sygn. akt: **KIO 897/21**

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2021 r. przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Unie Kolejowe S.A.,**
ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa,
przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17; 00-203 Warszawa,**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o. o., ul. Ślężna 104/1; 53-111 Wrocław,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego oraz zarzutów wycofanych przez odwołującego, w pozostałym zakresie oddala odwołanie**.
2. Kosztami postępowania obciąża **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Związku Ogólnopolskich Projektantów i Inżynierów, ul. Bobrowiecka 8; 00-728 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Unie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa** kwotę 1 101,87 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc sto jeden złotych, osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wydatkami jednego pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

sygn. akt: **KIO 897/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Unie Kolejowe S.A.prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, dla zadania „*Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E30 i E65) na obszarze Śląska na odcinku Katowice - Gliwice - opracowanie studium wykonalności w ramach projektu pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów.*".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 marca 2021 r., pod nr 2021/S 050-126796.

Dnia 22 marca 2020 roku, Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżając następujące czynności podjęte lub zaniechane przez zamawiającego w toku postępowania:

a)sformułowanie istotnych warunków umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej zamawiającego,

b)zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytej wyceny przedmiotu zamówienia i złożenia porównywalnych ofert oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Precyzując zakres czynności podlegających zaskarżeniu odwołujący wskazał w załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, która stanowi integralną część odwołania, postanowienia SWZ, których sformułowanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i proporcjonalności oraz równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.naruszenie art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 456 ust. 1 i 3 w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 11 nPzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w Tabeli nr 1 do odwołania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, co narusza równowagę stron, w tym równowagę ekonomiczną oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia,

2.naruszenie art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20) w zw. z art. 8 ust. 1 nPzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie istotnych postanowień umowy wskazanych w Tabeli nr 1 w sposób, który powoduje nieuzasadnione potrzebami zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ w sposób opisany w załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, stanowiącym integralną część odwołania,

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania jako załączniki od nr 5 do nr 18 celem wykazania faktów wskazanych w załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, stanowiącym integralną część odwołania,

3)przekazanie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SWZ, dokonanej zmiany oraz nakazanie zamieszczenia SWZ na stronie internetowej, na której SWZ jest zamieszczona,

4)nakazanie zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach,

5)dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SWZ w zakresie terminu składania ofert,

6)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że uprawniony jest do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 nPzp, gdyż jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15) nPzp, a przedmiotem odwołania są zarzuty skierowane wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, stanowiących dokumentację postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, iż jako organizacja pracodawców zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych i infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Ideą zawiązania organizacji (ZOPI) oraz aktualnym zasadniczym statutowym celem jej działania jest ochrona praw i reprezentowanie interesów jej członków, w tym podejmowanie działań w kierunku przestrzegania przepisów i zasad Pzp, wypracowanie, a co najmniej przyczynienie się do przestrzegania dobrych obyczajów, zasad etyki zawodowej, uczciwej konkurencji na płaszczyźnie ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego do realizacji oraz w sferze jego realizacji. ZOPI jako związek profesjonalistów zdolnych do wykonania zamówienia i zainteresowanych ubieganiem się o jego udzielenie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, jest zainteresowany przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w sposób zgodny z Pzp. Na skutek naruszenia przez zamawiającego reguł rynku Pzp, wykonawcy zainteresowani realizacją zamówienia narażeni są na szkodę. Warunki udzielenia zamówienia, kryteria oceny ofert jak i warunki realizacji zamówienia ustalone w SWZ kształtują odpowiedzialność przyszłego wykonawcy, podział ryzyk pomiędzy stronami przyszłej umowy na realizację zamówienia, co uzasadnia interes ZOPI w złożeniu odwołania, celem doprowadzenia do zmian w ww. zakresie w sposób gwarantujący udzielnie zamówienia zgodnie z literą prawa.

W opinii odwołującego, zmiana SWZ w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mająca na celu ustalenie kryteriów oceny ofert oraz warunków realizacji zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 2 nPzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania. Zachowanie aktualnej treści SWZ stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą Pzp, którego głównym i nadrzędnym celem jest umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Nie ulega wątpliwości, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególny wymóg sporządzenia SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz - w przyszłości - niezakłóconej realizacji zamówienia. W szczególności ustawodawca zobowiązał zamawiających w treści art. 99 ust. 1 i 4 Pzp do konstruowania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastosowanie powyższej reguły ma również na celu zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Warto zwrócić uwagę na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06), który wskazał, iż z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (obecnie 99 ust. 1 nPzp) wynika, że „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo (...)".

Podkreślenia wymaga również fakt, iż - jakkolwiek pozycja zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany - to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz - w dalszej kolejności umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący podkreśla, iż jest świadomy, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne - w ocenie wykonawców - postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z art. 16 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i pkt 20) Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kodeksu cywilnego czy naruszające art. 16 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp. Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty.

Celem odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb zamawiającego. Celem odwołującego jest by postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia, co daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem zamówienia i w konsekwencji

uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych
w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym 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 Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna
z art. 5 Kodeksu cywilnego.

W kontekście podnoszonych w tym zakresie zarzutów należy wyraźnie zaakcentować,
że przedmiotowe postępowanie dotyczy wykonania dokumentacji projektowej, a zatem jest to postępowanie, które ze swojej natury z uwagi na jego przedmiot narażone jest na trudność w zakresie precyzyjnego opisania oczekiwań zamawiającego. Powyższe nie zwalnia jednak zamawiającego ze stosowania przepisów i zasad Pzp, ale wręcz przeciwnie - powinno stanowić argument dla wzmożonej staranności, aby treść ostatecznie ukształtowanego stosunku prawnego nie generowała niepotrzebnych ryzyk po stronie wykonawcy. To na zamawiającym ciąży więc przygotowanie i przekazanie wykonawcom takich informacji, które w sposób szczegółowy określą zakres prac do oszacowania przez wykonawcę.

W ramach przedmiotowego postępowania zamawiający nie przekazuje wykonawcom wszelkich niezbędnych informacji dla potrzeb wyceny poszczególnych elementów, jak również opisuje obowiązki wykonawców w sposób nieprecyzyjny, poszerzający skalę ryzyk związanych z postępowaniem, nie zapewniając jednocześnie mechanizmów, które pozwoliłby na minimalizowanie ryzyk i wdrażając mechanizmy zabezpieczające wyłącznie jego interesy.

Odwołujący wskazuje, iż względem wszystkich zamieszczonych w Tabeli nr 1 postanowień Umowy kieruje zarzuty naruszenia art. 16 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i pkt 20) Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 16 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4) i pkt 20) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego - tak co do kwestionowanych postanowień czytanych łącznie, które kształtują pozycję zamawiającego jako strony stosunku zobowiązaniowego jako znacznie korzystniejszą (w sposób nieuzasadniony), jak i co do każdego z postanowień indywidualnie naruszającego wskazane normy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzuty odwołania w części.

Odwołujący na rozprawie wycofał część zarzutów postawionych w odwołaniu.

W zakresie uwzględnionych przez zamawiającego części zarzutów odwołania, sprzeciwu nie wniesiono.

Na rozprawę Izba skierowała tylko te zarzuty, które zostały podtrzymane przez odwołującego.

<u>Izba ustaliła i zważyła, co następuje.</u>

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 nPzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podtrzymanych przez odwołującego zarzutów, odwołujący wskazał,
co następuje.

I. Odwołujący wniósł o dodanie w § 11 ust. 9 w brzmieniu: „*9. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:*

1.w przypadku rozwiązania Umowy / odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 30 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy, z wyjątkiem odstąpienia od Umowy na podstawie §12 ust. 6,

2.*w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków Zamawiającego w procedurze odbioru prac - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany etap, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w punkcie 6.5 OPZ.*”,

argumentując, iż zamawiający zastrzegł dla siebie prawo obciążania wykonawcy szeregiem kar umownych - § 11 ust. 1 wymienia 10 punktów, przy czym punkt 6) dotyczy możliwości karania za każdorazowe naruszenie postanowień umownych zawartych w § 13, 15, 16, 17 i 18 Umowy. Powoduje to, że w istocie przypadków uprawniających zamawiającego do karania jest znacznie więcej niż 10. Kary mogą być naliczane niezależnie od siebie, a odpowiedzialność odszkodowawcza wykonawcy na zasadach ogólnych nie została w żaden sposób ograniczona (§ 11 ust. 2 i 4). Wykonawca natomiast nie został uprawniony do naliczenia żadnej kary umownej, nawet w przypadku odstąpienia zamawiającego czy wykonawcy od Umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, czy w sytuacji, gdy zamawiający nie dotrzymuje terminów określonych w procedurze odbioru, co przecież ma bezpośrednie przełożenie na możliwość wystawienia faktury VAT
i otrzymania wynagrodzenia za prace. Dopiero protokół odbioru stanowi podstawę wystawienia przez wykonawcę faktury VAT.

Powyższe oznacza więc, że w praktyce, w sytuacji przedłużającej się procedury odbioru
z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w tym w sytuacji odmowy odbioru do czasu przedstawienia dokumentacji w stanie bez żadnych Wad / usterek / zastrzeżeń (do czego zamawiający jest w pełni uprawniony), wykonawca może nie tylko tygodniami nie otrzymywać wynagrodzenia, ale też nie dysponuje żadnymi narzędziami umownymi dyscyplinującymi zamawiającego.

W ocenie odwołującego, tego rodzaju postępowanie zamawiającego świadczy o rażącym wykorzystaniu przez zamawiającego jego dominującej pozycji i braku równowagi kontraktowej stron, co potwierdził wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2021 r., KIO 3439/20.

II. Odwołujący wniósł o zmianę wzoru umowy w zakresie § 12 ust. 5 żądając nadania mu następującego brzmienia: „5. W przypadku, gdy prace objęte przedmiotem Umowy zostaną złożone do Zamawiającego przed dniem zaistnienia okoliczności określonych w niniejszym paragrafie, a nie zostaną jeszcze odebrane przez Zamawiającego, Zamawiający **dokona niezwłocznie odbioru tych prac**. ~~ma prawo odmówić dokonania odbioru prac. W przypadku dokonanie odbioru proc w sytuacji określonej niniejszym ustępem~~, Wykonawca ma prawo do wynagrodzenia w kwocie odpowiadającej wynagrodzeniu za te prace **na zasadach określonych w ust. 3-4 powyżej**.”.

Argumentując powyższe żądanie, odwołujący wskazał, iż rażącym nadużyciem prawa zamawiającego do ukształtowania warunków Umowy jest postanowienie, które uprawnia zamawiającego do nieprzyjęcia prac wykonanych i przedłożonych zamawiającemu przed zaistnieniem okoliczności uprawniających zamawiającego do odstąpienia od Umowy. Zamawiający wskazuje, że w takim wypadku „ma prawo odmówić dokonania odbioru prac”. Zamawiający nie dookreśla żadnych przyczyn, które miałyby uzasadniać taką decyzję.

Powyższy zapis wprowadza zatem dowolność, uznaniowość zamawiającego w kwestii tego, czy odbierze, a w konsekwencji zapłaci wykonawcy za wykonaną pracę tylko z tej przyczyny, że już po wykonaniu i przedłożeniu tych prac zamawiającemu, zaistniały przyczyny uprawniające do odstąpienia od Umowy. Zamawiający w istocie zatem karze wykonawcę wstecznie. Trzeba zaznaczyć, że nie można wykluczyć sytuacji, gdy wykonawca wykona należycie cały etap, który nie został jeszcze odebrany, a zamawiający powołując się na zaskarżone postanowienie stwierdzi - nie podając żadnej przyczyny ani uzasadnienia swojej decyzji - że nie odbiera tego etapu. W takim wypadku, wykonawca zostanie pozbawiony wynagrodzenia za wykonane prace (wykonywane - jak wynika z Harmonogramu - np. przez 2 miesiące), zaś zwrócona nieodebrana dokumentacja będzie dla niego nieprzydatna. Okoliczność odstąpienia od Umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie uzasadnia odmowy odbioru wykonanych już prac i pozbawienia wykonawcy prawa do wynagrodzenia za te prace, tym bardziej, że mowa jest o pracach wykonanych przed zaistnieniem podstaw do odstąpienia. Co należy podkreślić, art. 456 ust. 3 nPzp wskazuje, że np. w przypadku, gdy zamawiający odstępuje od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o zaistnieniu istotnej zmiany okoliczności powodującej,
że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć
w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić podstawowemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu (przypadek określony przez zamawiającego w § 12 ust. 6 Umowy), wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Przepis wskazuje zatem wprost, że wykonana część umowy jest wynagradzana, co potwierdza także doktryna. Zmiana przedmiotowego postanowienia w sposób zaproponowany przez odwołującego umożliwi zatem wykonawcom racjonalną ocenę ryzyka i wycenę oferty. Postanowienie
w obecnym brzmieniu w istocie uniemożliwia wykonawcom dokonanie takiej oceny z uwagi na tak znamienne ryzyko jak możliwość niedokonania odbioru wykonanych prac i zapłaty za te prace.

III. Odwołujący wniósł o wprowadzenie w § 23 pkt 7 i 9 (a, b, c) umowy postanowień dotyczących zmiany terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia.

Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut w zakresie terminu, natomiast nie dokonał modyfikacji umowy w zakresie wynagrodzenia.

Argumentując powyższy zarzut odwołujący wskazał, iż zamawiający nie dopuścił możliwości zmiany wynagrodzenia w takich przypadkach, podczas gdy wykonawca jest przecież zobowiązany wykazać, że poniósł dodatkowe koszty, a ostateczna decyzja
w zakresie zmiany i tak należy do zamawiającego. Równowaga stron nie jest zatem zachowana w sytuacji, gdy wykonawcy nie przyznano nawet możliwości uzyskania wyższego wynagrodzenia, rekompensującego mu koszty ponoszone z uwagi na wydłużenie - bliżej nieokreślone - terminu realizacji Umowy czy Etapu. W istocie zatem zamawiający odbiera wykonawcy możliwość racjonalnej wyceny oferty, gdyż wykonawca właściwie jest zobowiązany do uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych. Już na etapie składania oferty wykonawca powinien oszacować koszty związane
z ewentualnym przedłużeniem terminu realizacji Umowy we wszelkich możliwych sytuacjach i ująć je w cenie oferty. Takie działanie może skutkować nieporównywalnością ofert, jako
że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi
o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1951/18).

IV. Odwołujący wniósł o zmianę pkt 3.6.2 OPZ, poprzez modyfikację jej postanowienia
w następujący sposób „Po zidentyfikowaniu wszelkich uwarunkowań/wymagań oraz zinwentaryzowaniu i przeanalizowaniu istniejącego stanu technicznego linii, Wykonawca zdefiniuje w Etapie II~~co najmniej~~ **nie więcej niż** 4 warianty inwestycyjne, w tym co najmniej po jednym z każdej spośród następujących grup wariantów (zastrzeżeniem zapisu w pkt. 3.6):

(...)

Zdefiniowane warianty powinny posiadać podwarianty, **przy czym maksymalna sumaryczna dla wszystkich wariantów liczba podwariantów wynosi 2, zaś podwarianty będą polegały** ~~polegają~~ na częściowym zróżnicowaniu zakresu prac, w ramach danego wariantu, w ujęciu: (...)”.

Argumentując powyższy zarzut odwołujący wskazał, że zamawiający oczekuje,
iż wykonawca przejmie na siebie ryzyko związane z - bliżej nieokreśloną - potrzebą zamawiającego otrzymania nieznanej liczby wariantów inwestycyjnych. Zamawiający wskazuje, że tych wariantów ma być co najmniej 4, zaś dalsza lektura przedmiotowego punktu 3.6.2 wskazuje, że zdefiniowane warianty powinny posiadać podwarianty, polegające na częściowym zróżnicowaniu zakresu prac, w ramach danego wariantu. Ani liczba wariantów, ani liczba podwariantów nie została ograniczona. Brak jest również zapisu
w SWZ, że przekroczenie jakiejś liczby wariantów / podwariantów uprawnia wykonawcę do uzyskania większego wynagrodzenia.

Z powyższego wynika zatem, że ostateczna liczba wariantów / podwariantów wymagana przez zamawiającego nie jest wykonawcy znana na etapie składania ofert. Powoduje to,
że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo wycenić oferty, jak również nie jest w stanie ocenić innych ryzyk związanych z wykonaniem nieznanej liczby wariantów (m. in. prawidłowo określić terminu wykonania, ceny badań geologicznych,

itp.). Wskazane postanowienia kształtują pozycję zamawiającego w sposób nieproporcjonalny względem wykonawcy oraz wprowadzają obowiązki, które nie są możliwe do oszacowania na etapie złożenia oferty. Działanie zamawiającego zniechęca wykonawców do uczestnictwa postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty.

V. Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 4.4.3.2. OPZ, akapit 1, przez zamieszczenie w załączniku nr 12 dodatkowych treści, cyt.: „Skrótowe opisy modeli przedstawione w Załączniku nr 12 i 14 zawierają informacje dotyczące:

1)kompletnych procedur obliczeniowych oraz wszystkich plików powiązanych, niezbędnych do jego działania (m.in. z filtrami, skryptami, macierzami itp.),
2)stosowanych zmiennych,
3)założeń do modeli generowania potoków oraz podziału międzygałęziowego,
4)wymagań w zakresie modułu komunikacji publicznej umożliwiającego zapisywanie przebiegów relacji dla linii kolejowych w formie rozkładu jazdy,
5)możliwości uzyskiwania części modelu sieciowego wyciętego w korytarzu oddziaływania analizowanej linii,
6)wymagań w zakresie standardu wyników z modelu, standardowych formatów tabel wyjściowych, ich dostosowania do wymagań Niebieskiej księgi w zakresie formatu tabel wyjściowych,
7)zawartości w modelu danych SOLK za ostatnie 3 lata,
8)modelu prognozowania umieszczonym w modelu i zakresie danych w modelu wymaganych do uruchomienia modelu prognostycznego (istniejących i prognozowanych).”.

VI. Odwołujący, w zakresie załączników do OPZ wniósł o dodanie załącznika nr 14 w treści: „Załącznik nr 14 - Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER) dla badań geotechnicznych oraz dokumentacji geologicznej. Treść TER - załącznik nr 1 do Tabeli”.

Argumentując odwołujący wskazał, iż postuluje, aby załącznikiem do OPZ (a w konsekwencji także do IDW i do Umowy) była Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER), czyli wykaz elementów rozliczeniowych z cenami jednostkowymi dla badań geotechnicznych oraz dokumentacji geologicznej. TER, w której zamawiający określi ilości badań, sondowań, wierceń itp. potrzebnych do wykonania zamówienia pozwoli wykonawcom na wskazanie cen jednostkowych, które następnie posłużą do rozliczenia rzeczywiście wykonanej ilości prac, zgodnie z przyjętą w TER jednostką obmiarową wykonanej pracy.

Zamawiający przyjął, że wykonawcy mają określić w ryczałcie cenę za badania geotechniczne oraz dokumentację geologiczną, podczas gdy nie jest znana zakładana ilość tych prac, co będzie skutkowało tym, że wykonawcy w bardzo różny sposób wycenią tę część zamówienia. Nierzadko w takich przypadkach ceny różnią się o kilkadziesiąt procent, a nawet więcej. TER jest niezbędny w niniejszym postępowaniu. Ze względu bowiem na fakt, iż linia przebiega przez tereny potencjalnie skomplikowane geologicznie (m.in. ze względu na szkody górnicze, które występują na tym terenie), wykonawca nie jest w stanie dokładnie określić wymaganej ilości badań potrzebnej dla prawidłowego określenia warunków gruntowo-wodnych. W celu należytego skalkulowania ceny oferty informacje dotyczące zakładanej ilości badań itd. są niezbędne już na etapie przygotowania ofert, ze względu na przyjęty przez zamawiającego w postępowaniu, sposób wyceny oferty (ryczałt), a także w konsekwencji - sposób rozliczenia wykonanych prac. Istotny jest również fakt, że zamawiający nie określił maksymalnej liczby wariantów i podwariantów linii. Analiza OPZ wskazuje, że zamawiający w odniesieniu do badań geotechnicznych oraz dokumentacji geologicznej, opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do wskazania konieczności wykonania szeregu prac dla bliżej nieokreślonej liczby wariantów linii.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela argumentację zamawiającego, uznając ją za własną [za wyrokiem SO w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (…)”.*].

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający oświadczył, iż nie uznaje zarzutów dotyczących §11, co do proponowanej treści kar umownych. W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż odwołujący nie podał przepisu prawa, który został naruszony postanowieniami umowy. Z całą pewnością nie wyraża się to w art. 16 nPzp, ponieważ wszyscy wykonawcy mają takie same warunki, a nadto postanowienia umowne w tym zakresie są przejrzyste i proporcjonalne, a przede wszystkim odpowiadają charakterowi umowy. Postanowienia dotyczące kar umownych w żaden sposób nie naruszają kodeksu cywilnego, a w szczególności odwołujący nie wykazał, aby treść lub cel stosunku prawnego sprzeciwiały się naturze stosunku, ustawie czy zasadom współżycia społecznego.

Kwestie kar umownych *expressis verbis* zostały uregulowane w przepisach Pzp, co oznacza, że odwołujący błędnie przytoczył zarówno art. 8 nPzp jak i art. 353^1 k.c., ponieważ przepisy kodeksu cywilnego stosuje się tylko wtedy, jeżeli przepisy nPzp, nie stanowią inaczej. Tymczasem sama ustawa nPzp w art. 433 oraz 436 reguluje kwestię obowiązków zamawiającego dotyczących zapisów umownych o karach. W szczególności art. 433 nPzp stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1)odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia,
2)naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
3)odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający,
4)możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Odwołujący nie sformułował żadnego zarzutu w przedmiotowym zakresie, co oznacza, że zamawiający nie naruszył postanowień przepisów Pzp. Nadto w art. 436 nPzp, wskazuje się, że Umowa ma zawierać postanowienia dotyczące w szczególności: (...) łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, którą mogą dochodzić strony. *A contrario* skoro ustawa nie narzuca innych obowiązkowych elementów dotyczących kar umownych należy rozumieć, iż zamawiający nie ma obowiązku ich wprowadzania.

Odnosząc się natomiast do przedstawionego zarzutu jest on chybiony i nieprawdziwy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę od odmienności obowiązków wykonawcy

i zamawiającego przewidzianych umową. Przecież to wykonawca ma ją zrealizować i wykonać, a zatem z samego charakteru świadczenia wynika, że katalog kar umownych powinien być szerszy niż zamawiającego, który usługę ma odebrać i za nią zapłacić, przy czym naruszenie jednego i drugiego obowiązku może skutkować jedynie zapłatą odsetek za zwłokę w płatności, co jest uregulowane ustawowo. Czyli ustalanie kar umownych za zwłokę w odbiorze byłoby nieuzasadnionym podwójnym karaniem zamawiającego zarówno odsetkami ustawowymi jak i karą umowną.

Odwołujący podaje, że: „Kary mogą być naliczane niezależnie od siebie, a odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy na zasadach ogólnych nie została w żaden sposób ograniczona (§ 11 ust. 2 i 4)". Otóż z przytoczonych zapisów umowy wynika, iż:

„2. Zamawiający może dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej. (…).

4. Kary umowne mogą być naliczane niezależnie od siebie.".

Zamawiający podniósł, iż ustalenie możliwości dochodzenia na zasadach ogólnych odszkodowania jest racjonalne i zgodne z ustawą o finansach publicznych. Niezrozumiałym jest dlaczego odwołujący oczekuje, że zamawiający będzie ponosił konsekwencje wyrządzonej przez niego szkody i zrezygnuje z dochodzenia odszkodowania w przypadku, gdy zajdą po temu okoliczności faktyczne. Natomiast fakt, że kary mają być naliczane niezależnie od siebie nie ma żadnego znaczenia, w sytuacji gdy w § 11 ust. 6 wyraźnie określono, stosownie do wymagań ustawy limit tych kar wprowadzając zapis: „Łączna suma naliczonych kar umownych, określonych w ust. 1, nie powinna przekroczyć 30 % wartości ceny wynagrodzenia brutto określonego w 6 ust. 1".

Odnosząc się natomiast do tego, że wykonawca nie został uprawniony do naliczenia żadnej kary umownej, nawet w przypadku odstąpienia zamawiającego czy wykonawcy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, czy w sytuacji, gdy zamawiający nie dotrzymuje terminów określonych w procedurze odbioru, zamawiający wskazał, że ustanawianie takiej kary byłoby niecelowe i nieadekwatne i dopiero naruszałoby zasadę proporcjonalności. Zamawiający w § 12 przewidział odstąpienie od umowy przez zamawiającego, ale bardzo ściśle określił katalog okoliczności, w których może to nastąpić wskazując na następujące przypadki:

„1)*w przypadku co najmniej 45 dniowej zwłoki Wykonawcy w realizacji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego,*

2)zajęcia majątku Wykonawcy w stopniu uniemożliwiającym mu wykonanie Umowy,

3)gdy łączna suma naliczonych kar umownych wyniesie powyżej 30 % wartości wynagrodzenia brutto, określonego w § 6 ust. 1 Umowy,

4)gdy Wykonawca nie zapewni zabezpieczenia wykonania Umowy zgodnie z § 13 ust. 4, a niemożliwe okaże się skorzystanie przez Zamawiającego z uprawnień uregulowanych w § 13 ust. 4 umowy."

Jest to enumeratywnie wyliczony katalog, który wskazuje na krytyczną niemożność zrealizowania kontraktu przez wykonawcę, a przecież Studium wykonalności, zamawia się, aby zrealizować na jego podstawie projekt, a potem wykonawstwo zazwyczaj ze środków unijnych, co oznacza limity czasowe, które znajdują się na ścieżce krytycznej dla możliwości pozyskania środków unijnych na finansowanie prowadzonej inwestycji. Zwłoka 45 dni w realizacji Etapów uniemożliwiłaby zamawiającemu wykonanie inwestycji, na którą ma przyznane dofinansowanie w latach. Zatem szkodą zamawiającego w takiej sytuacji może być utrata, bądź w ogóle nie uzyskanie finansowania projektu, wartego zazwyczaj kilkadziesiąt milionów złotych, a zważywszy na fakt, iż zamawiający wykonuje swoją działalność celem zapewnienia transportu publicznego koleją, brak realizacji projektu generowałby także straty społeczne i ekonomiczne. Dodatkowo należy pamiętać, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to zamawiający ponosi ryzyko przeprowadzenia kolejnego postępowania przetargowego, które może być długotrwałe i to bez gwarancji, że kolejny wykonawca zaoferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za taką samą cenę lub niższą. Ryzykiem krytycznym dla prowadzenia inwestycji jest także niemożność zrealizowania kontraktu przez wykonawcę ze względu na brak *cash flow*. Podobnie sytuacja, w której doszłoby jeszcze w trakcie realizacji kontraktu do naliczenia kar umownych powyżej 30 % wskazywałaby na niezdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Kar umownych przecież nie nalicza się za wzorową realizację zamówienia. Natomiast brak zabezpieczenia wykonania Umowy w kontekście wymagań Pzp, a także doniosłości realizowanych projektów stanowiłoby zbyt duże ryzyko zamawiającego w przypadku, gdyby zaistniały okoliczności wskazujące na konieczność skorzystania z takiego zabezpieczenia. Dodatkowo możliwość skorzystania z odstąpienia od umowy obwarowana jest obowiązkiem wezwania wykonawcy do należytej realizacji Umowy oraz wyznaczenia odpowiedniego terminu na naprawę naruszeń. Na przeciwnej szali odwołujący chce postawić następujący zapis:

„*Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:*

1)w przypadku rozwiązania Umowy/odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego - w wysokości 30 % wynagrodzenia brutto, określonego w 6 ust. 1, z wyjątkiem odstąpienia od Umowy na podstawie § 12 ust. 6,

2)w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków Zamawiającego w procedurze odbioru prac - w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto za dany etap za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w pkt 6.5 OPZ.".

Zamawiający wskazał, że może odstąpić od umowy tylko w określonych przypadkach, stanowiących ryzyko krytyczne dla możliwości zrealizowania projektu, a wykonawca miałby prawo do kar umownych z tytułu odstąpienia z bliżej nieokreślonych przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie ma tutaj żadnych ryzyk krytycznych, nie wiadomo co to miałaby być za przyczyny, ale wykonawca uważa swoją propozycję za paralelną.

Podstawą drugiej kary miałaby być zwłoka zamawiającego w procedurze odbioru, ale przecież w przypadku tego rodzaju zwłoki wpływającej, jak odwołujący sam zauważył na termin płatności, wykonawcy przysługują ustawowe odsetki za zwłokę. Wykonawca w żadnym punkcie mówiącym o naliczaniu kar umownych nie jest karany dwa razy za to samo. Propozycje wykonawcy proporcjonalność, naturę i cel stosunku burzą, a nie korygują.

Nałożenie kar na zamawiającego byłoby sprzeczne z ustawą o finansach publicznych, ponieważ jest to pewnego rodzaju zobowiązanie finansowe przyszłe i niepewne i z całą pewnością nie przewidziane w budżecie, pozostające w sprzeczności z podstawowymi zasadami finansów publicznych, tj. celowości, rzetelności i racjonalizacji wydatków.

W przypadku braku zapisów, co do kar umownych, wykonawca zawsze może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości faktycznie poniesionej szkody i bynajmniej nie ma tutaj żadnych limitów, co tym bardziej czyni niezrozumiałym oczekiwanie odwołującego, aby ustalić

limity odszkodowania na zasadach ogólnych dla wykonawcy.

Kolejnym zarzutem odwołującego, z którym zamawiający się nie zgodził, jest zarzut dotyczący zapisu § 12 ust. 5, w którym odwołujący domaga się, aby w przypadku odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, gdy zostaną złożone prace, a nie zostaną jeszcze odebrane przez zamawiającego, zamawiający był zmuszony do niezwłocznego odbioru tych prac. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu i wskazuje na fakt, iż przesłanki odstąpienia od umowy są enumeratywnie wyliczone, są związane z winą wykonawcy oraz odstąpienie poprzedza wezwanie do zaniechania naruszeń. Kwestionowany przez odwołującego zapis mówi, iż zamawiający ma prawo odmówić odbioru dokumentów złożonych przed dniem zaistnienia okoliczności, stanowiących podstawę odstąpienia, ale jeszcze nie odebranych. Zamawiający zastrzega sobie taką możliwość, ponieważ zazwyczaj jak już dochodzi do tak ekstremalnej sytuacji, jak wystąpienie przesłanek do odstąpienia, wykonawca przestaje współpracować z zamawiającym i odmawia dokonywania poprawek
i usuwania wad. Wykonanie dokumentacji przedprojektowej wiąże się nie tylko z pracą wykonawcy, ale także z pracą zamawiającego, który musi wszystko zweryfikować
i sprawdzić, ocenić i wpisać uwagi, wylistować wszystkie możliwe nieścisłości i barki, tak aby dokumentacja była użyteczna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć. Odstąpienie od umowy w przypadkach wskazanych w § 12 czyli jak już wspomniano 45 dniowej zwłoki wykonawcy, czy też braku finansowej możliwości kontynuowania realizacji zamówienia lub rażącym niedbalstwem przy wykonywaniu umowy, skutkującym naliczeniem kar czy też
w końcu brakiem zabezpieczenia należytego wykonywania umowy, z całą pewnością spowoduje niechęć lub niemożność po stronie wykonawcy korekty wykonywanej pracy,
a zatem cała praca zamawiającego polegająca na sprawdzeniu przedstawionej dokumentacji zostanie zmarnowana, a zamawiający i tak dany element dokumentacji będzie musiał powierzyć do wykonania innemu wykonawcy. Co najmniej oczywistym jest, iż nowy wykonawca nie podejmie się wykonania zamówienia polegającego na wykonywaniu poprawek w cudzej dokumentacji przedprojektowej, zwłaszcza, że wchodzi tutaj w grę także kwestia praw autorskich i praw zależnych. Zatem oczekiwanie odwołującego, aby zamawiający niezwłocznie dokonywał odbioru złożonych prac jest nierealne, bo do kogo zwróci się zamawiający z wnioskiem o korektę wad i doprowadzenia do sytuacji, że złożone dokumenty będą przydatne do umówionego użytku. Do wykonawcy, który przez 45 dni nie podejmował czynności związanych z realizacją zamówienia, czy może do wykonawcy, który nie ma środków finansowych na to, żeby to zamówienie dokończyć, czy też może do wykonawcy, który tak nienależycie realizował zamówienie, że jeszcze przed ukończeniem realizacji umowy miał naliczone 30 % kar umownych, czy też do wykonawcy, który nie płacił zabezpieczenia należytego wykonania umowy i nie spodziewa się ponieść konsekwencji swojego niedbalstwa, to z czego zamawiający się zaspokoi? Jak widać z przedstawionego wywodu odbieranie dokumentacji od wykonawcy, który nie gwarantuje dalszej współpracy
z zamawiającym mija się z zasadami racjonalnego wydawania środków budżetowych oraz jest sprzeczne z zasadami finansów publicznych, a zwłaszcza zasadą wydatkowania środków w sposób optymalny, zgodny z zasadą uzyskania najlepszych efektów
z wydatkowanej kwoty. To wykonawcy muszą liczyć się z tym, iż ich rażące niedbalstwo przy wykonywaniu umowy może skutkować nieodebraniem złożonych już prac.

Zamawiający podkreślił, iż zazwyczaj wykonawca, który realizuje umowę nierzetelnie lub zaprzestaje jej wykonywania, składa dokumentację niekompletną i obarczoną dużą ilością wad. Trudno też uznać świadczenie za spełnione tylko dlatego, że jakiś komplet dokumentów ostał złożony do zamawiającego, w sytuacji gdy wiadomo, że wykonawca nie będzie współpracował przy korekcie swojej pracy, skoro nie zareagował na wezwanie do zaniechania naruszeń postanowień umownych pod rygorem odstąpienia od umowy.

Kolejny zarzut dotyczy naruszenia § 23 pkt 7 i 9, w którym odwołujący domaga się wprowadzenia zapisu: „*7) W przypadku wystąpienia konieczności wykonania prac dodatkowych lub zamiennych wstrzymujących (opóźniających) realizację prac zasadniczych, a wynikających z nieprzewidzianych zdarzeń o charakterze technicznym lub eksploatacyjnym możliwa jest zmiana Umowy w zakresie terminu realizacji Umowy lub poszczególnych Etapów, sposobu realizacji Umowy, zakresu obowiązków Stron*
i Wynagrodzenia. 9) Pozostałe zmiany Umowy w zakresie terminu realizacji Umowy lub poszczególnych Etapów, sposobu realizacji Umowy, zakresów obowiązków stron
i Wynagrodzenia w pkt a) do c)” jest sprzeczny z postanowieniami Pzp oraz zasadami racjonalnej gospodarki budżetowej, określonej w ustawie o finansach publicznych.

Zamawiający uznał zarzut w zakresie prawa wykonawcy do zmiany terminu, ale fakt zlecenia robót dodatkowych nie może być powiązany ze zmianą sposobu realizacji Umowy, zakresu obowiązków Stron i wynagrodzenia. Wykonawca otrzyma przecież wynagrodzenie za roboty dodatkowe, w których zawsze wycenia czas niezbędny na realizację zamówienia
i koszty wykonania tych robót. Jak wynika z praktyki zamawiającego fakt wykonania robót dodatkowych stoi tylko na ścieżce krytycznej terminu realizacji zwłaszcza, iż zamawiający jest zainteresowany finalnym odbiorem całości, tak aby okres rękojmi był jednakowy dla całej dokumentacji. Nie ma wpływu na sposób wykonania umowy czy zakres obowiązków Stron.
Natomiast, co do okoliczności niezależnych od żadnej ze Stron, także nie mogą mieć one wpływu na sposób realizacji Umowy, zakres obowiązków Stron i wynagrodzenie. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca, który poniesie szkodę z tytułu wydłużenia terminu realizacji z powodu niezależnego od żadnej ze Stron, dochodził odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Zamawiający nie zgodził się także z propozycją zmiany pkt 6.5.1. polegającą na wprowadzeniu postanowienia: „Zamawiający jest zobowiązany do jednokrotnego zbiorczego zgłoszenia wad do danej wersji dokumentacji. Nowe wady zgłaszane w terminie późniejszym niż pierwotny termin na przedstawienie wad do danej wersji dokumentacji, niewynikające z korekty danej wersji dokumentacji przez Wykonawcę, mogą być uwzględniane przez Wykonawcę, z tym zastrzeżeniem, iż w takim wypadku Wykonawca będzie uprawniony do żądania wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu, zaś w przypadku zgłaszania uwag do dokumentacji niebędących wadami - także do dodatkowego wynagrodzenia.”.

Proponowane postanowienie zburzyłoby równowagę stosunku prawnego. Niezrozumiałym jest dlaczego wykonawca może oddać dokumentację z wadami, a zamawiający nie ma prawa niczego przeoczyć przy jej sprawdzaniu. Praktyką wykonawców niestety jest oddawanie dokumentacji w stanie niekompletnym i z wieloma wadami i nieścisłościami, byleby tylko zachować termin przewidziany umową. Zamawiający ma do sprawdzania
i wylistowania zazwyczaj tak długą listę wad, iż nie jest w stanie wyłapać wszystkich błędów. Przedmiotem zamówienia

jest dokumentacja przedprojektowa bez wad. Skoro zatem ta dokumentacja ma wady, to niezależnie od tego kiedy zamawiający je dostrzeże, trzeba te wady usunąć, ponieważ są one wynikiem błędu wykonawcy. Niezrozumiałym jest dlaczego wykonawca chce pozbawić zamawiającego prawa do uzyskania dobrego produktu, tylko dlatego, że pierwotnie coś zostało przeoczone w natłoku błędów wykonawcy.

Dodatkowo zamawiający zaznaczył, iż kodeks cywilny po to przewiduje gwarancję
i rękojmię, aby kupujący mógł wznosić roszczenia z tytułu wad ujawnionych później. Skoro zatem można dochodzić roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji po odebraniu dzieła, to tym bardziej musi istnieć możliwość zgłaszania wad przed finalnym dokonaniem odbioru. Co do uwag niebędących wadami zamawiający wskazał, iż nie ma podstaw żądania za ich uwzględnienie dodatkowego wynagrodzenia, gdyż przedmiot umowy jakim jest studium wykonalności, ma z definicji charakter wyboru wariantów i znajdywania rozwiązań, które zoptymalizują inwestycję. Jeżeli wystąpią takie uwagi, to znaczy że wykonawca nie dostrzegł i nie zdefiniował wszystkich ewentualności związanych z realizacją inwestycji pomimo, iż na tym właśnie polega zamówienie.

Zamawiający kwestionuje także propozycję wprowadzenia wykonania nie więcej niż 4 wariantów inwestycyjnych i zapisy dotyczące podwariantów, o których mowa w pkt 3.6.2. OPZ. Ilość wariantów koniecznych do wykonania wynika ze wskaźników inwestycji i celów określonych w OPZ. Wariantów musi być tyle ile wynika z okoliczności faktycznych tak, aby zamawiający mógł wybrać ten optymalny. Podkreślenia wymaga fakt, iż takie sformułowanie wynika z przepisów prawa unijnego i krajowego. Definiując warianty wykonawca realizować ma wymogi i wytyczne unijnych oraz krajowych przepisów prawa, przede wszystkich aktów
i instrukcji wskazanych w pkt 3.4 OPZ. Obowiązkiem wykonawcy jest identyfikacja możliwych do zastosowania rozwiązań inwestycyjnych, które można uznać za wykonalne. Powyższe konieczne jest do wskazania wariantu realizacji projektu, który reprezentować będzie najlepsze spośród wszelkich możliwych alternatywnych rozwiązań. Wymóg ten określa m.in. Rozporządzenie Delegowane Komisji (UE) nr 480/2014 z dnia 3 marca 2014 r. (Załącznik II pkt. 4.2), Przewodnik do analizy kosztów i korzyści projektów inwestycyjnych, Narzędzie oceny ekonomicznej dla Polityki Spójności 2014-2020, Grudzień 2014 r. (pkt 2.6, 3.6, 6), Niebieska księga Sektor kolejowy Infrastruktura kolejowa, Wrzesień 2015 (pkt 1.3).

To zadaniem wykonawcy jest zidentyfikować ilość wariantów, jaka jest konieczna do rozpatrzenia, ponieważ na tym polega charakter umowy, którą przecież ma stanowić przedmiot jakim jest studium wykonalności, w którym rozważyć należy wszystkie rozwiązania, które umożliwią osiągniecie założonych celów i funkcjonalności przy optymalnym wykorzystaniu środków finansowych. Powyższe stanowi niezbędny warunek uzyskania dofinansowania unijnego na realizację projektu.

Kolejnym zarzutem odwołującego jest treść TER - załącznika nr 1 do tabeli.

Zamawiający w sposób jednoznaczny określił ilość badań geologicznych jakie są do wykonania odwołując się do instrukcji Igo-1, gdzie dokładnie określono zakres obowiązków wykonawcy.

Dodatkowo, ponad argumentację wskazaną powyżej, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż zarzuty odwołującego dotyczące postanowień umownych, *de facto* nie ograniczają uprawnień stron, jak też nie preferują jednego konkretnego wykonawcy, a to
w tym aspekcie należy oceniać zarzuty, tj. czy sporządzone przez zamawiającego postanowienia umowy ograniczają konkurencję i stanowią naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Skoro zatem każdy z potencjalnych wykonawców, miałby realizować zamówienie w oparciu o znane mu na etapie ogłoszenia o zamówieniu postanowienia umowne, to brak jest podstaw do twierdzenia, że niemożliwe jest rzetelne przygotowanie i wycenienie oferty, a co za tym idzie zostaje zachowana zasada proporcjonalności. Zdaniem Izby, oferty przygotowane przez wykonawców i złożone zamawiającemu, będą możliwe do porównania, gdyż bazować będą w oparciu o identyczne informacje uzyskane od zamawiającego.

Izba podkreśla, że równowaga stron umowy nie musi polegać na identycznych zastrzeżeniach w zakresie możliwości naliczania kar umownych, czy też innych aspektów związanych z realizacją zamówienia. Umowa rezultatu, z którą z pewnością mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, nakłada na wykonawcę zwiększony wymóg profesjonalnego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Stąd wymagania zamawiającego muszą podlegać zwiększonemu rygorowi kontroli i nadzoru. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zamawiający, który jest przecież dysponentem środków publicznych, będzie nakładał na siebie określone przez odwołującego rygory w zakresie kar umownych. Zamawiający zainteresowany jest bowiem uzyskaniem rezultatu, zgodnego z jego oczekiwaniami.

Izba nie widzi tez podstaw do stwierdzenia, iż dotychczasowe postanowienia umowy, uniemożliwiają wykonawcy otrzymanie wynagrodzenia za dotychczas wykonaną pracę. Zamawiający przewidział okoliczność, iż w przypadku, gdy efekt pracy wykonawcy nie będzie zadowalający, zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru prac,
a w przypadku ich odbioru wykonawca ma prawo do wynagrodzenia za te prace. Zdaniem Izby, tak ukształtowane postanowienia chronią zamawiającego przed działaniem nierzetelnego wykonawcy, który w przypadku uwzględnienia żądania odwołującego, mógłby złożyć zamawiającemu „cokolwiek", a zamawiający zobligowany byłby do zapłaty za materiał, który nie byłby mu przydatny. Takie działanie zamawiającego, z pewnością spotkałoby się z krytyką instytucji finansujących.

Zdaniem Izby, zarzuty odwołującego związane z brakiem postanowień umowy dotyczących § 23 pkt 7 i 9 w zakresie wynagrodzenia są całkowicie niezasadne, gdyż oczywistym jest, że w przypadkach wymienionych w ww. przepisach umowy, wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie, jeżeli ziszczą się przesłanki w nich opisane i wykonawca wykaże zamawiającemu, że nie wynikały one z zamierzonego działania wykonawcy. Wynagrodzenie wykonawcy będzie zatem wyliczone na zasadach ogólnych, które jak najbardziej obowiązują strony stosunku zobowiązaniowego.

Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany OPZ w zakresie liczby wariantów (pkt 3.6.2 OPZ). Zamawiający w OPZ wyraźnie podał i opisał znane mu przynajmniej 4 warianty inwestycyjne, jednakże nie chcąc ograniczać potencjalnych wykonawców, zamawiający podał, że jest to niezbędne minimum, pozostawiając wykonawcom swobodę w kreowaniu dowolnej liczby wariantów inwestycyjnych i związanych z tym podwariantów. To wykonawca będzie decydował ile wariantów i podwariantów zamierza przedstawić zamawiającemu, a co za tym idzie, jaki przewiduje koszt realizacji umowy. Wyrazem powyższych ustaleń będzie natomiast cena ofertowa.

Izba wskazuje, że zamawiający uwzględnił zarzut odwołującego dotyczący pkt 4.4.3.2. OPZ, akapit 1, w związku z powyższym, na modyfikację dokonaną przez zamawiającego, stanowiącą nową czynność w postępowaniu, będzie przysługiwało odwołującemu wniesienie odwołania.

Odnosząc się do żądania związanego z obowiązkiem przedstawienia przez zamawiającego załącznika nr 14 – Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER) dla badań geotechnicznych oraz dokumentacji geologicznej (treść TER –

załącznik nr 1 do tabeli), Izba wskazuje, że zamawiający w ramach uzupełnienia dokumentacji postępowania opublikował Wynik analizy przeprowadzonych badań geotechnicznych/geologiczno-inżynierskich. Wyciąg ze Studium Wykonalności modernizacji i rozbudowy Katowickiego Węzła Kolejowego, 2012 r. Zdaniem Izby, opracowanie powyższe, które zawiera wyniki badań geotechnicznych
i geologicznych stanowi właściwą bazę do opracowania przedmiotu oferty przez profesjonalnego wykonawcę. Na podstawie ww. opracowania osoba legitymująca się stosownym wykształceniem, działając w oparciu o obowiązujące przepisy, będzie w stanie ustalić zakres wykonanego badania, np. liczbę i umiejscowienie nawierceń i sondowań. Co prawda opracowanie powyższe pochodzi z 2012 roku, jednakże wg. wiedzy zamawiającego zachowuje swoją aktualność, dlatego też wykonawca ma prawo i obowiązek przyjęcia wyników analiz z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.)oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba uwzględniła koszty zamawiającego związane z dojazdem na rozprawę (§ 5 pkt 2 lit. a) oraz koszty związane z wydatkami jednego pełnomocnika – opłata od jednego pełnomocnictwa (§ 5 pkt 2 lit. b).

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……