocizny (R), koszty pracy sprzętu (S) oraz koszty pośrednie (Kp).

25.4 W odniesieniu do Dokumentacji Technicznej - Wykonawca otrzyma wynagrodzenie w wysokości obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w „Środowiskowych Zasadach Wycen Prac Projektowych - 2016", IPB Warszawa 2016- z zastrzeżeniem, że stawka za jednostkę nakładu pracy nie może przekraczać stawki określonej przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów na dzień obliczania wynagrodzenia, zaś w razie braku możliwości przedstawienia propozycji wynagrodzenia z zastosowaniem powyższych zasad Wykonawca przedstawi szczegółową kalkulację indywidualną, opartą na średnich rynkowych cenach, stawkach i wskaźnikach, które muszą zostać uzgodnione z Zamawiającym. Przed dokonaniem obliczenia wynagrodzenia za wykonanie Dokumentacji Technicznej Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia Zamawiającemu przedmiaru jej zakresu, który podlega akceptacji przez Zamawiającego przed dokonaniem kalkulacji.

25.5 Kosztorys Wykonawcy, opracowany według powyższych zasad, podlega weryfikacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego.".

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów dotyczących Art. 1.4.1 IPU, Art. 1.4.3 IPU, Art. 1.4.6 IPU, Art. 2.1 IPU, Pkt 3.2 PFU, Izba przedstawi swoje stanowisko łącznie z uwagi na ich charakter, uznając, że kwalifikują się one do oddalenia. W tym zakresie, Izba kierując się stanowiskiem także Odwołującego z rozprawy uznała, że kluczowy charakter miał zarzut uwzględniony. Jego uznanie, także w kontekście udzielonych odpowiedzi na pytania z 23.04.2019 r., jak i dokonanych zmian w IPU oraz PFU, w tym wnioskowanych pierwotnie przez Odwołującego, co do których ostatecznie miało miejsce wycofanie, czyni pozostałe zarzuty nieaktualnymi. Izba podkreśla, że brak mechanizmu regulującego kwestie zasadniczą, tj. rozliczenia w ramach umowy ewentualnych kosztów Wykonawcy w wypadku nie udzielenia wyłączenia przez Zamawiającego nie z winy Wykonawcy, mimo jego wcześniejszego zaplanowania i gotowości realizacji zadania przez Wykonawcę, czynił zasadnymi obawy w zakresie oświadczeń z Art. 1.4.1 IPU, Art. 1.4.3 IPU oraz Art. 1.4.6 IPU (co do ryzyk). Podobnie kwestia wynikająca z Pkt 3.2 PFU (przenoszenia w całości na Wykonawcę odpowiedzialność związanej z włączeniami). Dzięki ustanowieniu konieczności stosownej regulacji w ramach wzoru umowy, czyli umowy łączącej strony uda się pochodzić konieczność zachowania ze strony Wykonawcy koniecznego profesjonalizmu w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu z jednoczesną gwarancją dla Wykonawcy, że nie będzie miał miejsce nieproporcjonalny rozkład ryzyk, zwłaszcza gdy konsekwencją nie udzielenia wyłączenia będzie konieczność zmiany, tj. wydłużenia terminu realizacji umowy, które nie będzie miało charakteru krótkotrwałego. W ocenie Izby, tak poprzez złożony dowód, jak i faktyczne przyznanie ze strony Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zostało potwierdzone, że skutkiem braku włączeń jest wydłużenie kontraktów nawet kilkuletnie. Względem kwestii wynikającej z Art. 2.1 IPU, Izba uznała za adekwatną argumentacje i wyjaśnienie przedstawione w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Zasadnie bowiem podnosił, że brak jest możliwości w sposób enumeratywny wyliczenia wszystkich obowiązków wynikających ze sposobu realizacji umowy. Zamawiający wskazywał, że chodzi o czynności, których wykonanie jest konieczne dla osiągnięcia celu umowy, czyli zrealizowania zamówienia w formule „pod klucz". Zarówno dla Zamawiającego jak i dla profesjonalnego wykonawcy oczywistym jest, że nie są to czynności i zobowiązania, które mogą wykraczać poza zakres zamówienia, ale czynności wchodzące w jego zakres.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutów dotyczących Art. 24.2.5.a IPU, Izba uznała ich zasadność, co skutkowało ich uwzględnieniem i w konsekwencji także całego odwołania. W tym zakresie podkreślając jego kluczowy charakter na co wskazywał jednoznacznie Odwołujący na rozprawie.

W orzecznictwie tak KIO, jak i sądów powszechnych, ale także w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że zasada swobody umów doznaje w Pzp ograniczeń (przykładowo: wyrok KIO z 04.10.2010r., sygn. akt: KIO 2036/10). Wskazuje się na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych z uwagi na realizację uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zaspokajanych w interesie publicznym (wyrok KIO z 06.08.2012 r., sygn.

akt: KIO 1570/12, wyrok KIO z 23.08.2010r., sygn. akt KIO 1698/10). Zamawiający stoi bowiem na straży racjonalnego wydatkowania środków publicznych i zapewnienia należytego wykonania umowy, a także przyjmuje na siebie ryzyko niepowodzenia osiągnięcia założonego celu, czego skutkiem byłoby niezaspokojenie uzasadnionych potrzeb społeczeństwa rozumianego jako zbiorowość.

W konsekwencji podnosi się, że ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok KIO: z 28.11,2016r., sygn. akt: KIO 2171/16, z 05.03.2014r., sygn. akt: KIO 283/14, z 16.06.2009 r., sygn. akt: KIO 694/09, z 26.11.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09). Jednakże w orzecznictwie dostrzega się, że zasada swobody Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. W wyroku KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353^1 KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC (tak też: wyrok KIO z 09.11,2012r., sygn. akt: KIO 2272/12, wyrok KIO z 30.11.2017r., sygn. akt: KIO 2219/17). We wskazanym wyroku podkreślono, że o naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Podobnie w wyroku z 19.12.2016 sygn. akt: KIO 2280/16. Badaniu podlegają tu inne, niż długi i wierzytelności, obowiązki i uprawnienia stron, a warunkiem koniecznym jest ustalenie, czy strony są równomiernie obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi o przysługiwanie uprawnień lub obowiązków różnej postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień, jak i proporcjonalności uprawnień czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Izba podkreśliła także, że celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Temu celowi nie służy obarczenie wykonawcy konsekwencjami własnych zaniedbań i działań.

Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń. Choć w orzecznictwie podkreśla się, że brak równomiernego rozłożenia ryzyk kontraktowych nie może być utożsamiane z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, gdyż Zamawiający zamawia osiągnięcie określonego rezultatu, a nie jedynie ciąg czynności, a wykonawca jako profesjonalista powinien potrafić odkodować istniejące ryzyka i skalkulować ich wartość w ofercie w celu zapewnienia sobie zysku, (wyrok KIO z 08.07.2014r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyrok KIO z 05.07.2016r., sygn. akt: KIO 1101/16, czy też wyrok SA w Białymstoku z 18.06.2014r., sygn. akt: I Aca 160/14).

W wyroku KIO z 08.12.2016r. sygn. akt: KIO 2177/16 podkreślono z kolei, że dla uznania nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk konieczne jest wykazanie, że zaistniały stan rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z natura stosunku lub jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego. Izba podkreśliła, że samo dążenie do zmiany postanowień umownych na bardziej korzystne dla skarżącego wykonawcy należy ocenić jako swoista próbę negocjacji indywidualnej warunków kontraktu, co jest niedopuszczalne przez pryzmat równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się do dane zamówienie. Swoboda wykonawcy w ramach kontraktowania przejawia się także w możliwości swobodnego ukształtowania wynagrodzenia.

Przechodząc zaś do meritum, Izba w pierwszej kolejności podkreśla, że uznała iż kluczowy charakter uwzględnionego zarzut wynikał nie tylko ze stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, ale pośrednio także ze stanowiska Zamawiającego, jak i Przystępującego. Jednocześnie, wyjaśniając, że zastosowała opisowy charakter nakazanej zmiany we wzorze umowy w sentencji, m.in. dlatego, iż Zamawiający mimo, że zgadzał się na rozprawie i w odpowiedzi na odwołaniu co do słuszności argumentacji Odwołującego („Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności z tytułu braku możliwości otrzymania ustalonych w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Zamówienia włączeń z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy" - str. 13 odpowiedzi) oponował przed przyjęciem sformułowań zawnioskowanych w odwołaniu akcentując ich braki takie jak brak wskazania, że mają to być koszty Wykonawcy realne, czy też racjonalne. W innym miejscu podkreślając brak we

wniosku Odwołującego konieczności wykazania związku przyczynowo - skutkowego, czy też abstrahowanie od kwestii wykazania braku winy Wykonawcy. Izba nie chce narzucać konkretnego rozwiązania dając możliwość wyboru ze strony Zamawiającego takiego sposobu rozliczenia, przy zachowaniu istotnych elementów przywołanych w sentencji orzeczenia, który będzie zgodny z interesem wszystkich stron. Zamawiający może wykorzystać po ich dostosowaniu istniejący mechanizm przywołany na rozprawie (art. 24.2.5 a w zw. z art. 25 IPU), a zawnioskowany przez Odwołującego w odwołaniu lub też zaproponować inny, czy też ustanowić dodatkowe wynagrodzenie dla Wykonawcy co jest praktykowane w podobnych sprawach. Względem wprowadzenia dodatkowego wynagrodzenia Izba wskazuje przykładowo wyrok KIO z 16.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1337/12, KIO 1349/12, KIO 1353/12, gdzie Izba nakazał wprowadzenie dodatkowego wynagrodzenia (przez wyodrębnienie z ceny za całość Usługi) przez Zamawiającego opłat instalacyjnych z tytułu zestawienia i uruchomienia usługi dla pojedynczej lokalizacji. Powyższe było przedmiotem kolejnego odwołania zakończonego wyrokiem KIO z 06.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1807/12. Z kolei w wyroku KIO z 30.01.2018 r., sygn. akt: KIO 83/18 Izba wprowadziła odrębne wynagrodzenie za wydobycie obiektów ferromagnetycznych potencjalnie niebezpiecznych, liczone obmiarowo i płacone według faktycznej ilości wydobytych obiektów, po cenach jednostkowych zaoferowanych w Wykazie Płatności. Uznała za zasadne także pozostawienie szczegółowej redakcji SIWZ w tym zakresie Zamawiającemu, bez określania szczegółowych zasad kalkulacji i rozliczeń, ze wskazaniem jedynie, że wynagrodzenie ma mieć charakter obmiarowy. Z kolei w wyroku KIO z 13.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2177/18 gdzie w zbliżonych okolicznościach - Izba uznała konieczność wprowadzenia takiego rozwiązania zgodnie z którym w sytuacji, gdy łączny czas przerw przekroczy 30 dni kalendarzowych wykonawca będzie miał prawo żądać od Zamawiającego zrekompensowania dodatkowych, udokumentowanych kosztów poniesionych przez wykonawcę wynikających z tytułu przerw w realizacji (w szczególności poniesionych w związku z koniecznością zabezpieczenia robót, pozostawania w gotowości zaplecza budowy). Wskazując nawet, że termin wykonania umowy ulegnie wówczas zmianie o liczbę dni kalendarzowych, wynikających z sumy przerw zapisanych w rejestrze przerw, które wystąpiły w okresie jej realizacji.

W dalszej kolejności należy ponowić argumentacje przedstawioną na kanwie oddalenia wcześniejszych zarzutów, że dzięki ustanowieniu konieczności stosownej regulacji w ramach wzoru umowy, czyli umowy łączącej strony uda się pochodzić konieczność zachowania ze strony Wykonawcy koniecznego profesjonalizmu w ramach realizacji przedmiotowego kontraktu z jednoczesną gwarancją dla Wykonawcy, że nie będzie miał miejsce nieproporcjonalny rozkład ryzyk, zwłaszcza gdy konsekwencją nie udzielenia wyłączenia będzie konieczność zmiany, tj. wydłużenia terminu realizacji umowy, które nie będzie miało charakteru krótkotrwałego. W ocenie Izby, tak poprzez złożony dowód, jak i faktyczne przyznanie ze strony Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zostało potwierdzone, że skutkiem braku włączeń jest generalnie wydłużenie kontraktów czasem nawet kilkuletnie, które nie ma charakteru krótkotrwałego (Zamawiający temu nie przeczył), choć w przedmiotowej sprawie na kanwie PFU twierdził, że takie niebezpieczeństwo jest niewielkie. Powyższe także w kontekście ekwiwalentności świadczenia, jak i biorąc pod uwagę, że Wykonawcy nie mogą być de facto karani za coś co nie wynika z ich winy. W ocenie Izby, taka zmiana jest konieczna z uwagi na nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk w umowie wynikający z sytuacji, gdy zaplanowane wyłączenia nie mają miejsca nie z winy Wykonawcy, co generuje po stronie Wykonawcy znaczne koszty, a ich konsekwencją jest znaczne przedłużenie kontraktu (aktualnie Zamawiający przewiduje zmianę terminu, ale bez zmiany wynagrodzenia - art. 24.2.4 IPU). Niewątpliwe w takiej sytuacji zaistniały stan rzeczy (koszty Wykonawcy z uwagi na nie udostępnienie wyłączenia), jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego (niebezpieczeństwo znacznego przedłużenie, nawet kilkuletniego terminu realizacji kontraktu). Obecne postanowienia wzoru umowy, czyli art. 24.2 do 24. 4 przewidujące zmianę postanowień umowy w trybie art. 24. 5, w tym regulujące sposób kalkulacji zmiany wynagrodzenia na zasadach art. 25 IPU nie przystają do istoty sporu i skali problemów, które jak wykazano na rozprawie mają miejsce w kontraktach tego rodzaju. Ani art. 24.2. 1 lit. a IPU, ani art. 24.2. 3 lit. e IPU, czy też art. 24.2.4 lit. f. IPU nie regulują zmiany wynagrodzenia przy konieczności zmiany terminu realizacji zamówienia wynikających z sytuacji z KSE, czy też braku dokonania wyłączeń w KSE w pierwotnie przewidzianym lub odpowiednim terminie, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.

Jedocześnie, Izba podkreśla, że skoro Zamawiający w aktualnym kontrakcie, jak przyznał, wprowadził zaliczki i zamierza płacić Wykonawcom za faktury za dostawę aparatury, tym bardzie winien rozwiązać kluczową sporną kwestie zaplanowanych a odwołanych włączeń, tym bardziej że bez nich nie można realizować zamówienia (są ich warunkiem sine qua non), a według zaplanowanego harmonogramu Wykonawcy dokonują koncentracji sił i środków. Kwestia owego braku włączeń nie ma charakteru incydentalnego, ale jest elementem realizacji tego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może unikać przyjęcia rozwiązania w tym zakresie. Pozostawanie tej kwestii w gestii dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych przed sadem powszechnym wydaje się krokiem zbyt

daleko idącym, który powinien być ostatecznością po wyczerpaniu narzędzi jakie daje umowa.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 694/19 (nie licząc zarzutów które zostały wycofane przez Odwołującego) na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 693/19, sygn. akt: KIO 694/19 orzeczenie łączne.

Jednocześnie w zakresie kosztów, Izba dodatkowo względem tego co przedstawiono poniżej podkreśla, że mimo uwzględnienia w obu odwołaniach jednego zarzutu, ma on charakter kluczowy i jego uznanie wpływa na pozostałe podtrzymane zarzuty. Nadto de facto wypełnia uwzględniony zarzut cel jaki przyświecał Odwołującemu przy składaniu obu odwołań. Przy czym, zarzuty wycofane stały się nimi tylko dlatego, że Zamawiający dokonał zmian zaskarżonych postanowień SIWZ. Czyniąc to przyznał racje Odwołującemu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: