Sygn. akt KIO 797/19

WYROK

z dnia 16 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę: BUDIMEX

S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża: wykonawcę: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 797/19

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 pn. „Prace na odcinku linii kolejowej nr 98 Sucha Beskidzka - Chabówka"realizowanego w ramach zadania: „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99 na odcinku Skawina - Sucha Beskidzka - Chabówka - Zakopane" (nr referencyjny IREZA3a-216-03/POliŚ 5.2-22/19), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp".

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 8 ust. 11 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 076-181820.

Odwołujący - BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie - wniósł w dniu 29 kwietnia 2019 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w postępowaniu:

1) nieprawidłowego opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2) nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia,

tj. od postanowień Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu odwołania.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie (pkt 8.6.1. lit. d) i e) w SIWZ i odpowiednio w pkt III. 1.3.) lit. d) i e) Ogłoszenia o zamówieniu) nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i zarazem wykraczających poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia warunków udziału w postępowaniu, przez przyjęcie, że wykonawcy muszą wykazać się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w budowie lub przebudowie określonych obiektów inżynieryjnych oraz w opracowaniu dokumentacji projektowej dla stacji i szlaku kolejowego w ramach jednej umowy w sytuacji, gdy tymczasem wykonawca, który legitymuje się wymaganym doświadczeniem, ale zdobytym w ramach różnych umów również gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, co prowadzi do wniosku, że zamawiający naruszył zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu;

2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób jednoznaczny określiłby warunki realizacji zamówienia oraz uwzględniałby wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i który umożliwiłby jednocześnie wykonawcom rzetelną wycenę wymaganych prac, w szczególności przez zaniechanie wskazania wymaganego zakresu robót budowlanych przy obiektach inżynieryjnych i przyjęcia, że zakres robót koniecznych do wykonania wykonawca ma ustalić samodzielnie po wykonaniu w ramach przedmiotu zamówienia określonych badań; przez nie określenie wymaganej jakości materiałów; przez niedookreślenie ilości obiektów i zakresu robót na obiektach inżynierskich objętych ochroną konserwatorską; czy przez nałożenie na wykonawcę świadczenia usług gwarancyjnych związanych z konserwacją obiektów i urządzeń w sytuacji, gdy na podstawie danych zawartych w SIWZ nie można ustalić zakresu wymaganych w tym zakresie prac i robót. Zaniechania, o których mowa, prowadzą przy tym do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając wykonawcom złożenie w postępowaniu nieporównywalnych ofert. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza także przepis art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, tj. zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców wszelkie ryzyka związane z wykonaniem umowy, w szczególności zaś ryzyko zmiany wymaganego zakresu robót przy obiektach inżynierskich na skutek przeprowadzonych przez wykonawcę badań;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania opisów SIWZ oraz odpowiednio Ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności przez:

1) wykreślenie z pkt 8.6.1 lit. d) i e) SIWZ (i odpowiednio pkt III. 1.3.) lit d) i e) Ogłoszenia o zamówieniu) sformułowania: Wykazane w lit. ... pozycje winny być zrealizowane w ramach jednej umowy i dopuszczenie tym samym możliwości wykazania się doświadczeniem

zdobytym przy realizacji określonych obiektów w ramach różnych umów;

2) wykreślenie z PFU - branża obiekty inżynieryjne - opisów, zgodnie z którymi obowiązkiem wykonawcy jest weryfikacja podanego przez Zmawiającego zakresu robót i wprowadzenia zmian w przypadku, gdy wykonawca uzna, że zakres robót dla danego obiektu może być niewystarczający do osiągnięcia podanych przez Zamawiającego warunków projektowania jak i opisów wskazujących, że ryzykiem wykonawcy jest - ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego, przy czym konsekwencją tej zmiany powinno być i wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, która w sposób jednoznaczny zezwalałby odpowiednio na zmianę umowy w sytuacji, gdy w wyniku przeprowadzonych badań zaistnieje konieczność zmiany zakresu powierzonych wykonawcy robót budowlanych (dopuszczenie możliwości zmiany zakresu zleconych robót, sposobu ich wykonania oraz

ceny);

3) doprecyzowanie zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia przez usunięcie z opisów PFU określeń typu „minimalnie" i zastąpienie ich zamkniętym (skończonym) zbiorem elementów koniecznych do wykonania w ramach zamówienia;

4) określenie w sposób wiążący i jednoznaczny wymaganej jakości materiałów, które mogą być wykorzystane do realizacji zamówienia przez doprecyzowanie, że wykonawca zobowiązany jest do stosowania materiałów o parametrach wynikających z właściwych norm;

5) usunięcie pkt 1.8 Załącznika nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzoru Karty Gwarancyjnej oraz odpowiednio pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) Plan utrzymania, tj. wykreślenie wymagań dotyczących uwzględnienia w ofercie kosztów tzw. „utrzymania";

6) określenie zamkniętego katalogu obiektów, które podlegają ochronie konserwatorskiej oraz jednoznaczne wskazanie, jakie wymogi wykonawca powinien spełnić względem obiektów objętych tą ochroną, w szczególności przez zdefiniowanie pojęcia „forma zewnętrzna" obiektu, którym posługuje się Zamawiający w SIWZ.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał następujące okoliczności.

1. Niezgodne z wymaganiami Pzp warunki udziału w postępowaniu

Zamawiający w pkt 8.6.1 lit. d) i e) IDW ustalił następujące warunki udziału w

postępowaniu:

W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW Wykonawcy wy każą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie wykonali: (...)

d) budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej 3 (trzech) obiektów inżynieryjnych. Wśród wskazanych obiektów musi znaleźć się co najmniej:

- 1 (jeden) wiadukt kolejowy,
- 1 (jeden) most kolejowy.

Wykazane w lit. d) pozycje winny być zrealizowane w ramach jednej umowy.

e) jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego i projektu wykonawczego), która obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) linii kolejowej w zakresie co najmniej:

- 1 (jednej) stacji kolejowej,
- 1 (jednego) szlaku kolejowego.

Wykazane w lit. e) pozycje winny być zrealizowane w ramach jednej umowy.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Warunki udziału w postępowaniu wskazane na wstępie nie spełniają tak ustalonych wymogów, tj. ograniczają dostęp do zamówienia w sytuacji, gdy ograniczenie to nie jest

niezbędne do zapewnienia, aby przedmiot zamówienia został prawidłowo zrealizowany.

Odwołujący podkreślił, że fakt realizacji danych obiektów inżynieryjnych w ramach jednej umowy (lit. d), czy wykonania dokumentacji projektowej dla stacji kolejowej i szlaku kolejowego (lit. e) w ramach jednej umowy nie przekładają się na „jakość" doświadczenia wykonawcy. Innymi słowy, porównywalne i zarazem wystarczające do zagwarantowania należytego wykonania zamówienia jest doświadczenie w budowie lub projektowaniu zdobyte w ramach kilku umów. O „jakości" doświadczenia wykonawcy nie przesądza ilość zrealizowanych umów, a rodzaj wykonywanych robót, czy usług - w tym przypadku sama okoliczność, że w ramach realizowanych umów były wykonywane określone obiekty lub odpowiednio, że prace projektowe dotyczą określonych obiektów.

Odwołujący wskazał, że skoro swoistym wyznacznikiem „jakości" doświadczenia wykonawcy jest realizacja robót/prac projektowych dotyczących określonego obiektu inżynieryjnego lub innego, to dla „jakości" tak określonego doświadczenia bez znaczenia pozostają inne cechy charakterystyczne doświadczenia (wartość kontraktu, parametry wykonywanego obiektu, technologia itp.). Skoro te cechy są dla Zamawiającego bez znaczenia, to tym bardziej bez znaczenia pozostaje to, w oparciu o ile umów wykonawca nabył doświadczenie.

Powyższe prowadzi do wniosku, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone z naruszeniem zasady proporcjonalności i nakazu równego traktowania wykonawców.

Warunek jest nieuzasadniony w świetle obowiązujących przepisów prawa, a przy tym zbędny do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wprowadzając takie wymogi w sposób istotny ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że warunki udziału w postępowaniu mają dotyczyć tylko zdolności niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, a zdolności takie będzie posiadał także taki wykonawca, czy wykonawcy, którzy wymaganą przez Zamawiającego ilość zrealizowanych obiektów inżynieryjnych osiągną przez zsumowanie ilości obiektów zrealizowanych w ramach różnych umów.

2. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Obowiązkiem Zamawiającego jest więc, w świetle powyższego, takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, aby wykonawcy mogli prawidłowo wycenić swoje oferty, w szczególności skonstruować oferty porównywalne.

Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Jednocześnie wymóg precyzyjnego skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia służyć ma zagwarantowaniu pełnej konkurencyjności w postępowaniu. Przy precyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia pewne jest to, że wszyscy wykonawcy wyceniają ten sam przedmiot zamówienia, a co za tym idzie, ich oferty są porównywalne.

Odwołujący wskazał, że nieuprawnione jest działanie Zamawiającego polegające na przerzuceniu na wykonawców obowiązku przewidzenia w ofercie zdarzeń i okoliczności, które dla samego Zamawiającego są niemożliwe do przewidzenia i jako takie nieujęte w opisie przedmiotu zamówienia.

2.1. Nieprecyzyjne określenie zakresu robót koniecznych do wykonania przy obiektach inżynieryjnych

W załączniku nr 4 do SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy - Banża obiekty inżynieryjne, Zamawiający w Tabeli nr 1 zestawił wszystkie kolejowe obiekty inżynieryjne, dla których przewidziano prace budowlane, podając kilometraż, typ obiektu, ogólną ocenę stanu technicznego, szacowaną nośność i długość obiektu.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił (str. 7 i następne ww. dokumentu), że (cyt.): Dokonano kontroli podstawowych parametrów geometrycznych oceny wizualnej podstawowych elementów obiektów: konstrukcji przęseł, podpór i łożysk, odwodnienia i dylatacji oraz skarp, niezbędnych badań materiałowych i w takim układzie zestawiono opis na kartach inwentaryzacyjnych obiektów w punkcie nr 4 części graficznej załącznika nr 4 PFU. Badania właściwości mechanicznych materiałów stanowiły testy nieniszczące betonu dla oceny jego wytrzymałości i dynamicznego modułu sprężystości. (...) Dokonano kontroli

podstawowych parametrów geometrycznych obiektów - wyniki umieszczono w kartach inwentaryzacyjnych obiektów.

Na kartach umieszczono również ogólną ocenę stanu technicznego obiektu wg skali opisanej poniżej. Przyjęto następującą skalę końcowej oceny stanu technicznego obiektów:

- stan dobry: nie wymaga na chwilę obecną działań remontowych, obiekt bez uszkodzeń wewnętrznych możliwych do stwierdzenia podczas przeglądu

- stan dostateczny: nie wymaga pilnych działań remontowych, uszkodzenia świadczące o procesach degradacji o skali nie obniżającej przydatności użytkowej obiektu, dla celów prognozy degradacji przyjęto, że wymagają remontu w czasie do 10 lat

- stan niedostateczny: wymaga pilnych działań remontowych, uszkodzenia o skali obniżającej przydatność użytkową obiektu jednak możliwe do naprawy, dla celów prognozy degradacji przyjęto, że wymagają remontu w czasie do 3 lat

- stan przed awaryjny: wymaga pilnych działań - wymiana uszkodzonych elementów, element wykazuje nieodwracalne uszkodzenia dyskwalifikujące przydatność użytkową, dla celów prognozy degradacji przyjęto, że wymagają remontu w czasie do 1 roku.

Zamawiający poczynił pewne starania, by ustalić stan techniczny obiektów inżynieryjnych, których dotyczy zamówienie, jednak w praktyce poprzestał jedynie na najbardziej podstawowych działaniach - działaniach niewystarczających do ustalenia w sposób wiążący zakresu robót koniecznych do wykonania, o czym świadczą kolejne opisy PFU.

Poza wskazanymi informacjami „wprowadzającymi", Zamawiający zawarł w PFU dla branży obiekty inżynieryjne następujące opis na str. 8 i 9 (pkt 2):

Założenia ogólne do projektowania.

Podstawowym założeniem dla określenia zakresu robót jest osiągnięcie wymaganej nośności 221kN/oś oraz podniesienie trwałości obiektów przez wykonanie robót budowlanych określonych niżej. (...)

Wykonawca zadania jest zobowiązany do weryfikacji podanego zakresu robót i wprowadzenia zmian w przypadku gdy uzna, że zakres robót dla danego obiektu może być niewystarczający do podanych wyżej warunków projektowania. Zmiany tę muszą być poprzedzone dokładną analizą stanu konstrukcji obiektów, w tym także obliczeniową. (...)

Projektowanie i budowa nowych konstrukcji konieczna jest ze względu na konstrukcję odbiegającą parametrami od obecnie obowiązujących przepisów, degradację techniczną, wzrost bieżących kosztów utrzymania, wyczerpanie cyklu eksploatacyjnego oraz brak potencjału modernizacyjnego kluczowych elementów konstrukcji. Rozbudowa i projektowanie nowych konstrukcji konieczna jest również w przypadku przesunięć położenia torów, braku skrajni wymaganej specyfikacjami interoperacyjności lub stanów technicznych przed awaryjnych uniemożliwiających naprawę konstrukcji na obiektach nieprzewidzianych do modernizacji z pełną lub znaczną przebudową. Szczegółowy zakres konkretnych robót dla każdego obiektu podany jest w tabeli nr 4. Wykonawca prac projektowych zobowiązany jest do weryfikacji tego zakresu i wprowadzenia zmian jeśli będą konieczne do osiągnięcia założeń projektowych. (...)

Uwagi końcowe i zestawienie ramowego zakresu robót dla obiektów inżynieryjnych.

Poniżej zestawiono minimalny niezbędny zakres robot dla każdego obiektu inżynieryjnego. (...) Podany niżej zakres dla każdego obiektu Wykonawca powinien traktować je jako zakres minimalny robót. Wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie wszelkich koniecznych badań i analiz potrzebnych do wykonania projektów spełniających wymagania techniczne podane w PFU.

Odwołujący uznał, że analiza powyższych opisów PFU prowadzi do wniosku, że Zamawiający de facto nie określił zakresu wymaganych robót budowlanych. Zamawiający

podał wyłącznie minimalny zakres robót, zaznaczając, że celem realizacji zamówienia jest osiągnięcie założonej nośności obiektów inżynieryjnych i wykonawcy powinni objąć swoją ofertą (ryzyko wykonawcy) wykonanie wszystkich robót niezbędnych do osiągnięcia tych założeń. Rolą wykonawcy nie jest tymczasem weryfikacja zakresu zamówienia określonego przez Zamawiającego, a wykonanie robót mieszczących się w zakresie opisanym w SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że w praktyce może zdarzyć się i taka sytuacja, że w miejsce obiektu inżynieryjnego obecnie istniejącego konieczne będzie wykonanie nowego (a wcześniej

rozbiórka istniejącego), mimo że w Tabeli nr 4 zakres rzeczowy robót dla takiego obiektu został określony jako np. wymiana skorodowanych elementów konstrukcji stalowej i powierzchowne naprawy. Jednak, koszty jak i czas zaprojektowania i wykonania w obu przykładowo wskazanych „wariantów" zakresu wymaganych robót są skrajnie różne.

O tym jak różne zakresy robót mogą wchodzić w opis przedmiotu zamówienia świadczą opisy na stronie 12 ww. PFU:

Zakres pełny/modernizacja z pełną lub znaczną przebudową oprócz robót wskazanych dla zakresu częściowego może zawierać dodatkowe roboty jak:

- całkowita wymiana lub wzmocnienie do pełnej projektowej nośności istotnie osłabionych elementów konstrukcji stalowych

- wymiana zniszczonych płyt przęsłowych przepustów - głównie szynobeton, płyty kamienne

- naprawy podpór i skrzydeł a także słupów (kładki dla pieszych) przez zastosowanie koszulek żelbetowych czy nowych ław podłożyskowych i ciosów

- zastosowanie wzmacniających/odciążających sklepień żelbetowych na zdegradowanych sklepieniach kamiennych i ceglanych

- wykonanie całkowicie nowych podpór wraz z posadowieniem

- dostosowanie podpór do nowych przęseł (konstrukcji nośnych) rozumiane jako kompleksowa modernizacja przyczółków i filarów wraz ze wzmocnieniem, izolacjami, hydrofobizacją, drenażem, umocnieniem stożków nasypu, schodami skarpowymi (zlokalizowanych i zabezpieczonych przed dostępem osób nieuprawnionych w uzgodnieniu z Zarządcą), wyposażeniem itp.

Odwołujący podniósł, że nawet jeśli w konkretnych przypadkach nie zajdzie konieczność wykonania nowego obiektu, może zajść konieczność wykonania robót istotnie wkraczających w konstrukcje obiektów inżynieryjnych mimo, że z opisów PFU wynika wyłącznie konieczność wykonania drobnych napraw. I znów koszt jak i czas wykonania takich robót jest istotnie różny od kosztu i czasu potrzebnego dla robót opisanych w ww. PFU jako „minimalne."

Zaznaczył, że zakres robót ostatecznie koniecznych do wykonania nie jest możliwy do ustalenia na etapie składania ofert, bo jak wskazano w samym PFU do poczynienia ustaleń w

tym zakresie konieczne będą dodatkowe badania wykonywane na etapie realizacji zamówienia - projektowania, w tym w szczególności badania niszczące betonu. Przykładowo, skoro na tym etapie nie ma badań nośności przyczółków, posadowienia obiektu, to na chwilę obecną nie można określić zakresu prac związanych z przyczółkami obiektu. Pojęcia jakimi posługuje się Zamawiający w Tabeli nr 4 PFU, takie jak np. „dostosowanie podpór" może tymczasem oznaczać w praktyce w zasadzie wszystko, tj. owe dostosowanie może polegać tylko na wyprofilowaniu ciosów podłożyskowych, nadbetonowaniu przyczółków w celu dostosowania do niwelety, a może także oznaczać konieczność ingerencji w podpory mostu i mieć bardzo istotny wpływ na koszty i czas (np. konieczność uzyskania bliżej niedookreślonych decyzji administracyjnych) wykonania prac.

Tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia nie czyni zadość wymaganiom wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie dokonuje bowiem wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, określając zakres wymaganych robót budowlanych i, jak można założyć zasłaniając się brakiem bardziej szczegółowych badań obiektów, przerzuca na wykonawców konieczność oszacowania ostatecznego zakresu robót do wykonania i ryzyka z tym związane. Co istotne, wykonawcy nie dysponują na tym etapie sprawy możliwością precyzyjnego oszacowania ostatecznego zakresu wymaganych robót i skoro tak, to każdy z wykonawców ryzyko wystąpienia robót w zakresie większym niż minimalny opisany w PFU może oceniać inaczej, W tej sytuacji, w sprawie obiektywnie niemożliwe jest złożenie ofert porównywalnych.

Odwołujący uznał, że brak wymaganej precyzyjności po stronie Zamawiającego pojawia się także w innych elementach Tabeli nr 4 PFU dla branży obiekty inżynieryjne, w szczególności:

1. Kilometraż linii 97- KM 46.352; nr toru 1,2,5; typ obiektu: kładka dla pieszych;
opis robót:

Oczyszczenie i malowanie konstrukcji stalowej; Wymiana skorodowanych elementów konstrukcji stalowej; jeżeli badania wykażą wzmocnienie istniejącej konstrukcji; wymiana dyliny na elementy pełne z trwałego materiału o nawierzchni antypoślizgowej; wykonanie wind osobowych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych / udźwig min. 630 kg każda/ wykonanie dróg dojścia do wind osobowych (min. 3 windy), nie dopuszcza się zastosowanie

platform dźwigowych; naprawy powierzchniowe betonu z zabezpieczeniem antykorozyjnym. Wykonanie oznakowania wizualnego i dotykowego; wykonanie poręczy na wysokościach 75 cm i 90 cm.

Zamawiający przewiduje zgodnie z cytowanym postanowieniem, konieczność wykonania min. 3 wind, tymczasem na etapie realizacji zamówienia, może - jak rozumie ten opis Odwołujący - zaistnieć konieczność wykonania bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia np. 6 wind. Winda spełniająca powyższe wymogi może kosztować nawet 200

tys. zł, zatem różnica w czasie pomiędzy wymaganymi ostatecznie ilościami do wykonania może być istotna.

2. Kilometraż linii 97 - KM 16.264; nr toru 1,2,3; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Naprawy powierzchniowe betonu z iniekcją rys powyżej 0,3 mm wraz z hydrofobizacją powierzchni; uszczelnienie elementów betonowych materiałem trwale plastycznym; wymiana izolacji poziomej i pionowej, wykonanie płyty uciągającej; wykarczowanie krzewów

rosnących w bezpośrednim sąsiedztwie przepustu; odmulenie części przelotowej przepustu

oraz oczyszczenie rowów za i przed przepustem, oczyszczenie parapetów; ubezpieczenia koryta cieku na włocie i wylocie płytami ażurowymi; uzupełnienie balustrady elementami

wypełniającymi plus renowacja powłok.

Sformułowanie oczyszczenie rowów „za i przed przepustem" jak również nieprecyzyjne - bowiem nie daje odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca ma np. założyć oczyszczanie odcinka 5 m za i przed przepustem, czy może cały rów od źródła do ujścia lub jeszcze jakiś inny odcinek.

3. Kilometraż KM 1.238 /LINIA 97 KM 44.999; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Naprawy powierzchniowe betonu zaprawami typu PCC z iniekcją rys powyżej 0,3 mm wraz z hydrofobizacją powierzchni, wykonanie poręczy po stronach toru, odmulenie części przelotowej o przepustu oraz rowu na włocie i wylocie min. w terenie kolejowym,

wyprofilowanie i oczyszczenie skarp za skrzydłami.

4. Kilometraż KM 6.615; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Przebudowa przepustu. Rozbiórka istniejącego przepustu, budowa nowego przepustu z

prefabrykatów żelbetonowych o świetle wynikającym z obliczeń hydraulicznych nie mniejszym 1,0 m x 1,0 m; ubezpieczenie koryta cieku na włocie i wylocie płytami ażurowymi; oczyszczenie i wyprofilowanie rowów za i przed przepustem min. na szerokości terenu kolejowego.

5. Kilometraż KM 11.191; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Oczyszczenie i naprawy powierzchniowe betonu z iniekcją rys powyżej 0,3 mm wraz z

wykonaniem zabezpieczenia antykorozyjnego i hydrofobizacją powierzchni betonowych, nadbudowa parapetów; odmulenie części przelotowej przepustu oraz oczyszczenie i wyprofilowanie rowów za i przed przepustem / min. na szerokości terenu kolejowego / ubezpieczenie koryta cieku oraz skarp rowów na włocie i wylocie płytami ażurowymi;

wykonanie nowych poręczy na parapetach wysokości 110 cm.

6. Kilometraż KM 20.796; nr toru 1; typ obiektu: most;

opis robót:

Całkowita wymiana konstrukcji nośnej wraz z systemem odwodnienia pomostu z dostosowaniem podpór do nowej konstrukcji przęsła (stalowe lub masywne z jazdą na podsypce).

Oczyszczenie i naprawy powierzchniowe betonu zaprawami PCC z iniekcją rys powyżej 0,3 mm, oczyszczeniem odsłoniętego i skorodowanego zbrojenia wraz z wykonaniem

zabezpieczenia antykorozyjnego elementów stalowych zbrojenia i hydrofobizacją powierzchni betonowych. Wykonanie schodów skarpowych wraz z poręczą (lub zachowanie istniejących). Oczyszczenie i wyprofilowanie terenu pod obiektem (min. w terenie kolejowym). Wyprofilowanie i ubezpieczenie koryta cieku w części przelotowej przepustu płytami ażurowymi.

Wykonanie drenażu wraz ze ściekiem skarpowym.

- wykonanie stref przejściowych na długości 20 m z każdej strony.

Odwołujący wskazał, że także w tych punktach, przez użycie sformułowania „min." opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. Wykonawca nie może na podstawie opisów PFU określić maksymalnego zakresu robót, ani nawet ryzyka, że zakres minimalny wskazany w PFU będzie niewystarczający. Wyjście przy tym z robotami poza teren kolejowy i to o nieznanym zakresie może rodzić poważne konsekwencje praktyczne (kwestia dysponowania odpowiednim terenem dla potrzeb wykonywania zleconych robót).

Zamawiający w pkt 11.1.13 (str. 12) wskazał natomiast: Zabezpieczenie „dzikich przejść" poprzez wygrodzenia z kształtowników stalowych (km 0,600 oraz 0,800) na długości min. 10 m z każdej strony torów.

Niewskazanie w tej pozycji wartości maksymalnej długości wygrodzeń prowadzi do nieporównywalności ofert i rodzi po stronie wykonawców stan niepewności co do tego, ile prac będzie koniecznych do wykonania.

2.2. Brak precyzyjnych danych co do wymaganej jakości materiałów

Podobny skutek do opisanego powyżej dla braku porównywalności ofert ma zawarte na str. 13 ww. PFU stwierdzenie, że Parametry materiałowe należy przyjmować jako najwyższe wymagane wynikające z pozycji przywołanych w pkt 3. Przepisy prawne i normy związane.

Pozycje przywołane w pkt 3 PFU to m.in. nomy techniczne. W dokumentach tych podaje się minimalne wymogi dotyczące materiałów.

Odwołujący podniósł, że przy takim opisie, jaki Zamawiający wprowadził do ww. PFU nie jest wiadome, czy minimalne wymogi wynikające z norm należy w sprawie traktować jako „najwyższe" wymagane parametry materiałowe (parametry maksymalne), czy raczej, że parametry materiałowe wynikające z norm pozostają parametrami minimalnymi, a wykonawca ma założyć konieczność wykonania robót również przy użyciu materiałów o wyższych parametrach (bez wskazania parametrów maksymalnych).

W drugiej ze wskazanych sytuacji, decyzja, czy dany materiał ma wystarczające parametry do jego użycia byłaby podejmowana przez Zamawiającego na etapie realizacji zamówienia i wobec braku jakichkolwiek punktów odniesienia w SIWZ byłaby to decyzja całkowicie uznaniowa. Wykonawca nie miałby żadnej gwarancji, że materiały przyjęte do wyceny oferty, choć zgodne z wymogami właściwych norm, nie zostaną przez Zamawiającego w toku realizacji zamówienia „odrzucone" jako niewystarczające. Trudno oczekiwać, że Zamawiający w toku realizacji zamówienia zrezygnuje z możliwości żądania wykonania robót przy użyciu materiałów lepszej jakości, jeśli nie będzie to wiązało się ze zmianą ceny ofertowej.

Odwołujący dodał, że „jakość" nie zawsze wiąże się z wyższym parametrem materiału. Tytułem przykładu, jakie skutki może wywołać obecnie istniejący opis SIWZ, wskazał, że dostępne klasy betonu dla konstrukcji mostowych, to przedział od C20/25 do C100/115, zaś ich stosowanie np. na kapy chodnikowe nie wymaga (najczęściej) klasy większej niż C25/30. Zastosowanie betonu wyższej klasy nie przekłada się na „jakość" robót i jest obiektywnie zbędne.

2.3. Konserwacja i naprawy bieżące w okresie gwarancji

Zgodnie z załącznikiem nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzór Karty Gwarancyjnej (pkt 1.8) Wykonawca zobowiązany jest do wykonania następujących świadczeń gwarancyjnych:

Świadczenia gwarancyjne obejmują w szczególności przeglądy i konserwacje obiektów budowlanych i urządzeń (w tym urządzeń: systemu srk, ERTMS/ETCS, telekomunikacji i dSAT, kontroli dostępu, przeciwpożarowych, klimatyzacyjnych, służących ochronie środowiska, elektroenergetyki kolejowej oraz elementów odwodnienia) wynikające z Planu utrzymania (Załącznik nr 1 do Dokumentu Gwarancyjnego) oraz naprawy polegające na przywróceniu utraconych wartości technicznych i funkcjonalnych obiektów budowlanych i urządzeń powstałych na skutek wad. Powyższe nie dotyczy serwisowania urządzeń elektroenergetyki kolejowej.

Z kolei zgodnie z pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) Plan utrzymania:

Przed dokonaniem odbioru końcowego Robót i / lub odbioru Odcinka, Wykonawca opracuje plan utrzymania oraz uzgodni go z Zamawiającym (reprezentowanym przez właściwy Zakład Unii Kolejowych). Dokument ma dotyczyć w szczególności przeglądowi konserwacji obiektów budowlanych i urządzeń (w tym urządzeń: systemu srk, telekomunikacji, kontroli dostępu, przeciwpożarowego, klimatyzacyjnych, służących ochronie środowiska, elektroenergetyki kolejowej oraz elementów odwodnienia). Dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń telekomunikacji plan utrzymania powinien być zgodny z obowiązującymi Prawem, w szczególności z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu

kolei w Unii Europejskiej zwaną dalej „ TSi Sterowanie " oraz zawierać parametry jakościowe dla zabudowanych urządzeń. Wykonawca powinien założyć, co najmniej: średni czas między usterkami MTBF (Mean Time Between Failure) > 13 500h. Dla pozostałych urządzeń i obiektów budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowych robót plan utrzymania powinien być zgodny z Prawem, wytycznymi, instrukcjami, zaleceniami, kartami gwarancyjnymi i innymi dokumentami dostawcy, producenta lub Wykonawcy. W przypadku rozbieżności pomiędzy ww. dokumentami Zamawiającemu przysługuje prawo wyboru sposobu utrzymania bez utraty praw wynikających z gwarancji jakościowej.

Z powyższego wynika, że Wykonawca powinien wycenić w ofercie (i objąć tą ofertą) wykonywanie świadczenia gwarancyjnego polegającego m.in. na bieżącej konserwacji urządzeń i obiektów zgodnie z Planem utrzymania, w sytuacji, gdy:

- plan utrzymania będzie możliwy do opracowania dopiero na końcowym etapie wykonywania robót, po zaprojektowaniu robót i dostarczeniu urządzeń/wykonaniu obiektów;

- na etapie składania oferty, jak wskazano powyżej w pkt 2.1. uzasadnienia, Wykonawca nie wie, czy w ramach przedmiotu zamówienia będzie wykonywał tylko zakres minimalny wynikający z PFU, czy szerszy zakres robót, a oczywistym pozostaje, że zakres konserwacji urządzeń i obiektów będzie inny w przypadku wykonania obiektu nowego i remontu obiektu istniejącego;

- na etapie składania ofert Wykonawca nie dysponuje informacją, jaki będzie ruch (obciążenie) linii kolejowej po wykonaniu zamówienia, gdy tymczasem zakres wymaganych prac konserwacyjnych będzie powiązany ze stopniem „używalności" urządzeń i obiektów, a ten będzie zależał od intensywności wykorzystania linii kolejowej.

Wykonawca, nie dysponując informacjami wskazanymi przykładowo powyżej, nie może ustalić, jaki będzie ostatecznie wymagany zakres robót i prac związanych z konserwacją, a co za tym idzie, nie jest w stanie ująć w ofercie kosztów związanych z ich wykonaniem w sposób gwarantujący porównywalność ofert.

Na marginesie powyższego Odwołujący dodał, że w jednym punkcie SIWZ wymaga się od Wykonawcy uwzględnienia wszystkich branż w usłudze serwisowej, a w zdaniu następnym nie wymaga się serwisowania urządzeń elektroenergetyki kolejowej, co oczywiście wzbudza wątpliwości co do tego, jaki zakres branż ma być objęty tą usługą ostatecznie.

2.4. Brak precyzyjnych opisów wskazujących na zakres obiektów inżynieryjnych objętych ochroną konserwatorską

W kolejnych opisach PFU dla branży - obiekty inżynieryjne Zamawiający wskazał, że część tych obiektów podlega ochronie konserwatorskiej, np.:

Str. 4: Przepusty Spośród 92 przepustów na odcinkach zadania objęte robotami będzie

90 przepusty. Występują tutaj przepusty o konstrukcji kamiennej sklepionej, płytowej, prefabrykowane żelbetowe, z płytami z dźwigarobetonu i podporami kamiennymi. Forma zewnętrzna przepustów kamiennych podlega ochronie konserwatorskiej.

Str. 9: Zgodnie z opinią Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Krakowie obiekty pochodzące z okresu budowy linii kolejowej oraz, których forma architektoniczna nie została zniekształcona, objęte są ochroną konserwatorską. W szczególności obiekty nitowane nadające się do remontu i dalszej eksploatacji oraz mosty i przepusty kamienne. Zakres ochrony obejmuje oryginalną formę architektoniczną, detal i użyty materiał, w wielu przypadkach kamienną oblicówkę. Do grupy obiektów, dla których postuluje się szczególne zachowanie ww. wymogów konserwatorskich należą między innymi obiekty na linii nr 98 w km: 19.222, 32.208, 12.539, 31.759, 34.847.

Str. 12: Przepusty Projektowane są modernizacje i przebudowy przepustów. Forma zewnętrzna przepustów kamiennych podlega ochronie konserwatorskiej jak opisano wyżej. Mosty i wiadukty Projektowane są modernizacje obiektów. Obiekty nie spełniające wymagań nośności przeznaczone są do wzmocnienia. Forma zewnętrzna mostów kamiennych podlega ochronie konserwatorskiej, jak opisano wyżej.

Str. 13: Ściany oporowe Projektuje się modernizację ściany oporowej. Forma zewnętrzna podlega ochronie konserwatorskiej jak opisano wyżej.

Odnosząc się do tak skonstruowanych opisów PFU, Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że w oparciu o nie, nie sposób ustalić, które dokładnie obiekty inżynierskie podlegają ochronie konserwatorskiej. W piśmie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Krakowie (zał. 21 do SIWZ), na które powołuje się Zamawiający, mowa jest o tym, że ochronie podlegają obiekty pochodzące z początkowego okresu budowy linii kolejowej oraz których forma architektoniczna nie została zniekształcona.

Wykonawcy, nie mając wglądu w całą dokumentację przebudowywanej linii, w tym dokumentację archiwalną, nie mogą samodzielnie ustalić, które obiekty zostały, w jakim czasie wybudowane. Wykonawca nie wie też i nie może samodzielnie ustalić, jaki okres uznawany jest za „początkowy okres budowy" i kiedy można mówić „o zniekształceniu formy architektonicznej" (zwłaszcza, że wykonawca nie zna pierwotnej formy architektonicznej obiektu, do której mógłby porównywać formę obecną). Z kilkudziesięciu obiektów znajdujących się na linii, Zamawiający wskazał na pięć z nich jako tych, względem których postuluje się szczególne zachowanie wymogów konserwatorskich, jednak z kontekstu wskazanego postanowienia PFU wynika, że nie jest to zamknięty katalog obiektów wymagających takiej ochrony. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający, w odróżnieniu od Wykonawcy, jest w posiadaniu informacji, w oparciu o które możliwe jest poczynienie powyżej wskazanych ustaleń, a skoro tak, to jego obowiązkiem jest ustalenie wiążącej Wykonawcę listy obiektów, które objęte są ochroną konserwatorską.

Wykonawca, nie mając wiedzy co do tego, które obiekty są objęte ochroną konserwatorską nie może ustalić kosztów związanych z wykonaniem robót choćby wskazanych w PFU jako zakres minimalny.

Koszty wykonywania robót budowlanych przy obiektach objętych ochroną konserwatorską są, co do zasady, wyższe niż koszty wykonywania takich samych robót przy obiektach z ochrony tej nie korzystających.

Po drugie, Zamawiający posługuje się sformułowaniem „forma zewnętrzna", które jest pojęciem niedookreślonym i jego interpretacja budzi wątpliwości. Nie wiadomo, czy wykonawca ma zapewnić tylko niezmieniony kształt obiektu, czy również jego rolą jest zachowanie oryginalnych (lub najbardziej zbliżonych do oryginału, dostępnych na rynku odpowiedników) materiałów, z jakich wykonano obiekt, wzorów, proporcji (długości, szerokości) itp. Powyższe jest szczególnie istotne, jeśli okaże się, że zakres ingerencji w obiekt objęty ochroną konserwatorską będzie tak daleki, że nie będzie możliwe zachowanie wszystkich pierwotnych parametrów obiektu.

Informacje tego typu są przy tym konieczne i niezbędne do należytego wycenienia tego zakresu robót.

Zamawiający złożył w dniu 14 maja 2019 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu pisma wskazał, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, jako pozbawione zarówno podstawy faktycznej i prawnej, a w konsekwencji odwołanie powinno podlegać oddaleniu w całości.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Zamawiający wskazał, co następuje:

I. Niezgodne z wymaganiami Pzp warunki udziału w postępowaniu

Zamawiający poinformował, że pismem z dnia 10 maja 2019 r. dokonał modyfikacji w przedmiotowym zakresie, polegającej na usunięciu wymogu zrealizowania wykazanych w lit. d) i e) pozycji w ramach jednej umowy:

5. Tom I SIWZ - IDW pkt 8.6.1 lit. d) i lit. e) otrzymują brzmienie:

d) budowę lub przebudowę (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej (trzech) obiektów inżynieryjnych. Wśród wskazanych obiektów musi znaleźć się co najmniej:

- 1 (jeden) wiadukt kolejowy
- 1 (jeden) most kolejowy

e) jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej (projektu budowlanego

i projektu wykonawczego), która obejmowała budowę lub przebudowę (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) linii kolejowej w zakresie co najmniej:

. 1 (jednej) stacji kolejowej,

• (jednego) szlaku kolejowego.

W świetle powyższego stwierdził, że zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy, ponieważ przestał być sporny między stronami.

II. Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia

2.1 Nieprecyzyjne określenie zakresu robót koniecznych do wykonania przy obiektach inżynieryjnych

Wskazał, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ten poprzestał na najbardziej podstawowych działaniach niewystarczających do ustalenia w sposób wiążący zakresu robót koniecznych do wykonania.

Zamawiający zaznaczył, że w ramach przedmiotowego postępowania zakłada zlecenie Wykonawcy wykonania badań materiałowych obiektów, w związku z tym, przed przedmiotowymi pracami, nie jest możliwe wskazanie zamkniętego, pełnego zakresu robót.

Zamawiający, by ograniczyć występujące niejasności, dokonał jednak pismem z dnia 10 maja 2019 r. następujących modyfikacji:

Uwagi końcowe i zestawienie ramowego zakresu robót dla obiektów inżynieryjnych (str. 13 załącznika nr 4 - Obiekty Inżynieryjne do Tomu III SIWZ - PFU)

Poniżej zestawiono ~~minimalny niezbędny~~ zakres robót dla każdego obiektu inżynieryjnego.
(...)

Podany niżej zakres dla każdego obiektu Wykonawca powinien traktować jako zakres ~~minimalny~~ robót. Wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie wszelkich koniecznych badań i analiz potrzebnych do wykonania projektów spełniających wymagania techniczne podane w PFU.

Ponadto, odnosząc się do możliwości ustanowienia różnych zakresów robót przez Zamawiającego z uwagi na opisy na str. 12 PFU Zamawiający zaznaczył, że w dniu 10 maja 2019 r. opublikował zmieniony dokument, w którym zrezygnował z przywołanego rozwiązania:
~~Zakres pełny / modernizacja z pełną lub znaczną przebudową oprócz robot wskazanych dla~~

~~częściowego może zawierać dodatkowe roboty jak:~~

~~— całkowita wymiana lub wzmocnienie do pełnej projektowej nośności istotnie osłabionych~~

~~elementów konstrukcji stalowych~~

~~-wymiana zniszczonych płyt przęsłowych przepustów - głównie szynobeton, płyty kamienne~~

~~-naprawy podpór i skrzydeł a także słupów (kładki dla pieszych) przez zastosowanie koszulek~~

~~żelbetowych czy nowych ław podłożyskowych i ciosów~~
~~-zastosowanie wzmacniających/odciążających sklepień żelbetowych na zdegradowanych~~

~~sklepieniach kamiennych i ceglanych~~
~~-wykonanie całkowicie nowych podpór wraz z posadowieniem~~

~~- dostosowanie podpór do nowych przęseł (konstrukcji nośnych) rozumiane jako kompleksowa modernizacja przyczółków i filarów wraz ze wzmocnieniem, izolacjami, hydrofobizacją,~~

~~drenażem, — umocnieniem stożków nasypu, schodami skarpowymi (zlokalizowanych i~~

~~zabezpieczonych przed dostępem osób nieuprawnionych w uzgodnieniu z Zarządcą),~~

~~wyposażeniem itp.~~

Modyfikacją z dnia 10 maja 2019 r. Zamawiający doprecyzował:

Str. 14:

- Kilometraż linii 97 - KM 46.352; nr toru 1,2,5; typ obiektu: kładka dla pieszych;

opis robót:

Oczyszczenie i malowanie konstrukcji stalowej; Wymiana skorodowanych elementów konstrukcji stalowej (dotyczy elementów nośnych, stężeń, węzłów i wyposażenia); jeżeli ~~badania wykażą wzmocnienie istniejącej konstrukcji;~~ wymiana dyliny na elementy pełne z trwałego materiału o nawierzchni antypoślizgowej; wykonanie wind osobowych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych / udźwig min. 630 1275 kg każda/ wykonanie dróg dojścia do wind osobowych (min. 3 windy), nie dopuszcza się zastosowanie platform dźwigowych; naprawy powierzchniowe betonu z zabezpieczeniem antykorozyjnym. Wykonanie oznakowania wizualnego i dotykowego; wykonanie poręczy na wysokościach 110 ~~75 cm i 90~~ cm.

(■■■)

- KM 1.238 /LINIA 97 KM 44.999; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

naprawy powierzchniowe betonu zaprawami typu PCC z iniekcją rys powyżej 0,3 mm wraz z hydrofobizacją powierzchni, wykonanie poręczy po stronach toru, odmulenie części przelotowej o przepustu oraz rowu na wlocie i wylocie min. w terenie kolejowym, wyprofilowanie i oczyszczenie skarp za skrzydłami.

- Kilometraż KM 6.615; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Przebudowa przepustu. Rozbiórka istniejącego przepustu, budowa nowego przepustu z prefabrykatów żelbetonowych o świetle wynikającym z obliczeń hydraulicznych nie mniejszym 1,0 m x 1,0 m; ubezpieczenie koryta cieku na wlocie i wylocie płytami ażurowymi; oczyszczenie i wyprofilowanie rowów za i przed przepustem min. na szerokości terenu kolejowego.

- Kilometraż KM 11.191; nr toru 1; typ obiektu: przepust;

opis robót:

Oczyszczenie i naprawy powierzchniowe betonu z iniekcją rys powyżej 0,3 mm wraz z wykonaniem zabezpieczenia antykorozyjnego i hydrofobizacją powierzchni betonowych, nadbudowa parapetów; odmulenie części przelotowej przepustu oraz oczyszczenie i wyprofilowanie rowów za i przed przepustem / mim na szerokości terenu kolejowego / ubezpieczenie koryta cieku oraz skarp rowów na wlocie i wylocie płytami ażurowymi; wykonanie nowych poręczy na parapetach wysokości 110 cm.

- Kilometraż KM 20.796; nr toru 1; typ obiektu: most;

opis robót:

Całkowita wymiana konstrukcji nośnej wraz z systemem odwodnienia pomostu z dostosowaniem podpór do nowej konstrukcji przęsła (stalowe lub masywne z jazdą na podsypce).

Oczyszczenie i naprawy powierzchniowe betonu zaprawami PCC z iniekcją rys powyżej 0,3 mm, oczyszczeniem odsłoniętego i skorodowanego zbrojenia wraz z wykonaniem zabezpieczenia antykorozyjnego elementów stalowych zbrojenia i hydrofobizacją powierzchni betonowych. Wykonanie schodów skarpowych wraz z poręczą (lub zachowanie istniejących). Oczyszczenie i wyprofilowanie terenu pod obiektem (mim w terenie kolejowym). Wyprofilowanie i ubezpieczenie koryta cieku w części przelotowej przepustu płytami ażurowymi.

Wykonanie drenażu wraz ze ściekiem skarpowym.

- wykonanie stref przejściowych na długości 20 m z każdej strony.

Zamawiający w przytoczonych powyżej fragmentach PFU usunął sformułowania „min." by ujednolicić i doprecyzować wskazany przez siebie zakres zamówienia.

2.2 Brak precyzyjnych danych co do wymaganej jakości materiałów

Zamawiający wskazał, że w dniu 10 maja 2019 r. dokonał modyfikacji związanej z parametrami materiałowymi w następujący sposób:

Parametry materiałowe należy przyjmować jako spełniające wymogi: „Standardy techniczne. Szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości

Vmax<=200km/h (dla taboru konwencjonalnego)/250km/h (dla taboru z wychylnym pudłem). Wersja 1.1 Tom III Kolejowe obiekty inżynieryjne oraz posiadające wymagane dopuszczenia do stosowania ~~najwyższe wymagane~~ oraz wynikające z pozycji przywołanych w pkt 3. Przepisy prawne i normy związane.

W świetle powyższego stwierdził, że zarzut należy uznać za bezprzedmiotowy, ponieważ przestał być sporny między stronami.

2.3 Konserwacja i naprawy bieżące w okresie gwarancji

Zamawiający nie zgodził się z zrzutami Odwołującego w zakresie świadczenia gwarancji, podnosząc: Odwołujący wskazał, że nie jest on w stanie ująć w ofercie kosztów związanych z wykonaniem robót i prac związanych z konserwacją w sposób gwarantujący porównywalność ofert. Zaznaczył jednak, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma prawo kształtowania wymogów postępowania w sposób odpowiadający przedmiotowi

zamówienia. Wykonawca natomiast jako podmiot profesjonalny, który zobowiązany będzie do dostarczenia odpowiednich urządzeń dysponuje najszerszą wiedzą z zakresu częstotliwości

napraw dostarczanego sprzętu. Tym samym nie sposób podzielić argumentacji przedstawionej w odwołaniu.

Ponadto, zwrócił uwagę na fakt, że formuła „projektuj i buduj" pozostawia wykonawcy pewną swobodę w zakresie doboru, konfiguracji oraz planowanych do zastosowania typów urządzeń i budowli, które nie są znane Zamawiającemu na etapie opracowania dokumentacji przetargowej zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający nie znając konfiguracji i typów urządzeń i budowli jakie będą miały docelowo zastosowanie zakłada, że opracowanie Planu Utrzymania będzie możliwe dopiero na końcowym etapie wykonania robót. Wykonawca natomiast na etapie opracowania oferty musi przyjąć w wycenie ilość, rodzaj i typ urządzeń i budowli jakie mają mieć zastosowanie, a tym samym jest w stanie oszacować koszty usług gwarancyjnych, polegających m.in. na bieżącej konserwacji urządzeń. Przykładowo, w przypadku urządzeń sterowania ruchem kolejowym, zakres i częstotliwość wykonywania takich czynności jest określony w tzw. dokumentacji techniczno-ruchowej opracowanej dla danego typu urządzeń i nie jest zależny od intensywności wykorzystywania linii a od czasu jego użytkowania.

Zwrócił też uwagę, że wobec formuły przedmiotowego postępowania („zaprojektowanie i wykonanie"), to na Wykonawcy ciąży obowiązek kompleksowej realizacji świadczenia. Powyższe potwierdza orzecznictwo Izby:

- Formuła "zaprojektuj i wybuduj" obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty.

Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią "z góry" przewidzieć jakie koszty będą

związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia

z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie.

Konsekwencją dla Zamawiającego są oczywiście wyższe ceny w składanych ofertach, ale

również zminimalizowanie ryzyka wystąpienia utrudnień przy realizacji przedmiotu zamówienia związanych z ujawnieniem ewentualnych błędów projektowych. Ponadto z formułą "zaprojektuj i wybuduj" związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy jakie rozwiązania techniczne przyjmie dany wykonawca, więc prowadzenie uzgodnień z innymi zarządcami dróg na tym etapie byłoby niecelowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2018 r. KIO 2225/18, LEX nr 2620492).

- Wykonywanie zamówienia w formule "zaprojektuj i wybuduj" niewątpliwie skutkuje

wystąpieniem po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia, a także z przyjęciem i oszacowaniem ryzyka, jako, że oferta wykonawcy nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wnika ze braku pełnych danych od Zamawiającego powoduje, że kalkulowanie ceny za wykonanie zamówienia musi obejmować także wkalkulowanie w cenę możliwości wystąpienie ryzyka wykonania dodatkowych robót. Formuła zaprojektuj i wybuduj wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU - siłą rzeczy zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2018 KIO 128/18, LEX nr 2476200).

- W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić

(nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wnikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2018 r. KIO 2068/18, LEX nr 2620413).

Tym samym uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na przedstawioną argumentację.

2.4 Brak precyzyjnych opisów wskazujących na zakres obiektów inżynieryjnych objętych ochroną konserwatorską

Zamawiający podniósł, że pismem z dnia 10 maja 2019 r. dokonał modyfikacji w przedmiotowym zakresie (PFU - str. 9):

Zgodnie z opinią Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Krakowie obiekty pochodzące z okresu budowy linii kolejowej (rok budowy obiektu oraz rodzaj konstrukcji podany jest w załączonych kartach inwentaryzacyjnych) oraz których forma architektoniczna nie została zniekształcona, objęte są ochroną konserwatorską. W szczególności obiekty

nitowane nadające się do remontu i dalszej eksploatacji oraz mosty i przepusty kamienne. Zakres ochrony obejmuje oryginalną formę architektoniczną, detal, i użyty materiał, w wielu przypadkach kamienną oblicówkę. Do grupy obiektów dla których postuluje się szczególne zachowanie ww. wymogów konserwatorskich należą ~~między~~ ~~innymi~~ obiekty na linii nr 98 w km: 19.222, 32.208, 12.539, 31.759, 34.847.

W świetle powyższego, zarzut uznał za bezprzedmiotowy, ponieważ przestał być sporny między stronami.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny

W wyniku zmiany postanowień SIWZ (10 maja 2019 r.), skutkującej zmianę Ogłoszenia o zamówieniu, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, Odwołujący zmienił zakres odwołania, cofając zarzuty, żądania i odpowiadające im części uzasadnienia przedstawione w odwołaniu:

1. zarzut oznaczony jako pkt 1, str. 2 odwołania oraz żądanie przedstawione w pkt 1 str. 3 odwołania,

2. zarzut pkt 2 str. 2 odwołania w powiązaniu z żądaniem pkt 3 str. 3, żądaniem pkt 4 str. 4 oraz żądaniem pkt 6 str. 4 odwołania.

W zakresie uzasadnienia odwołania Odwołujący cofnął treść pkt 1 w całości (Niezgodne z wymaganiami Pzp warunki udziału w postępowaniu), pkt 2 (Nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia), pkt 2.2 (Brak precyzyjnych danych co do wymaganej jakości materiałów), 2.4 (Brak precyzyjnych opisów wskazujących na zakres obiektów inżynieryjnych objętych ochroną konserwatorską).

Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania w zakresie niecofniętym oświadczając na rozprawie: podtrzymuje zarzuty i żądania w zakresie niecofniętym na posiedzeniu i podnosi, że odwołanie dotyczy 2. kwestii: zakresu prac w branży mostowej oraz bieżące utrzymanie, konserwacja.

- Pkt 1 (zakres prac w branży mostowej) - wskazał załącznik nr 4 do SIWZ (załącznik do tomu III PFU) - str. 12, począwszy od wyrazów „Projektowanie i budowa nowych konstrukcji...” - w tej treści Zamawiający nie dokonał zmian, natomiast na str. 13 w akapicie rozpoczynającym się od wyrazów „Podany niżej zakres...” - Zamawiający zmienił treść wykreślając wyraz „minimalne”, pozostała treść bez zmian. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko co do treści

akapitu na str. 13 począwszy od wyrazów „Podany niżej zakres...", kończąc na wyrazach „...spełniających wymagania techniczne podane w PFU".

Odwołujący podniósł w szczególności, że z zestawienia cytowanych postanowień PFU wynika,

że wykonawca po wykonaniu badań będzie zobowiązany do wykonania wszystkich robót, także wykraczających poza obecnie opisane w PFU, ale koniecznych do osiągnięcia parametrów wymaganych przez Zamawiającego, zatem zakres robót wskazany na chwilę obecną nie jest zakresem zamkniętym. Badania są wykonywane w ramach przedmiotu zamówienia. Bez ich wykonania nie jest możliwe ustalenie, jaki będzie docelowy zakres prac, więc wykonawca, składając ofertę, nie jest w stanie wziąć pod uwagę zakresu prac, które dopiero mogą być ustalone po wykonaniu wskazanych wyżej badań. W ślad za stwierdzeniem podniesionym w odwołaniu, Odwołujący podniósł, że obecnie opisane roboty, np. wymagające delikatnych napraw, mogą przekształcić się w konsekwencji w konieczność wykonania nowego obiektu. Odwołujący wskazał, że z jego żądania wynika, że zgodnie z pkt 2 żądań (z odwołania) należy wykreślić ze str. 13 załącznika nr 4 akapit: od wyrazów „Podany wyżej zakres dla każdego obiektu" - do wyrazów włącznie „spełniający wymagania techniczne podane w PFU". Odwołującemu chodziło o ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu do wykonania, zatem stwierdził, nawiązując do str. 12, że wykonawca nie może być zobowiązany do wykonania każdego zakresu, który wyniknie z dokonanych badań. Podniósł jak w odwołaniu, że brak precyzyjnego wskazania zakresu powoduje ryzyko po stronie wykonawcy, a ponadto niemożność złożenia porównywalnych ofert.

- Pkt 2 - bieżące utrzymanie, gwarancja.

Odwołujący wskazując załącznik nr 9 do umowy - wzór dokumentu gwarancyjnego, str. 2 pkt 1.8 w powiązaniu z pkt 3.5.1 - Plan utrzymania (Tom III SIWZ - PFU) - żądał wykreślenia z treści SIWZ opisów dotyczących kosztów utrzymania, które wynikają z przywołanych: pkt 1.8 oraz 3.5.1. Wskazał, że nie ma wyspecyfikowanych odrębnych kosztów utrzymania, jednakże wykonawca ma te koszty ująć w ogólnych kosztach związanych z udzielaną gwarancją.

Odwołujący złożył do akt sprawy:

- Załącznik do zarządzenia nr 14/2005 Zarządu PKP PLK S.A. z 18 maja 2005 r. pt. „Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych" wskazując Rozdział I - Postanowienia ogólne, Rozdział V - Diagnostyka nawierzchni i Rozdział VII - Warunki wykonywania robót torowych

- oznaczony w protokole z posiedzenia i rozprawy numerami: „0/1, 0/2, 0/3".

Przedstawił komentarz: z § 26 (str. 39, Rozdział V) wynika, że na badania diagnostyczne mają wpływ - ust. 5 pkt 2 - „Badania techniczne polegające na pomiarze specjalistycznym sprzętem...". W tym zakresie Odwołujący podniósł, że w ujęciu tego dokumentu badania techniczne to przeglądy. Stwierdził, że badania obiektów wskazywane przy omawianiu pkt 1, są innymi badaniami niż omawiane w pkt 2, wskazującym badania tzw. utrzymaniowo-konserwacyjne. Wskazał ust. 10 § 26, gdzie podano zakres i częstotliwość badań diagnostycznych odsyłając do instrukcji o oględzinach. W końcowej części ustępu wskazano, zależność od wieku i stanu nawierzchni oraz obciążenia i rodzaju przewozów. Zamawiający

może zwiększyć ilość badań diagnostycznych, tymczasem Zamawiający wskazuje w SIWZ - PFU przeglądy gwarancyjne - nie ma informacji o ilości pociągów i ich tonażu oraz rodzajów przewozów. Z kolei Rozdział VII § 37 ust. 2, 3, 4 i 5 określa, że konserwacja będzie wykonywana w systemie zleconym. Z powyższego wynika, że w okresie 5 lat gwarancji wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszelkich prac związanych z utrzymaniem remontowanego odcinka. Stwierdził, że wykonawca będzie musiał oddelegować pracowników do utrzymania, ponieważ jest to zakres, który wymaga stałego nadzoru i kontroli.

Wyciągi z dokumentów:

- „Instrukcja utrzymania i eksploatacji rozjazdów kolejowych, skrzyżowań i urządzeń torowych IE-K-10/COGIFER/01" - 4 strony (vossloh COGIFER);

- „Instrukcja Montażu i Konsekracji IM-KT/HT-25" - ...zamknięcia nastawczego typu SZS (samoregulujące zamknięcie suwakowe zwrotnicy) - 2 strony;

- „Instrukcja technologiczna" - 10 stron (KolTram),

- „Odwodnienie liniowe - Przykładowe instrukcje zabudowy" - 2 strony (ACO)

- oznaczone w protokole z posiedzenia i rozprawy numerem „0/4".

Z dokumentów ma wynikać, że prace utrzymaniowe mają być wykonywane według potrzeb. Dokument nr 1, str. 3 (wyciąg z Instrukcji utrzymania i eksploatacji...), ostatni akapit, wskazano w nim „Zalecany okres regulacji po - 6 miesiącach eksploatacji, następnie według potrzeb." Regulacja rozjazdów i skrzyżowań w planie (poziome), jest to czynność konserwacji wynikająca z Rozdziału VII § 37 ust. 4 pkt 5 (dokument oznaczony 0/3). Określenie

niezbędnego nakładu pracy „według potrzeb" jest niemożliwe na etapie składania ofert, ponieważ zależy to od wielu czynników omawianych wyżej.

W odpowiedzi na pytanie Odwołujący wyjaśnił, że można określić potrzeby na tzw. minimalnym bądź szacowanym poziomie, natomiast w przypadku przekroczenia tegoż poziomu czynności wykonawcy powinny być pełnopłatne. Wskazał, że takie rozwiązanie stosują inne podmioty. Jest to pierwsze postępowanie, gdzie roboty budowalne połączono z utrzymaniem. Dotychczas zakresy te były rozdzielane.

Pozostałe do rozpoznania:

1. zarzuty: pkt 2 częściowo oraz pkt 3:

2) częściowe utrzymanie zarzutu: naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób jednoznaczny określiłby warunki realizacji zamówienia oraz uwzględniałby wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i który umożliwiłby jednocześnie wykonawcom rzetelną wycenę wymaganych prac, w szczególności przez zaniechanie wskazania wymaganego zakresu robót budowlanych przy obiektach inżynieryjnych i przyjęcia, że zakres robót koniecznych do wykonania wykonawca ma ustalić samodzielnie po wykonaniu w ramach przedmiotu zamówienia określonych badań; przez nie określenie wymaganej jakości materiałów; przez niedookreślenie ilości obiektów i zakresu robót na obiektach inżynierskich objętych ochroną konserwatorską; czy przez nałożenie na wykonawcę świadczenia usług gwarancyjnych związanych z konserwacją obiektów i urządzeń w sytuacji, gdy na podstawie danych zawartych w SIWZ nie można ustalić zakresu wymaganych w tym zakresie prac i robót.

Zaniechania, o których mowa, prowadzą przy tym do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając wykonawcom złożenie w postępowaniu nieporównywalnych ofert. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza także przepis art. 353^1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, tj. zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, przerzucając na wykonawców wszelkie ryzyka związane z wykonaniem umowy, w szczególności zaś ryzyko zmiany wymaganego zakresu robót przy obiektach inżynierskich na skutek przeprowadzonych przez wykonawcę badań;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

- przez podtrzymane żądania:

2) wykreślenia opisu z załącznika nr 4 do SIWZ - Program funkcjonalno-użytkowy (PFU) Branża obiekty inżynieryjne, str. 13, 4. akapit od góry, o treści:

Podany niżej zakres dla każdego obiektu Wykonawca powinien traktować je jako zakres robót. Wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie wszelkich koniecznych badań i analiz potrzebnych do wykonania projektów spełniających wymagania techniczne podane w PFU;

5) usunięcia pkt 1.8 Załącznika nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzoru Karty Gwarancyjnej oraz odpowiednio pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) Pian utrzymania, tj. wykreślenie wymagań dotyczących uwzględnienia w ofercie kosztów tzw. „utrzymania".

Podtrzymane części uzasadnienia:

1. pkt 2.1 częściowo (Nieprecyzyjne określenie zakresu robót koniecznych do wykonania przy obiektach inżynieryjnych).

2. pkt 2.3 (Konserwacja i naprawy bieżące w okresie gwarancji).

Podtrzymane przez Odwołującego zarzuty, żądanie i odpowiadające im części

uzasadnienia stanowiły przedmiot rozprawy przeprowadzonej w dniu 14 maja 2019 r.

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu i specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), są roboty budowlane pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 pn. „Prace na odcinku linii kolejowej nr 98 Sucha Beskidzka

- Chabówka" realizowanego w ramach zadania: „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99 na odcinku Skawina - Sucha Beskidzka - Chabówka - Zakopane".

W opisie zamówienia Zamawiający wskazał: Zaprojektowanie i wykonanie robót na jednotorowych liniach kolejowych: 1) Linia kolejowa nr 97 Skawina - Żywiec od km 45,418 do km 47,184; 2) Unia kolejowa nr 98 Sucha Beskidzka - Chabówka od km -0,504 do km 32,996 oraz od km 33,858 do km 35,313; 3) Unia kolejowa nr 99 Chabówka - Zakopane od km -0, 334 do km 0,700

- z zakresu: Branży Torowej, Odwodnienia, Drogi i przejazdy kolejowe, Obiekty inżynieryjne, Obiektów Kubaturowych, Branży Sanitarnej, Branży Obiektów obsługi podróżnych i małej architektury, Sterowanie ruchem kolejowym, Sieci trakcyjnej, Unii potrzeb nietrakcyjnych, Elektroenergetyki do 1 Kv, Systemu telekomunikacji, Systemu transmisji danych, Branża geotechniczna, Ochrony środowiska, Usunięcia kolizji z infrastrukturą.

Całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie: 1) Dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia; 2) Wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w ppkt 1 powyżej oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wszystkich czynności wymaganych Prawem; 3) Przeprowadzenie oceny zgodności każdego podsystemu strukturalnego objętego zakresem zamówienia na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu).

(...)

Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III SIWZ (...).

W PFU w I części - opisowej, Zamawiający wskazał m.in. - Unia kolejowa nr 99 Chabówka - Zakopane od km -0,334 do km 0,700 prowadzona będzie w systemie „projekt i budowa" na podstawie Warunków ogólnych kontraktu FIDIC - „Warunków kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynieryjnych projektowanych przez Wykonawcę" COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko - polskie 2000, tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999, oraz Warunków szczególnych kontraktu określonych Umową.

W pkt 3.5.1 PFU Zamawiający zamieścił wymóg sporządzenie Planu utrzymania:

3.5.1 Plan utrzymania

Przed dokonaniem odbioru końcowego Robót i / lub odbioru Odcinka Wykonawca opracuje plan utrzymania oraz uzgodni go z Zamawiającym (reprezentowanym przez właściwy Zakład Unii Kolejowych). Dokument ma dotyczyć w szczególności przeglądów i konserwacji obiektów budowlanych i urządzeń (w tym urządzeń: systemu srk, telekomunikacji, kontroli dostępu, przeciwpożarowego, klimatyzacyjnych, służących ochronie środowiska, elektroenergetyki kolejowej oraz elementów odwodnienia). Dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń telekomunikacji plan utrzymania powinien być zgodny z obowiązującym Prawem, w szczególności z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej zwaną dalej „TSI Sterowanie" oraz zawierać parametry jakościowe dla zabudowanych urządzeń. Wykonawca powinien założyć, co najmniej: średni czas między usterkami MTBF (Mean Time Between Failure) > 13 500h. Dla pozostałych urządzeń i obiektów budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowych robót plan utrzymania powinien być zgodny z Prawem, wytycznymi, instrukcjami, zaleceniami, kartami gwarancyjnymi i innymi dokumentami dostawcy, producenta lub Wykonawcy. W przypadku rozbieżności pomiędzy ww. dokumentami Zamawiającemu przysługuje prawo wyboru sposobu utrzymania bez utraty praw wynikających z gwarancji jakościowej.

W pkt 3.7 PFU - Roboty budowlane, w pkt 4 wskazał: 4) Załącznik Nr 4- Obiekty inżynieryjne.

W załączniku nr 9 [do Tomu II SIWZ - Warunki umowy (WU)] pt. Wzór dokumentu gwarancyjnego, Dokument gwarancyjny (Gwarancja jakościowa), Zamawiający zamieścił opis: 1. Przedmiot i termin gwarancji, pkt 1.8. o treści: Świadczenia gwarancyjne obejmują w szczególności przeglądy i konserwacje obiektów budowlanych i urządzeń (w tym urządzeń: systemu srk, ERTMS/ETCS, telekomunikacji i dSAT, kontroli dostępu, przeciwpożarowych, klimatyzacyjnych, służących ochronie środowiska, elektroenergetyki kolejowej oraz elementów odwodnienia) wynikające z Planu utrzymania (Załącznik nr 1 do Dokumentu

Gwarancyjnego) oraz naprawy polegające na przywróceniu utraconych wartości technicznych i funkcjonalnych obiektów budowlanych i urządzeń powstałych na skutek wad. Powyższe nie dotyczy serwisowania urządzeń elektroenergetyki kolejowej.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje przeciwstawne stanowiska oraz złożyły dokumenty:

I. Odwołujący - przedstawione wyżej.

II. Zamawiający - załącznik nr 4 do SIWZ Tom III Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) - Branża Obiekty inżynieryjne, którego dotyczy odwołanie, z naniesionymi w dokumencie zmianami SIWZ, dokonanymi w dniu 10 maja 2019 r. Oświadczył, że nie kwestionuje dokumentów złożonych przez Odwołującego jako dowodów w sprawie, gdyż stanowią one dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia i z tych dokumentów wynika szczegółowy i precyzyjny opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła

Interes w uzyskaniu zamówienia powiązany z ewentualnością poniesienia szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i wykazaniem związku przyczyno-skutkowego między naruszeniem przepisów i ewentualnym doznaniem szkody, w rozumieniu art. 179 ust. 1, w przypadku kwestionowania postanowień SIWZ/Ogłoszenia o zamówieniu, jest oceniany w kontekście spełniania przesłanek przez wykonawcę, któremu naruszenie przepisów ustawy uniemożliwia złożenie oferty, czy to samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami. Przepis ten nie stanowi uprawnień do kwestionowania postanowień SIWZ w interesie publicznym (z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11), czy też w imię ocenianego przez Odwołującego, interesu Zamawiającego.

Legitymacja czynna do wniesienia odwołania w szerokim rozumieniu uprawnienia, nie zwalnia wykonawcy od wykazania ustawowych przesłanek.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania kwestionującego postanowienia SIWZ/Ogłoszenia o zamówieniu, którego skutek pozostaje uzależniony od postępowania dowodowego (zasada kontradyktoryjności w postępowaniu odwoławczym - art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, że w ramach oceny czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, związana jest zarzutami zawartymi w odwołaniu (art. art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), zaś orzeka o przedstawionych w odwołaniu żądaniach (§ 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092, z późn. zm.) - Orzeczenie zawiera: 4) w przypadku wyroku rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego albo odwołujących lub rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy).

W odwołaniu, którego przedmiotem są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znaczenie mają żądania odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji, bowiem to one wyznaczają zakres dokonywanego rozstrzygnięcia w sprawie. Ocena zarzutów podniesionych w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje opisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zarzuty wyartykułowane przez Odwołującego są rozpoznawane łącznie ze sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi (wyroki Izby: z 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1019/12; z 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 695/17; z 6 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17).

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w granicach przedstawionych w nim zarzutów

w kontekście żądań Odwołującego - podtrzymanych w postępowaniu odwoławczym, mając na uwadze, że konstruowanie postanowień SIWZ stanowi obowiązek i uprawnienie zamawiającego i zgodnie z doktryną oraz orzecznictwem domeny tej nie wyłącza żądanie wykonawców, również nie służy organom oceniającym czynności zamawiającego, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie ważnej umowy z wykonawcą, który wykona przedmiot zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego co do możliwości wyboru najbardziej optymalnego sposobu wykonania zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj" polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu

robót budowlanych, stosowanej w sytuacji, gdy Zamawiający nie dysponuje szczegółowymi koncepcjami odnoszącymi się do inwestycji, w przeciwieństwie do realizacji inwestycji w systemie tradycyjnym.

Częściowo podtrzymany zarzut wskazujący naruszenia przepisów:

- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowiących o opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,

- w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowiących o opisaniu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne,

- w zw. z regulacją wynikającą z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129), gdzie wskazano, że program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych

- w istocie dotyczył wymagania zrealizowania koniecznych robót, po wykonaniu w ramach przedmiotu zamówienia badań. Odwołujący nie zamieścił skonkretyzowanej argumentacji na potwierdzenie naruszenia przepisów art. 31 ust. 1 i 2 w zw. z przedstawioną wyżej treścią § 15 rozporządzenia w sprawie PFU.

Uzasadnienie zarzutu przedstawione w pkt 2.1. uzasadnienia odwołania kwestionuje jako niewystarczający opis przez wskazanie wyłącznie minimalnego zakresu robót. Określenie „minimalny zakres robót" zostało wykreślone przez Zamawiającego w toku zmiany postanowień SIWZ w dniu 10 maja 2019 r.

Odnośnie do podnoszonej niemożliwości ustalenia zakresu koniecznych do wykonania robót na etapie składania ofert ze względu na konieczność przeprowadzania badań, prowadzącej do konkluzji, że oferty nie będą porównywalne, co będzie stanowiło problem w ich ocenie

- Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie i poparte na rozprawie argumentacją niepodważoną przez Odwołującego, że: skoro Zamawiający w ramach postępowania zakłada zlecenie Wykonawcy wykonania badań materiałowych obiektów, to przed pracami, nie jest możliwe wskazanie zamkniętego, pełnego zakresu robót.

Izba podzieliła stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1651/17 „Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty, spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia." (w wyroku z dnia 26 października 2017 r., sygn. akt KIO 2124/17).

Połączenie robót budowlanych z utrzymaniem wybudowanych obiektów i urządzeń w okresie gwarancji na podstawie Planu utrzymania, a więc zarówno sporządzenie Planu jak i utrzymanie przewidziane jako zakres gwarancji, należący do obowiązków wykonawcy, któremu zostanie powierzone wykonanie przedmiotu zamówienia - w ocenie Izby - nie narusza wskazanych w odwołaniu w części rozpoznanej na rozprawie, przepisów ustawy Pzp i ustawy Prawo budowlane. Jest niezależne od faktu czy Zamawiający stosował uprzednio taką formułę i czy konkretny wykonawca jest gotów na przystąpienie do takiego postępowania o udzielenie zamówienia.

Żądania zamieszczone w pkt 2 i 5 żądań Odwołującego przedstawionych w odwołaniu jako skutek częściowego zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z § 15 rozporządzenia (...):

2) wykreślenie z PFU - branża obiekty inżynieryjne - opisów, zgodnie z którymi obowiązkiem wykonawcy jest weryfikacja podanego przez Zmawiającego zakresu robót i wprowadzenia

zmian w przypadku, gdy wykonawca uzna, że zakres robót dla danego obiektu może być niewystarczający do osiągnięcia podanych przez Zamawiającego warunków projektowania jak i opisów wskazujących, że ryzykiem wykonawcy jest - ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego, przy czym konsekwencją tej zmiany powinno być i wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, która w sposób jednoznaczny zezwalałby odpowiednio na zmianę umowy w sytuacji, gdy w wyniku przeprowadzonych badań zaistnieje konieczność zmiany zakresu powierzonych wykonawcy robót budowlanych (dopuszczenie możliwości zmiany zakresu zleconych robót, sposobu ich wykonania oraz ceny),

- skonkretyzowany na rozprawie do treści:

2) wykreślenie opisu z załącznika nr 4 do SIWZ - Program funkcjonalno-użytkowy (PFU) Branża obiekty inżynieryjne, str. 13, 4. akapit od góry, o treści:

Podany niżej zakres dla każdego obiektu Wykonawca powinien traktować je jako zakres robót. Wykonawca powinien uwzględnić w ofercie ryzyko związane ze zmianą koniecznego zakresu robót dla osiągnięcia założeń projektowych, w wyniku szczegółowych analiz i badań właściwych dla etapów projektu budowlanego i wykonawczego procesu inwestycyjnego. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w ofercie wszelkich koniecznych badań i analiz potrzebnych do wykonania projektów spełniających wymagania techniczne podane w PFU

- nie znajduje podstaw do uwzględnienia wobec przyjętej przez Zamawiającego formuły realizacji przedmiotu zamówienia oraz jego zakresu (zaprojektuj i wybuduj),
podobnie żądanie

5) usunięcia pkt 1.8 Załącznika nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzoru Karty Gwarancyjnej oraz odpowiednio pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) Plan utrzymania, tj. wykreślenie wymagań dotyczących uwzględnienia w ofercie kosztów tzw. „utrzymania".

Oceniając opis zamieszczony w załączniku nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzór

Karty Gwarancyjnej - pkt 1.8, w którym Zamawiający wskazał, że świadczenia gwarancyjne obejmują w szczególności przeglądy i konserwacje obiektów budowlanych i urządzeń (w tym

urządzeń: systemu srk, ERTMS/ETCS, telekomunikacji i dSAT, kontroli dostępu, przeciwpożarowych, klimatyzacyjnych, służących ochronie środowiska, elektroenergetyki kolejowej oraz elementów odwodnienia) wynikające z Planu utrzymania (Załącznik nr I do Dokumentu Gwarancyjnego) oraz naprawy polegające na przywróceniu utraconych wartości technicznych i funkcjonalnych obiektów budowlanych i urządzeń powstałych na skutek wad

oraz wymagania odnośnie do:

Planu utrzymania - pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) - wskazującego obowiązek opracowania planu utrzymania (i uzgodnienia z Zamawiającym), dotyczącego w szczególności przeglądów i konserwacji obiektów budowlanych i wymienionych urządzeń, z zastrzeżeniem, że dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń telekomunikacji plan utrzymania powinien być zgodny z obowiązującymi Prawem, w szczególności z Rozporządzeniem Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej zwaną dalej „TSI Sterowanie" oraz zawierać parametry jakościowe dla zabudowanych urządzeń. Wykonawca powinien założyć, co najmniej: średni czas między usterkami MTBF (Mean Time Between Failure) >13 500h. Dla pozostałych urządzeń i obiektów budowlanych wchodzących w zakres przedmiotowych robót plan utrzymania powinien być zgodny z Prawem, wytycznymi, instrukcjami, zaleceniami, kartami gwarancyjnymi i innymi dokumentami dostawcy, producenta lub Wykonawcy

- trudno uznać w świetle powyższego, że Zamawiający na tym etapie dysponuje szerszą wiedzą niż wykonawca na temat utrzymania wybudowanych przez siebie obiektów i dostarczonych urządzeń.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że jako gospodarz postępowania ma prawo kształtowania wymogów postępowania w sposób odpowiadający przedmiotowi zamówienia. Wykonawca natomiast jako podmiot profesjonalny, który zobowiązany będzie do dostarczenia odpowiednich urządzeń dysponuje najszerszą wiedzą z zakresu częstotliwości napraw dostarczanego sprzętu.

Formuła „projektuj i buduj" pozostawia wykonawcy pewną swobodę w zakresie doboru, konfiguracji oraz planowanych do zastosowania typów urządzeń i budowli, które nie są znane

Zamawiającemu na etapie opracowania dokumentacji przetargowej zamówienia. Zamawiający nie znając konfiguracji i typów urządzeń i budowli obiektów - których dotyczy utrzymanie - jakie będą miały docelowo zastosowanie zakłada, że opracowanie Planu Utrzymania będzie możliwe dopiero na końcowym etapie wykonania robót. Wykonawca natomiast na etapie opracowania oferty musi przyjąć w wycenie ilość, rodzaj i typ urządzeń i budowli jakie mają mieć zastosowanie, a tym samym jest w stanie oszacować koszty usług gwarancyjnych, polegających m.in. na bieżącej konserwacji urządzeń. W przypadku urządzeń sterowania ruchem kolejowym, zakres i częstotliwość wykonywania czynności jest określony w tzw. dokumentacji techniczno-ruchowej opracowanej dla danego typu urządzeń i nie jest zależny od intensywności wykorzystywania linii a od czasu jego użytkowania. Podkreślenia wymaga także, że podstawowym założeniem dla określenia zakresu robót jest osiągnięcie wymaganej nośności 221kN/oś oraz podniesienie trwałości obiektów przez wykonanie robót budowlanych.

Wobec przyjętej formuły wykonania zamówienia, na wykonawcy ciąży obowiązek kompleksowej realizacji świadczenia.

Trafnie zostało przywołane orzecznictwo Izby, podzielone przez skład orzekający w rozpoznawanej sprawie, dotyczące:

- formuły "zaprojektuj i wbuduj", która obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią "z góry" przewidzieć jakie koszty będą związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Z formułą "zaprojektuj i wybuduj" związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy jakie rozwiązania techniczne przyjmie dany wykonawca (...) - (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2018 r. KIO 2225/18, KIO 2241/18);

- wystąpienia trudności związanych z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia, a także z przyjęciem i oszacowaniem ryzyka, jako, że oferta wykonawcy nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym (wykonywanie zamówienia w formule "zaprojektuj i wybuduj"). W tej sytuacji ryzyko, jakie wnika ze braku pełnych danych od Zamawiającego powoduje, że kalkulowanie ceny za wykonanie zamówienia musi obejmować także wkalkulowanie w cenę możliwości wystąpienie ryzyka wykonania dodatkowych robót. Formuła zaprojektuj i wybuduj wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU

- siłą rzeczy zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2018 KIO 128/18);

- przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego - co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych

(w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wnikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2018 r. KIO 2068/18).

Dokumenty złożone przez Odwołującego, zaliczone jako dowody w sprawie:

- Załącznik do zarządzenia nr 14/2005 Zarządu PKP PLK S.A. z 18 maja 2005 r. pt. „Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych" wskazujący Rozdział I - Postanowienia ogólne, Rozdział V - Diagnostyka nawierzchni i Rozdział VII - Warunki wykonywania robót torowych - oznaczone w protokole z posiedzenia i rozprawy numerami: „O/1, O/2, 0/3", stanowią dokumenty wewnętrzne Zamawiającego szczegółowo opisujące wskazane w nich zakresy, pomocne przy sporządzaniu oferty oraz

Wyciągi z dokumentów:

- „Instrukcja utrzymania i eksploatacji rozjazdów kolejowych, skrzyżowań i urządzeń torowych IE-K-10/COGIFER/01" - vossloh COGIFER;

- „Instrukcja Montażu i Konsekracji IM-KT/HT-25" - ...zamknięcia nastawczego typu SZS (samoregulujące zamknięcie suwakowe zwrotnicy);

- „Instrukcja technologiczna” - KolTram;

- „Odwodnienie liniowe - Przykładowe instrukcje zabudowy” - ACO - oznaczone w protokole z posiedzenie rozprawy numerem „0/4”

- to dokumenty producentów/ dostawców, których urządzenia mogą być zastosowane w toku realizacji robót.

Dowody te, obok ich przydatności dla wykonawców w toku sporządzania ofert, nie potwierdzają zasadności zarzutów i żądań Odwołującego rozpoznanych na rozprawie, niezbędnej do uwzględnienia odwołania.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, dokumenty i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, Izba nie stwierdziła, na podstawie stanu rzeczy ustalonego w postępowaniu (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp), wystąpienia przesłanek do nakazania Zamawiającemu, prowadzącemu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w formule zaprojektuj i wybuduj, zważywszy na charakter formuły:

2) wykreślenia opisu z załącznika nr 4 do SIWZ - Program funkcjonalno-użytkowy (PFU) Branża obiekty inżynieryjne, str. 13, 4. akapit od góry,

5) usunięcia pkt 1.8 Załącznika nr 9 do Warunków Szczególnych - Wzoru Karty Gwarancyjnej oraz odpowiednio pkt 3.5.1 PFU (ogólnego) Plan utrzymania, tj. wykreślenie wymagań dotyczących uwzględnienia w ofercie kosztów tzw. „utrzymania”.

Wykreślenie wskazanych opisów burzy koncepcję przyjętą przez Zamawiającego, co do której nie wykazano niezgodności z przepisami prawnymi przedstawionymi w odwołaniu:

- art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z pozostałymi przepisami wskazanymi w pkt 2 zarzutów odwołania, także przepis

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości)

- którego naruszenie jako zasady, jest konsekwencją naruszenia przepisów szczególnych.

W postępowaniu odwoławczym nie uczestniczyli inni wykonawcy.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na mocy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:.....