Sygn. akt: KIO 4480/24

WYROK

Warszawa, 9 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 listopada 2024 r. przez odwołującego: Wadoma W. Małkowiak, W. Bodziony spółka komandytowa z siedzibą w Podrzeczu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: Zakłady Automatyki Kombud S.A. z siedzibą w Radomiu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 4480/24

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Poprawa bezpieczeństwa na wybranych przejazdach kolejowo-drogowych na terenie: IZ Częstochowa, IZ Kielce, IZ Kraków, IZ Nowy Sącz, IZ Opole, IZ Rzeszów, IZ Sosnowiec, IZ Tarnowskie Gó w ramach przedsięwzięcia pn. „Poprawa bezpieczeństwa na przejazdach kolejowych - etap VII" realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO)", numer postępowania: 9090/IREZA5/18509/05183/24/P, (dalej: Postępowanie).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 21 listopada 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 711538-2024.

29 listopada 2024 r. wykonawca Wadoma W. Małkowiak, W. Bodziony spółka komandytowa z siedzibą w Podrzeczu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. art. 134 ust. 1 pkt 6 i art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3, art. 17 ust. 1-2 w zw. z art. 362 Pzp przez określenie terminów realizacji zamówienia (terminu końcowego oraz terminów cząstkowych), o których mowa w ust. 3 IDW oraz § 4 ust. 1 i 3 Umowy w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na czas niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia, jako terminów zbyt krótkich, nierealistycznych, nierynkowych oraz faktycznie uniemożliwiających realizację przedmiotu zamówienia w wyznaczonym terminie, a przez to nieproporcjonalnych, a jednocześnie narzucających ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców i jednoczesnego braku zapewnienia najlepszej jakości i efektów w stosunku do środków, które zostaną przeznaczone na jego realizację, co skutkować może nieracjonalnym i nieefektywnym wydatkowaniem środków publicznych;
2. art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji Umowy, który skutkować będzie nieważnością umowy zawartej z wybranym wykonawcą z uwagi na fakt, że stanowić ona będzie umowę o świadczenie niemożliwe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany treści dokumentacji Postępowania polegającej na:

a)wydłużeniu końcowego terminu realizacji umowy określonego w ust. 3 IDW oraz § 4 ust. 1 Umowy na przynajmniej 720 dni od dnia zawarcia Umowy,

b)wydłużeniu terminów pośrednich określonych w § 4 ust. 3 Umowy przynajmniej w następujący sposób:

1.Etap 1 - w terminie 250 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie akceptacji Zamawiającego dla Projektu Wykonawczego (wszystkie branże) dla 24 przejazdów kolejowo-drogowych potwierdzone protokołem ZOPI, na zasadach opisanych w § 14 ust. 9-18;

2.Etap 2 - w terminie 300 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie akceptacji Zamawiającego dla Projektu Wykonawczego (wszystkie branże) dla pozostałych 23 przejazdów kolejowo-drogowych potwierdzone protokołem ZOPI, na zasadach opisanych w § 14 ust. 9-18;

3.Etap 3 - w terminie 370 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych oraz skuteczne zgłoszenie robót dla przejazdów kolejowo - drogowych potwierdzone dokumentem stwierdzającym brak sprzeciwu;

4.Etap 4 - w terminie 470 Dni od dnia zawarcia Umowy- zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 30% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 - w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na 16 pierwszych przejazdach kolejowo-drogowych;

5.Etap 5 - w terminie 570 Dni od dnia zawarcia Umowy - zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 60% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 - w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na 16 kolejnych przejazdach kolejowo - drogowych;

6.Etap 6 - w terminie 640 Dni od dnia zawarcia Umowy - zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 85% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 - w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na pozostałych przejazdach kolejowo- drogowych;

7.Etap 7 - w terminie 690 Dni od dnia zawarcia Umowy - opracowanie dokumentacji powykonawczej dla wszystkich przejazdów kolejowodrogowych we wszystkich branżach potwierdzone przez Inżyniera Projektu;

8.Etap 8 - w terminie 690 Dni od dnia zawarcia Umowy - zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego potwierdzone przez Inżyniera Projektu wraz z przekazaniem operatu kolaudacyjnego (w tym Dokumentacji Powykonawczej);

9.Etap 9 - w terminie 720 Dni od dnia zawarcia;

c)Dokonanie modyfikacji § 14 ust. 7, 8, 10, 11, 13, 14, 18, 20, 21, 24, 25, 27, 37 w następujący sposób, że ust. 7, 20 i 25 zostaną usunięte, a ust. 8, 10, 11, 13, 14, 18, 21, 24, 27 otrzymają następujące brzmienie oraz zostanie dodany ust. 37 w brzmieniu:

„§ 14. Wymogi dotyczące projektowania i odpowiedzialność za Wady Dokumentacji Projektowej

~~7.Gdyby Wykonawca po podpisaniu Umowy napotkał w PFU braki mające wpływ na wycenę Oferty, spoczywa na nim ciężar dowodu, że takiego braku, przy dołożeniu należytej staranności zapoznając się z treścią SWZ, nie mógł znaleźć przed złożeniem Oferty Wykonawcy. W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić o tym Inżyniera i udowodnić brak możliwości wykrycia błędów.~~

~~8.~~W przypadku, jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie Koszt, w wyniku rozbieżności danych zawartych w SWZ, w tym w szczególności stanu technicznego obiektów, przebiegu infrastruktury nadziemnej i podziemnej, warunków gruntowych, terenowych, wodnych ze stanem faktycznym, a rozbieżność ta nie wynika z braków dokumentacji, które Wykonawca powinien zauważyć przy dołożeniu należytej staranności zapoznając się z treścią SWZ na etapie przygotowania Oferty, lub w przypadku rozbieżności danych zawartych w SWZ w wyniku wskazania niepoprawnych parametrów funkcjonalno-użytkowych lub w wyniku niezgodności decyzji lokalizacyjnej z zakresem inwestycji, o ile decyzja taka została uzyskana przez Zamawiającego (jej pozyskanie nie stanowi zakresu Robót) jak też gdy decyzję zobowiązany jest pozyskać Wykonawca jednak opóźnienie w jej uzyskaniu nie wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, to Wykonawca powiadomi Inżyniera, a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9.

10. Dokumentacja Projektowa podlega przyjęciu i zaakceptowaniu przez Zamawiającego lub osoby przez niego wskazane.
11. Zamawiający zweryfikuje Dokumentację Projektową w zakresie ilościowym w terminie ~~5~~ 2 Dni Roboczych.
13. W zakresie, o którym mowa w ust. 12, przekazana Dokumentacja Projektowa podlegać będzie weryfikacji przez Zamawiającego w terminie ~~15~~ 10 Dni Roboczych od dnia jej przekazania. Dla weryfikacji dokumentacji Zamawiający może korzystać z pomocy konsultantów zewnętrznych, na co Wykonawca wyraża zgodę. Powołanie konsultantów zewnętrznych nie będzie wpływać na wskazane powyżej terminy.
14. W przypadku stwierdzenia Wad w przedłożonej Dokumentacji Projektowej, Zamawiający dokona jej ponownej oceny w terminie 5 dni roboczych
od momentu przedłożenia przez Wykonawcę poprawionej Dokumentacji Projektowej.
18. Dokumentem potwierdzającym przeprowadzenie weryfikacji i dokonanie akceptacji przez Zamawiającego każdego ze wskazanych
w Harmonogramie prac projektowych etapów dla przygotowania Dokumentacji Projektowej będzie sporządzony po weryfikacji, przeprowadzonej na zasadach określonych w PFU oraz w Prawie, protokół Odbioru podpisany przez upoważnionego przedstawiciela każdej Strony.
Protokół będzie sporządzony i przekazany do podpisu Wykonawcy
w terminie ~~15~~ 10 Dni Roboczych od dnia przekazania przez Wykonawcę dokumentacji bez stwierdzonych od Wad.
~~20. Wykonawca ponosi ryzyko uzyskania odstępstwa od Regulacji Zamawiającego, za wyjątkiem odpowiedzialności za opóźnienie~~
~~w przypadkach, gdy uzyskanie odstępstwa jest możliwe, a opóźnienie~~
~~w jego uzyskaniu wynika wyłącznie z okoliczności leżących po stronie Zamawiającego.~~
~~21.~~ Wszystkie dokumenty sporządzone przez Wykonawcę celem przedłożenia ich we właściwych organach administracji architektoniczno-budowlanej
lub nadzoru budowlanego, zgodnie z uwarunkowaniami wynikającymi
z Prawa budowlanego wraz z aktami wykonawczymi, Wykonawca będzie zobowiązany przedkładać Zamawiającemu w terminie ~~8~~ 5 Dni Roboczych przed złożeniem tych dokumentów do stosownego organu. Jeżeli
w terminie ~~7~~ 3 Dni Roboczych od otrzymania ww. dokumentów Zamawiający nie przekaże Wykonawcy uwag do przedstawionych opracowań, Wykonawca będzie mógł je złożyć we właściwych organach. Niezależnie
od powyższego wymogu za składane dokumenty (ich kompletność i treść) odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Powyższe nie dotyczy przypadków, gdy wyznaczony przez organ termin złożenia wymaganych dokumentów nie pozwala na dochowanie wskazanych wyżej terminów uprzedniego złożenia ich Zamawiającemu. W takim przypadku Wykonawca powinien przedłożyć Zamawiającemu wymagane dokumenty w terminie 2 Dni Roboczych przed złożeniem tych dokumentów do stosownego organu zaś Zamawiający będzie uprawniony do zgłoszenia zastrzeżeń w terminie 1 Dnia Roboczego. W przypadku zgłoszenia uzasadnionych zastrzeżeń wobec dokumentów Wykonawca nie będzie mógł ich złożyć we właściwych organach i poniesie kontraktowe konsekwencje niedochowania terminu do ich złożenia.
24. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za działania administracji publicznej skutkujące niewydaniem decyzji lokalizacyjnej lub wystąpieniem jakichkolwiek błędów w takiej decyzji, skutkujących opóźnieniem lub wzrostem Kosztów realizacji Umowy, jeśli uzyskanie tej decyzji zgodnie z PFU leżało po stronie Wykonawcy i niewydanie lub opóźnienie jej wydania wynika z okoliczności zawinionych przez Wykonawcę. W takich przypadkach Wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zmianę terminu realizacji Umowy lub Etapu, a także roszczenie o dodatkowy Koszt. Jeśli jednak niewydanie lub opóźnienie w wydaniu decyzji lokalizacyjnej
lub wystąpienie w niej błędów było niezawinione przez Wykonawcę to
w przypadku poniesienia przez Wykonawcę dodatkowego Kosztu lub opóźnienia w realizacji Robót, Wykonawca powiadomi Inżyniera,
a okoliczność ta stanowić będzie uzasadnienie do zmiany Umowy zgodnie z postanowieniami § 9.
25. ~~Z zastrzeżeniem ust. 26, w przypadku wystąpienia potrzeby uzyskania odstępstwa od przepisów technicznych dla elementów wskazanych~~

~~w dokumentacji przedprojektowej lub w materiałach przetargowych,~~ ~~Wykonawcy, nie będzie przysługiwało roszczenie o przedłużenie terminu~~ ~~realizacji Umowy lub Etapu lub płatność za dodatkowy Koszt.~~

27. Wykonawca zobowiązany jest opracować mapy do celów projektowych, wykonania Dokumentacji Projektowej i pozostałych rysunków tam, gdzie

to jest wymagane w PFU. W przypadku braku aktualności map pozyskanych z ośrodków geodezyjnych, będących podstawą do opracowania map

do celów projektowych, Wykonawca jest zobowiązany postępować zgodnie z PFU oraz Regulacjami Zamawiającego w celu dokonania ich aktualizacji i opracowania map do celów projektowych w ramach zobowiązań umownych, bez zmiany terminów realizacji Umowy i w ramach Wynagrodzenia.

37. Zamawiający zobowiązany jest przekazać Wykonawcy na jego pisemny wniosek niezbędną do projektowania techniczną dokumentacje źródłową istniejących urządzeń/obiektów w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania wniosku.

d)Dokonanie modyfikacji § 28. Kary umowne i obciążenia ust 1. Pkt 1) ostatni tiret,

w ten sposób, że otrzyma nowe następujące brzmienie:

W przypadku ukończenia całości Robót w terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1, kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana. Wymagalność kary za niewykonanie w terminie danego Etapu powstaje w terminie wskazanym

w § 4 ust. 1 pkt 1. Strony zgodnie postanawiają, że w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, postanowienia powyższego akapitu nie mają zastosowania, a wszelkie naliczone przez Zamawiającego kary umowne stają się natychmiast wymagalne.

e)a także na odpowiednim dostosowaniu wszelkich pozostałych postanowień dokumentacji Postępowania odnoszących się do ww. terminów realizacji.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał:

W treści ust. 3 IDW wskazano, że okres realizacji zamówienia stanowiącego jego przedmiot wynosi 541 dni od daty zawarcia Umowy zgodnie z § 4 Warunków Umowy.

W § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy również wskazano termin 541 dni przy wyszczególnieniu, zakończenie wszystkich Robót, stwierdzone dokonaniem przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji ma nastąpić w ciągu 371 dni od daty zawarcia umowy.

Ponadto, w § 4 ust. 3 Umowy przewidziano podział zamówienia na Etapy, dla których wskazano szczegółowo kolejno terminy cząstkowe:

3. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

1)Etap 1 - w terminie 84 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie akceptacji Zamawiającego dla Projektu Wykonawczego (wszystkie branże) dla 24 przejazdów kolejowo-drogowych, na zasadach opisanych w §14 ust. 9-18;

2)Etap 2 - w terminie 112 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie akceptacji Zamawiającego dla Projektu Wykonawczego (wszystkie branże) dla pozostałych

23 przejazdów kolejowo-drogowych, na zasadach opisanych w §14 ust. 9-18;

3)Etap 3 - w terminie 140 Dni od dnia zawarcia Umowy - uzyskanie niezbędnych

decyzji administracyjnych oraz przekazanie pośredniego potwierdzenia o raportu

z weryfikacji WE dla całości Zadania oraz skuteczne zgłoszenie robót dla przejazdów kolejowo - drogowych potwierdzone dokumentem stwierdzającym brak sprzeciwu;

4)Etap 4 - w terminie 196 Dni od dnia zawarcia Umowy - zaakceptowane Roboty

o wartości nie mniejszej niż 30% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 -

w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na 16 pierwszych przejazdach kolejowo-drogowych;

5)Etap 5 - w terminie 252 Dni od dnia zawarcia Umowy - zaakceptowane Roboty

o wartości nie mniejszej niż 60% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 -

w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na 16 kolejnych przejazdach kolejowo – drogowych oraz zabudowa APO w dwóch lokalizacjach;

6)Etap 6 - w terminie 308 Dni od dnia zawarcia Umowy - zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 85% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 - w tym zakończenie robót budowlano - montażowych potwierdzone odbiorem technicznym z przekazaniem do eksploatacji na pozostałych przejazdach kolejowodrogowych oraz zabudowa APO w pozostałych lokalizacjach;

7)Etap 7 - w terminie 336 Dni od dnia zawarcia Umowy – opracowanie dokumentacji powykonawczej dla wszystkich przejazdów kolejowo-drogowych we wszystkich branżach potwierdzone przez Inżyniera Projektu;

8)Etap 8 - w terminie 336 Dni od dnia zawarcia Umowy- zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego potwierdzone przez Inżyniera Projektu wraz z przekazaniem operatu kolaudacyjnego (w tym Dokumentacji Powykonawczej);

9)Etap 9 - w terminie 371 Dni od dnia zawarcia Umowy - zakończenie Robót (dokonanie Ostatniego Odbioru Końcowego).

W ocenie Odwołującego określone przez Zamawiającego terminy realizacji zamówienia
tj. zarówno termin końcowy, jak i terminy pośrednie/cząstkowe, mając na względzie jego zakres i czynności konieczne do wykonania w toku jego realizacji, są oczywiście niemożliwe do dotrzymania, co narusza wskazane w treści odwołania przepisy Pzp.

Już pierwszy termin cząstkowy przewidziany w§ 4 ust. 3 pkt 1 Umowy - na realizację Etapu 1 - jest terminem rażąco zbyt krótkim. W ramach tego Etapu należy uzyskać akceptację projektu wykonawczego dla wszystkich branż dla 24 przejazdów, co zostanie potwierdzone protokołem ZOPI. Termin przewidziany przez Zamawiającego to 84 dni kalendarzowe, z czego, zgodnie
§ 14 ust. 11 i 13 Umowy sama weryfikacja przedstawionego projektu wykonawczego przez Zamawiającego będzie wymagała łącznie minimum 20 dni roboczych. Zatem faktyczny termin na realizacji tego Etapu pozostawiony Wykonawcy na realizację tego Etapu to ponad 1,5 miesiąca. Tymczasem, w celu realizacji tego Etapu, Wykonawca musi:

a)uzyskać mapy do celów projektowych, które wymagają aktualizacji i zatwierdzenia przez Kolejowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej (KODGiK). Z doświadczeń Odwołującego takie czynności wymagają około 4 miesięcy a w przypadku jednego z KODGiK na obszarze którego realizowana będzie inwestycja czas ten wynosi nawet 6 miesięcy. Zatem samo uzyskanie map zajmie dwukrotnie więcej czasu, niż pozostawiono Wykonawcy na realizację całego Etapu;

b)po uzyskaniu map do celów projektowych należy opracować docelowy projekt wykonawczy. Zakres i charakter zamówienia oraz zaangażowanie zespołu projektowego w ocenie Odwołującego wymagają około 2 do 3 miesięcy w czasie których przeprowadzić należy wizje terenową w każdej z 47 lokalizacji (a faktycznie 51 ze względu na planowaną zabudowę w kilku lokalizacjach oprócz urządzeń przejazdowych także posterunków APO). Wizja nie ma charakteru punktowego tylko liniowy tzn. każdy z budowanych obiektów zlokalizowany jest na odcinku około 2500-3000m licząc wzdłuż linii kolejowej, Mnożąc to przez ilość obiektów widać o jakim przedsięwzięciu mowa;

c)następnie opracowany projekt wykonawczy wymaga kolejnego uzgodnienia ze spółkami kolejowymi, ZUD - w zakresie zagospodarowania terenu oraz ZOPI – w zakresie technicznym w ocenie Wykonawcy zajmie to około 2 - 3 miesiące.

Uzasadniony jest zatem wniosek o nakazanie zmiany tego terminu cząstkowego
na przynajmniej 250 dni od dnia zawarcia Umowy, co umożliwi realistyczne zrealizowanie wszystkich powyższych działań w terminie. Analogiczna argumentacja uzasadnia także konieczność zmiany terminu cząstkowego na realizację Etapu 2 (§ 4 ust. 3 pkt 2 Umowy),
w ramach którego również niezbędne jest wykonanie analogicznych prac - w ocenie Wykonawcy zasadną jest zmiana tego terminu pośredniego na przynajmniej 300 dni od dnia zawarcia Umowy.

W ramach Etapu 3 (§ 4 ust. 3 pkt 3 Umowy) należy uzyskać wszelkie decyzje administracyjne oraz dokonać skutecznego zgłoszenia robót na przejazdach kolejowo-drogowych. Czas przewidziany aktualnie przez Zamawiającego na wykonanie tego Etapu to 28 dni (różnica pomiędzy terminem dla Etapu 3, a Etapu 2), tymczasem w ocenie Odwołującego nie jest możliwa realizacja Etapu w czasie krótszym niż 70 dni. Zauważyć przede wszystkim należy, że zgodnie z przepisami prawa budowlanego organ administracji architektoniczno-budowlanej dla inwestycji kolejowej wydaje pozwolenie na budowę w terminie do 45 dni - art. 35 ust. 6
pkt 2 Prawa budowlanego. Zaś w zakresie zgłoszenia robót organ ten posiada 21 dni
na zgłoszenie ewentualnego sprzeciwu - art. 30 ust. 5 Prawa budowlanego. Zatem
aktualny termin pozostaje w oczywistej sprzeczności z przepisami prawa, nie dając jakiekolwiek rezerwy na uzupełnienie wniosków czy inne działania wykonawcy. Całkowicie

w tym opisie pominięto ryzyko ewentualnej konieczności pozyskania decyzji lokalizacyjnych, co w zależności od okoliczności zewnętrznych (nieruchomości będące w posiadaniu Inwestora lub osób zewnętrznych) może wymagać od około 2 do 6 miesięcy.
W odniesieniu do Etapu 4 (§ 4 ust. 3 pkt 4 Umowy), aktualny czas dla jego realizacji (różnica pomiędzy terminem dla Etapu 4 i Etapu 3) to 56 dni. W ocenie Odwołującego konieczne jest natomiast zapewnienie przynajmniej 100 dni na realizację tego Etapu, biorąc pod uwagę,
że w tym terminie należy wyprodukować urządzenia, wykonać wszelkie roboty budowlano montażowe w terenie na 16 przejazdach, polegających na wykonaniu robót ziemno- kablowych, posadowienia urządzeń zewnętrznych, wykonania uzależnień powiązań
z systemami stacyjnymi, budowy medium transmisyjnego dla potrzeb UZK i TVU, modernizacji rozbudowy istniejących przyłączy energetycznych, budowy oświetlenia strefy przejazdów.
Analogiczne względy uzasadniają przedłużenie odpowiednio do 100 i 70 dni czasu przewidzianego dla realizacji Etapu 5 i 6 (§ 4 ust. 3 pkt 5 i 6 Umowy), polegających
na wykonaniu analogicznych Robót.
Odwołujący wskazuje nadto, że w oparciu o jego doświadczenie nabyte przy realizacji analogicznych zamówień oraz standardy przyjęte na rynku, czas przewidziany przez Zamawiającego na opracowanie dokumentacji powykonawczej oraz operatu kolaudacyjnego niezbędnych dla zrealizowania Etapów 7 i 8 (§ 4 ust. 3 pkt 7 i 8 Umowy) również nie jest wystarczający i powinien zostać wydłużony do 50 dni.
W ocenie Odwołującego projekt umowy zawiera szereg postanowień naruszających w sposób rażący równowagę stron umowy, a także obarczenie Wykonawcy pełnym ryzykiem
w przypadku odmiennego niż założony w sposób nierealny przez Zamawiającego harmonogramu realizacji inwestycji.
Na potwierdzenie tezy Odwołujący wskazał na terminy jakie pozostawił Zamawiający sam sobie na przyjęcie i zaopiniowanie dokumentacji. Na samo „ilościowe" sprawdzenie dokumentacji 5 dni roboczych, zaopiniowanie dokumentacji 15 dni roboczych. W przypadku stwierdzenia konieczności dokonania poprawek lub uzupełnienia projektów czasy powyższe liczone są od nowa. Oznacza to w sytuacji idealnej na samo zapoznanie się z dokumentacją Zamawiający potrzebuje miesiąc, a patrząc realnie 2 miesiące, gdyż sytuacją niespotykaną byłoby nie zgłoszenie mniej lub bardziej istotnych uwag do opracowywanej „na kolanie"
na szybko dokumentacji dla kilkudziesięciu lokalizacji. Jasno widać zatem, że z „przyznanego" Wykonawcy czasu 84 dni na opracowanie dokumentacji dla 24 obiektów (pomijając kwestie map, uzgodnień itp.) Zamawiający „dla siebie" rezerwuje 30-60 dni na jej zaopiniowanie ponieważ czas uzgodnień wlicza się w czas projektowania.
Jako inne przykłady nierównego traktowania stron można wskazać np. przerzucenie
na Wykonawcę odpowiedzialności za czas jaki może zostać stracony na pozyskanie ewentualnych odstępstw od obowiązujących przepisów ogólnych jak i wewnętrznych Zamawiającego. Wykonawca ma zrealizować zadanie na warunkach zastanych i istniejącym terenie. W przypadku wystąpienia przypadków gdy ze względu na te warunki miejscowe
(na które Wykonawca nie ma wpływu) nie można spełnić wszystkich warunków określonych
w Prawie i Instrukcjach, niezbędne jest pozyskanie odpowiedniego odstępstwa od ich stosowania. Zgodę taka może wydawać Minister, Wojewoda, Prezes PKP PLK S.A. lub inne osoby wskazane we właściwym dokumencie. Jasnym jest ze sprawy takie wymagają czasu
i jak wspomniano powyżej Wykonawca nie ma na nie żadnego wpływu. Tymczasem Zamawiający wprost wskazuje na odpowiedzialność w tym zakresie Wykonawcy. Jedynie
w sytuacji gdy taki wniosek zostanie odrzucony z powodów merytorycznych (nie z powodów ewentualnych zaniedbań Wykonawcy) dopuszczono możliwość dochodzenia przez Wykonawcę prawa do dodatkowego czasu oraz wynagrodzenia. Oznacza to ze jeśli taki wniosek procedowany będzie kilka miesięcy (zjawisko standardowe) i odstępstwo zostanie udzielone, Wykonawca nie ma prawa do zmiany Umowy.
Innym przykładem działania niezgodnego z zasadami równości oraz dobrego współżycia społecznego jest kwestia ewentualnych błędów w dokumentach Zamawiającego. W przypadku stwierdzenia takich sytuacji po podpisaniu Umowy wyłączny ciężar udowodnienia takiego
faktu leży po stronie Wykonawcy. Zamawiający w żaden sposób nie poczuwa się do odpowiedzialności za SWZ, który samodzielnie opracował. Wskazując na Wykonawcę jako właściwego „do działania z należytą starannością" pomija zupełnie kwestie, że sam jest autorem dokumentu i opracowywał go posiadając pełny i nieograniczony dostęp do wszystkich obiektów.
Kolejnym postanowieniem, którego nie można określić inaczej niż rażącym naruszeniem obowiązujących przepisów i standardów jest wskazanie zawarte w § 28. Kary umowne
i obciążenia ust 1. Pkt 1) ostatni tiret:

„W przypadku ukończenia całości Robót w pierwotnym (tj. ustalonym w dniu zawarcia Umowy) terminie określonym w § 4 ust. 1 pkt 1, kara za niewykonanie w terminie danego Etapu zostanie anulowana. Wymagalność kary za niewykonanie w terminie danego Etapu powstaje w terminie wskazanym w § 4 ust. 1 pkt 1 określonym na dzień zawarcia Umowy. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę odsetek."

Zamawiający w powyższym punkcie doprecyzował okoliczności, w których Wykonawca zostanie zwolniony z zapłaty kar Umownych za niezrealizowanie w terminie poszczególnych. Warunek taki zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca pomimo niezrealizowania

w terminie poszczególnych etapów/etapu wywiąże się jednak z terminu końcowego. W ocenie Odwołującego w pełni słuszną ideą postanowienia było zmobilizowanie Wykonawcy

do realizacji robót z dużym zaangażowaniem dając mu szanse, mimo przekroczenia pewnych dat, na unikniecie konsekwencji finansowych wynikających z tego faktu. Cała ta domniemana idea została jednak zupełnie przekreślona przez wprowadzenie do określeń, tj. ustalonym

w dniu zawarcia Umowy. Postanowienie to oznacza bowiem, że nawet w przypadku,

gdy zaistnieją przesłanki do przedłużenia Umowy (nie będzie dało się wykonać części robót

w terminie) i obie strony potwierdzą ten fakt zawarciem stosownego Aneksu to Wykonawca

i tak rozliczony zostanie na podstawie nierealnego pierwotnego terminu.

W ocenie Odwołującego określenie terminów realizacji zamówienia w całkowitym oderwaniu od faktycznego czasu niezbędnego na jego wykonanie - tak, jak ma to miejsce w ramach niniejszego Postępowania - narusza szereg przepisów prawa.

Zamawiający ma szeroką swobodę w formułowaniu opisu przedmiotu zamówienia, lecz swoboda ta ma swoje granice, wynikające z:

a) konieczności uzasadnienia wymogów wprowadzanych do opisu przedmiotu zamówienia rzeczywistymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego;

b) konieczności zachowania nadrzędnych zasad systemu zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 99 Pzp, opis przedmiotu zamówienia uwzględniać musi wymagania

i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (ust. 1), nie może utrudniać uczciwej konkurencji (ust. 4), a wymagane cechy usług lub robót budowlanych muszą być proporcjonalne do wartości i celów zamówienia (ust. 2).

Wskazać w tym miejscu należy, że „z przepisów art. 99 i art. 16 Pzp wynika, że przedmiot zamówienia, na który składa się również termin dostawy, nie może być opisywany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zatem dla naruszenia tych przepisów wystarczające jest samo utrudnienie do-stępu do zamówienia. W konsekwencji jeśli wykonawca wykaże, że co najmniej on sam, mimo oferowania przedmiotu dostosowanego

do potrzeb zamawiającego nie jest w stanie wykonać zamówienia w terminie zakreślonym,

to na zamawiającego przechodzi ciężar dowodu, że wykonanie zamówienia w terminie zakreślonym jest możliwe przez taki krąg wykonawców, którzy gwarantują konkurencyjność postępowania." (Wyrok KIO z 4.07.2023 r., KIO 1741/23, LEX nr 3600723).

Zasada konkurencyjności, czy też zasada uczciwej konkurencji to jedna z najważniejszych zasad reżimu prawa zamówień publicznych. Zamawiający wszczynając postępowanie

o udzielenie zamówienia Zobowiązany jest do zapewnienia przede wszystkim zachowania zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. „Zamawiający wszczynając postepowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postepowaniu wykonawcom, że tylko jeden z nich (lub ściśle ograniczony krąg) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są

w stanie - dają rękojmię, należytego wykonania zamówienia." (Wyrok KIO z 7.04.2016 r., KIO 443/16, LEX nr 2051585.). Z powyższego wynika, że w przypadku gdy mamy do czynienia

z ustaleniem nierealnych i niemożliwych do spełnienia przez wykonawców terminów realizacji zamówienia dochodzi do wyeliminowania szeregu wykonawców z uwagi na fakt, że nie jest obiektywnie możliwe złożenie przez nich rzetelnej oferty. Zmuszeni byliby oni w takim przypadku do złożenia oferty z pełną świadomością niemożliwości dotrzymania jej warunków, co nie jest także pożądane z punkt widzenia Zamawiającego. Jednocześnie wymaganie przez Zamawiającego spełnienia niemożliwych do dotrzymania terminów nie można uznać

za zgodne z realiami rynkowymi, co z kolei prowadzi do wniosku, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ocenił możliwości rynku w ogóle lub ocena ta przebiegła

w sposób nieprawidłowy.

W sytuacji, w której Zamawiający ustala zbyt krótkie terminy realizacji zamówienia nie jest możliwe złożenie oferty przez

szeroki krąg wykonawców, którzy de facto posiadają środki, siły i możliwości zrealizowania zamówienia. Dochodzi bowiem do sytuacji, w której tylko bardzo nieliczna grupa wykonawców, bądź tylko jeden z nich będzie skłonny złożyć ofertę ze względu na konieczność założenia poniesienia sankcji umownych w związku z nieterminową realizacją kontraktu, co doprowadzi do znaczącego obniżenia konkurencyjności Postępowania. W istocie wręcz stanowi to naruszenie zasady konkurencyjności, gdyż konkurencyjność w tym wypadku pozostaje de facto wyłącznie iluzoryczna.
W odniesieniu zaś do możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu warto wskazać, że w orzecznictwie podkreśla się, że „jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych
do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców
do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko jednego producenta" (Uchwała KIO
z 6.02.2012 r., KIO/KD 14/12, LEX nr 1217605.).
13 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podkreślił, że potrzeba określenia terminów realizacji przedmiotu zamówienia w sposób uregulowany w SWZ wynikała z konieczności zachowania terminów wynikających z KPO. Zamawiający zarzucił również Odwołującemu, że jego stanowisko nie zostało poparte dowodami, a sprowadza się do samych twierdzeń.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte
w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie
i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.
Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.
Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.
Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.
Izba ustaliła, co następuje:
Stan faktyczny był niesporny między Stronami – kwestionowane w odwołaniu terminy realizacji przedmiotu zamówienia, omówione w uzasadnieniu odwołania odpowiadają odpowiednim postanowieniom SWZ.
Po analizie stanowiska Odwołującego, a także dokumentacji postępowania Izba uznała,
że w sprawie nie doszło do naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego. Odwołujący ograniczył się do twierdzeń o nierealności terminów realizacji przedmiotu zamówienia, ale nie podjął choćby próby udowodnienia zasadności zarzutów. Odwołujący nie wykazał przede wszystkim, by w zbliżonych rodzajowo lub zakresowo postępowaniach wykonawcy z przyczyn zależnych od siebie nie byli w stanie dotrzymać realizacji umów w terminie. Argumentacja Odwołującego, w szczególności ta przedstawiona na rozprawie dotyczyła przede wszystkim okoliczności, za które nie odpowiada wykonawca ani Zamawiający.
Odwołujący podnosił głównie kwestię dotyczącą opóźnień w działaniach organów administracji publicznej wskazując, że fakt ten będzie skutkował niemożliwością dotrzymania terminów określonych w SWZ, a to z kolei spowoduje nałożenie na wykonawcę kar umownych z tytułu nieterminowej realizacji zadania. Odwołujący nie kwestionował przy tym samej konstrukcji kar umownych i zasad ich naliczania, nie twierdzi przy tym, by kary umowne w rzeczywistości miały również obejmować przypadki opóźnienia czyli nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Trudno w tej sytuacji uznać,
by przewlekłość postępowań administracyjnych miała skutkować naliczeniem kar umownych w postępowaniu – istnienia takiej konstrukcji w SWZ Odwołujący nie udowodnił. Stanowisko Odwołującego zostało przytoczone niemal w całości po to, by wykazać, że poprzestał
on na gołosłownych twierdzeniach.
Co niezwykle istotne dla rozstrzygnięcia – w toku rozprawy Odwołujący przyznał, że ma odpowiedni potencjał i możliwość prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a zagrożeń upatruje w przewlekłości działań organów administracji. Odwołujący nie wykazał przy tym
prawdziwości swojego twierdzenia o szczególnie opieszałym działaniu administracji województw na terenie których ma

być realizowane zamówienia. Izba nie ma podstaw
by kwestionować negatywne doświadczenia Odwołującego, ale winien on udowodnić,
że nieprawidłowości po stronie organów administracji mają charakter na tyle stały i regularny, że Zamawiający powinien ten fakt uwzględnić w planowaniu harmonogramu realizacji zadania.
Zamawiający jest uprawniony do przyjęcia krótkich, wymagających terminów realizacji przedmiotu zamówienia, o ile wynika to z jego obiektywnych potrzeb i jest uzasadnione okolicznościami. W ocenie Izby chęć utrzymania dofinansowania z KPO stanowi takie uzasadnienie. Okres kwalifikowalności wydatków w ramach KPO jest czynnikiem całkowicie niezależnym od Zamawiającego. Wydatki poniesione po upływie tego okresu obciążą Zamawiającego w takim sensie, że będzie on musiał zapewnić inne źródło finansowania bądź zrezygnować z części przedmiotu zamówienia. Chęć skorzystania z finansowania zadania
ze środków KPO jest więc racjonalnym uzasadnieniem terminów przyjętych w SWZ.
W zakresie zarzutów naruszenia zasad uczciwej konkurencji Izba wskazuje, że Odwołujący nie określił jaka grupa wykonawców uzyska uprzywilejowaną pozycję przez określenie krótkich terminów realizacji przedmiotu zamówienia. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji skutkuje tym, że określeni wykonawcy uzyskują przewagę nad pozostałymi bądź część wykonawców jest dyskryminowania, nawet jeśli to naruszenie ma wyłącznie potencjalny charakter.
Terminy realizacji przedmiotu zamówienia niewątpliwie są bardzo restrykcyjne i trudne
do dotrzymania, ale nie oznacza to automatycznie, że niemożliwe do utrzymania. Zamawiający przy tym uzasadnił je koniecznością realizacji zadania w okresie kwalifikowalności wydatków w ramach KPO. W ocenie Izby argument ten jest wystarczającym uzasadnieniem kwestionowanych w odwołaniu terminów, w zestawieniu z faktem, że Odwołujący nie podjął próby udowodnienia, że terminy te są obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.
Odwołujący nie wykazał również, aby wyznaczone przez Zamawiającego terminy wykonania zamówienia i jego poszczególnych etapów powodowały, że wykonanie zamówienia jest świadczeniem niemożliwym w rozumieniu art. 387 § 1 Kc. W zakresie tego zarzutu Odwołujący zaniechał choćby należytego uzasadnienia swojego stanowiska.
Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał:
„Zamawiający podkreśla, że niniejszy zakres zamówienia ogranicza się do wykonania tych samych robót w różnych lokalizacjach (przejazdy kolejowe). Wobec tego, ocenę realności określenia przez zamawiającego terminu należy dokonać przez pryzmat wykonania prac
na jednym tylko przejeździe kolejowym. Warunki zamówienia nie wprowadzają jakichkolwiek ograniczeń w zakresie konieczności prowadzenia robót tzw. kroczących (realizacji przejazdu po wykonaniu innego przejazdu). Wykonawca uprawniony jest (ale i zobowiązany ze względu na określony przez zamawiającego termin) do realizacji prac jednocześnie na wszystkich przejazdach.
Etapy określone w dokumentacji zostały przyjęte ze względu na zamiar dokonywania jak najczęstszych płatności na rzecz wykonawcy. Jednakże są to terminy graniczne, a więc wykonawca nie musi czekać na upływ terminu jednego etapu by rozpocząć kolejny.
Tym samym, ocena realności terminu sprowadza się wyłącznie do środków i personelu jaki zaangażuje do wykonania zamówieni wykonawca. Oczywiście zamawiający liczy się z faktem możliwości zwiększenia ceny ze względu na konieczność jednoczesnego zaangażowania personelu wykonawcy”.
Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy
na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący …….....