Sygn. akt: KIO 2004/16

WYROK
z dnia 7 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez Budimex Spółka Akcyjna. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku,

przy udziale:
- Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
  Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobierzycach zgłaszającej przystąpienie • do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie postanowień punktu 11 z części 4 „WYMAGANIA - WYMAGANIA FORMALNE", rozdz. II specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Budowa Regionalnej Drogi Racibórz-Pszczyna etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221,00 w Rybniku i Żorach oraz budowa Drogi Śródmiejskiej"; oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex Spółka Akcyjna. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Miasta Rybnik z siedzibą w Rybniku na rzecz Budimex Spółka Akcyjna. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Sygn. akt: KIO 2004/16

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Rybnik z siedzibą w Rybniku, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Regionalnej Drogi Racibórz-Pszczyna etap I do IV: km 0,0+000 do 10+221,00 w Rybniku i Żorach oraz budowa Drogi Śródmiejskiej".

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 197-354676 z dnia 12.10.2016 r.

W dniu 21 października 2016 Budimex Spółka Akcyjna. z siedzibą w

Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
2. art 14 ust. 1 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i przejrzystości,

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano [referowane w zakresie zarzutów podtrzymywanych przez Odwołującego]:

„[…]

II.A.

Na stronie 7 SIWZ, w Rozdziale II („Przedmiot zamówienia") w części nr 4 WYMAGANIA - WYMAGANIA FORMALNE, punkt 11 został sformułowany następująco (podkreślenie od aut.).

W przypadku kiedy właściciele i administratorzy sieci i urządzeń będą wykonywać roboty dodatkowe na swoich sieciach i urządzeniach, konieczne do prawidłowej realizacji zadania, Wykonawca robót objętych niniejszym zamówieniem nie będzie miał prawa do roszczeń z tytułu wydłużenia terminu umowy na roboty budowlane oraz z tytułu kosztów przestoju. W takim przypadku Wykonawca robót jest zobowiązany udostępnić wybranemu Wykonawcy teren budowy, celem wykonania przedmiotowych prac.

Powyższe ujęcie SIWZ jest nieprawidłowe z następujących przyczyn.

Po pierwsze, kwestionowane postanowienie SIWZ narzuca na Wykonawców obowiązek skoordynowania prac z innymi podmiotami, od niego niezależnymi, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do zakresu, skali i terminów możliwych innych prac. Zamawiający, przekazując Wykonawcom informacje o konieczności udostępnienia placu budowy innym podmiotom nie precyzuje nawet tego na czyje zlecenie wskazywani właściciele i administratorzy sieci i urządzeń mieliby wykonywać roboty dodatkowe i czy są to roboty wchodzące w zakres tej inwestycji.

W tym kontekście, należy wskazać, że samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej.

Podkreślenia wymaga, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestojów i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które miałby ponieść Wykonawca. Przy

braku jakichkolwiek danych umożliwiających wycenę tego ryzyka, jego przerzucenie na Wykonawcę należy uznać za nieuzasadnione.

Uzupełniająco w odniesieniu do tej argumentacji warto też wskazać na wyrok KIO w sprawie o sygn. KIO 411/13, gdzie stan faktyczny sprawy polegał na nałożeniu na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany. Izba uznała, iż w takim stanie faktycznym doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje".

Niezależnie od powyższego, podkreślenia wymaga również to, że Zamawiający a priori, wyłączając możliwość zgłaszania przez Wykonawcę roszczeń o przedłużenie terminu realizacji i wynagrodzenia, przyjął, iż udostępnienie innemu Wykonawcy terenu budowy w celu realizacji przez niego prac dodatkowych nie stanowi uzasadnienia dla zmian w kontrakcie z tego tytułu. Taka konstrukqa jest nielogiczna i sprzeczna z doświadczeniem życiowym. Akceptacja takiego postanowienia prowadziłaby bowiem de facto do tego, że Wykonawca musiałby wziąć na siebie odpowiedzialność za zakres i długość prac wykonywanych przez inne, niezależne od niego podmioty. Przykładowo mogłoby to sprowadzić się do sytuacji, w której pomimo prawidłowego wywiązania się ze zobowiązań bezpośrednio na niego nałożonych, przez wzgląd na brak zakończenia prac na terenie budowy przez inne podmioty, Wykonawca nie mógłby zgłosić inwestycji do odbioru i zobowiązany byłby do płacenia kar umownych z tytułu opóźnień w realizacji kontraktu.

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego, iż Wykonawca ma dokonać kalkulacji ryzyka z tym związanego w swojej ofercie, Odwołujący wskazuje, iż oszacowanie konsekwencji wykonywania prac przez inne podmioty (bez choćby wskazania skali i terminów ich wykonywania) jest obiektywnie niemożliwe przez jakikolwiek podmiot profesjonalnie działający na rynku. Brak jakichkolwiek danych do oszacowania takiego ryzyka powoduje ponadto, że każdy z potencjalnych wykonawców mógłby inaczej skalkulować okoliczność z tym związaną w swojej ofercie, co wprost przekładałoby się na nieporównywalność i niekonkurencyjność złożonych ofert. Pozostawienie postanowień w obecnym kształcie jest więc obiektywnie niekorzystne również dla samego Zamawiającego, który powinien

---

kierować się zasadą ragonalnego wydatkowania środków publicznych i dążeniem do zachowania konkurencyjności w ramach postępowania.

W tym kontekście, nawiązując jednocześnie do argumentacji i stanowiska orzeczniczego przedstawionego w pkt I powyżej, wskazać przy tym należy, że kwestionowane postanowienie SIWZ stanowi wyraz nieakceptowanego opisywania przedmiotu zamówienia za pośrednictwem okoliczności przyszłych, niemożliwych do przewidzenia, a w konsekwencji przerzucania skutków z tym związanych na Wykonawców, będącego wyrazem nadużywania pozyqi dominującej Zamawiającego jako gospodarza postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający formułując postanowienie o takiej treści dopuścił się naruszenia w szczególności: art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację treści Rozdziału II pkt 4 ppkt 11 SIWZ i nadanie mu następującego brzmienia: *„W przypadku kiedy właściciele i administratorzy sieci i urządzeń będą wykonywać roboty dodatkowe na swoich sieciach i urządzeniach, konieczne do prawidłowej realizacji zadania, Wykonawca robót objętych niniejszym zamówieniem , zobowiązany będzie udostępnić wybranemu Wykonawcy teren budowy, celem wykonania przedmiotowych prac. Jeżeli powyższe roboty dodatkowe wpłyną na zakres i harmonogram orać Wykonawcy, to będzie stanowiło to podstawę do wydłużenia terminu wykonania zamówienia oraz zwiększenia wynagrodzenia z tytułu kosztów przestoju".*

II.B.

Na stronie 8 SIWZ, w Rozdziale II („Przedmiot zamówienia'7), w części nr 5 WYMAGANIA - ETAP PRZED PRZYSTĄPIENIEM DO ROBÓT BUDOWLANYCH, punkt 2 został sformułowany następująco (podkreślenie od aut.).

Wykonawca przed przystąpieniem do robót w obrębie istniejących dróg publicznych, jest zobowiązany do opracowania Projektu tymczasowej organizacji ruchu. Opracowanie projektu tymczasowej organizacji ruchu, z uwzględnieniem zastrzeżeń niniejszego OPZ, należy wykonać z odpowiednim wyprzedzeniem, w celu uzyskania stosownych opinii i uzgodnień oraz zatwierdzenia. Opóźnienia z tego tytułu nie mogą być powodem roszczeń Wykonawcy do wydłużenia terminu realizacji zadania. Wykonawca na własny koszt przygotuje tymczasowa organizację ruchu na czas robót wraz z wynikającą z tego komunikacją zastępczą (ruch kołowy oraz pieszy, ruch kolejowy jeżeli będzie wymagać PKP) i uzyska niezbędne zatwierdzenia w tym

zakresie. W zależności od potrzeb i postępu robót, jeżeli zachodzi taka konieczność, projekt organizacji ruchu powinien być na bieżąco aktualizowany przez Wykonawcę. Każda zmiana w stosunku do zatwierdzonego projektu tymczasowej organizacji ruchu wymaga każdorazowo ponownego zatwierdzenia projektu. Powyższe nie może być powodem roszczeń, związanych z przesunięciem planowanego terminu wykonania robót budowlanych. W ramach ceny ofertowej należy przewidzieć wszystkie czynności niezbędne dla prawidłowego wprowadzenia, utrzymania oraz likwidacji tymczasowej organizacji ruchu. W trakcie realizacji robót Wykonawca będzie zobowiązany na bieżąco prowadzić raporty z przeglądu oznakowania na czas prowadzenia robót. Raport powinien być uwzględniony w protokole z cotygodniowych rad technicznych oraz comiesięcznych rad budowy.

Powyższe ujęcie SIWZ jest nieprawidłowe z następujących przyczyn.

Koszty komunikacji zastępczej są kosztami niezależnymi od Wykonawcy, których skali Wykonawca nie jest w stanie jednoznacznie przewidzieć. W tym kontekście, podkreślenia bowiem wymaga, że z kwestionowanego postanowienia wyraźnie wynika, iż komunikacja zastępcza, której organizacją i kosztami byłby obciążony Wykonawca, obejmuje także konieczność organizacji komunikami zastępczej w ramach PKP, gdzie umowy z przewoźnikami zawierane są wyłącznie przez PKP, a ich treść jest uniezależniona w całkowity sposób od Wykonawcy (por. cytowany poniżej wyrok KIO o sygn. KIO 1121/16). Tym samym, narzucenie Wykonawcy konieczności poniesienia nie znanych kosztów komunikacji zastępczej na których wysokość Wykonawca nie ma wpływu powoduje naruszenie art.29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp albowiem opisuje przedmiot zamówienia (element wyceny części obowiązków umownych) w sposób bliżej niedookreślony oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Rozbieżności wynikające z podjętego przez wykonawców ryzyka oraz odmiennej interpretacji dotyczącej realizacji komunikacji zastępczej spowodują, iż oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu nie będą miarodajne. Co więcej, podkreślenia wymaga, iż w dotychczasowych postępowaniach dotyczących realizacji inwestycji drogowych, Zamawiający nie wprowadzali takiego postanowienia, obciążającego kosztami komunikacji zastępczej Wykonawców; jest to postanowienie charakterystyczne dla przetargów kolejowych, stąd też zidentyfikowane ryzyko w tym przedmiocie.

Każdy z Wykonawców może przyjąć zupełnie inne podstawy skalkulowania tego rodzaju kosztu, zwłaszcza, że Zamawiający nie przekazał potencjalnym wykonawcom jakichkolwiek założeń, którymi mieliby się w tym zakresie kierować. W konsekwencji, wprost prowadzi to do ryzyka uzyskania nieporównywalnych i niekonkurencyjnych

względem siebie ofert, co jest zjawiskiem niekorzystnym dla samego Zamawiającego. Ryzyko to jest tym większe, że koszty komunikacji zastępczej mają niebagatelne znaczenie w kontekście kosztów realizacji inwestycji o takim przedmiocie, stanowiąc istotny czynnik cenotwórczy.

W odniesieniu do kwestii związanej z kosztami komunikacji zastępczej warto też zwrócić uwagę, że kwestia ta była już przedmiotem rozstrzygania przez Krajową Izbę Odwoławczą - przykładowo w wyroku z dnia 21 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 1121/16). Ww. rozstrzygnięcie zapadło co prawda na tle realizacji inwestycji kolejowych, nie mniej, można traktować je w sposób pomocniczy. Stanowisko to sprowadzało się natomiast do konstatacji, iż nieprawidłowym jest obciążanie Wykonawców koniecznością oszacowania kosztów komunikacji zastępczej, przez wzgląd na fakt, że „(...) wykonawcy nie posiadają tak szerokiej wiedzy jak Zamawiający w zakresie danych komunikacyjnych, nie będą także mieli prawa do wpływu na ceny w ramach komunikacji zastępczej, ani na strukturę przewozów oraz nie mają żadnej wiedzy w zakresie umów, jakie zawarł Zamawiający z przewoźnikami, a tym samym, wykonawcy nie mają możliwości przewidzenia kosztów komunikacji zastępczej..)".

Kierując się taką argumentacją, Izba nakazała zamawiającemu określenie maksymalnej szacowanej wartości tego typu kosztów, którą Wykonawcy mają w ofertach. Taką konstrukcję, w sposób uwzględnić swoich najpełniejszy umożlwiającą zachowanie porównywalności składanych ofert, we wszystkich ostatnio procedowanych przetargach stosują zresztą inni Zamawiający - w tym PKP PLK S.A., która była stroną ww. postępowania odwoławczego. Dzięki określeniu stałego dla wszystkich Wykonawców kosztu komunikami zastępczej nie będzie to element stanowiący dia oferentów czynnika ryzyka, a jego niedoszacowanie/ przeszacowanie nie będzie miało wpływu na brak konkurencyjności złożonych ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający formułując postanowienie o takiej treści dopuścił się naruszenia w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 14 ust. 1 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym. Odwołujący wnosi o modyfikacje treści SIWZ poprzez:

usuniecie postanowienia o kwestionowanej treści z Rozdziału II pkt 5 ppkt 2 − SIWZ.

ewentualnie:

określenie maksymalnej wartości kwoty przeznaczonej na wykonanie usług − komunikacji zastępczej, która Wykonawcy mają uwzględnić w swoich ofertach.

[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Natomiast zgodnie z ust. 2 art. 29 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zarzuty odwołania wpisują się w tym przypadku w dyskusję na temat dopuszczalnego zakresu i rozkładu ryzyk kontraktowych, co do których dany, sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia przerzuca odpowiedzialność kontraktową na wykonawcę.

Odnośnie powyższego skonstatować należy, iż generalnej zasady czy dokładnej granicy delimitującej tego typu

dopuszczalność w zamówieniach publicznych określić nie sposób. Należy raczej tego typu rozróżnienie dopuszczalności sposobów opisu przedmiotu zamówienia oceniać kauzalnie, z uwzględnieniem wszystkich indywidualnych okoliczności danej sprawy – uwzględniając przy tym oczywiście postulaty dotyczące sposobu opisu przedmiotu zamówienia wynikające z samych przepisów (głównie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp).

Postanowienia SIWZ kwestionowane w ramach zarzutu opisanego w pkt II.A. uzasadnienia odwołania, nie mieszczą się w ramach ww. wymagań ustawowych, co do oznaczoności i dookreślenia przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nałożył w tym przypadku na wykonawców obowiązek znoszenia na placu budowy podmiotów trzecich oraz prowadzonych przez nich bliżej nieokreślonych prac budowalnych, które w nie wiadomo jaki sposób wpłynąć mogą na okres oraz przebieg zamawianych robót (a tym samym również ich koszt). Jednocześnie Zamawiający wyłączył możliwość dochodzenia przez wykonawców jakichkolwiek roszczeń, a tym samym i zwolnienia się w związku z tym z innych obowiązków kontraktowych.

Powyższe w rzeczywistości nakłada na wykonawców obowiązek uwzględnienia w ofercie i przy planowaniu wykonania zamówienia, ryzyka wystąpienia nieokreślonych prac budowlanych prowadzonych przez podmioty od wykonawcy niezależne, zależne natomiast w tym przypadku od Inwestora/Zamawiającego. Zakres tego typu prac, okres ich wykonywania oraz zakres dezorganizacji w przebiegu realizacji zamówienia, który mogą wprowadzić, jest formalnie nieograniczony. Zastane i obowiązujące postanowienia SIWZ nie dają w tym przedmiocie wykonawcom żadnych gwarancji i zabezpieczeń. Wykonawcy mogą więc polegać jedynie na dobrej woli, rozsądku i składanych na rozprawie zapewnieniach Zamawiającego, że zakres tego typu robót wykonywanych przez gestorów sieci nie będzie wielki (będą to drobne prace polegające na zabezpieczeniach sieci), a Zamawiający nie wyrazi zgody na prace, które wpłyną obstrukcyjnie na długość trwania kontraktu.

Tego typu postanowień SIWZ sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Innymi słowy, określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, którą oceniane postanowienia punktu 11 z części 4 „WYMAGANIA - WYMAGANIA FORMALNE”, rozdz. II SIWZ w ten sposób naruszają.

W związku z powyższym nakazano wykreślenie ww. postanowień SIWZ, co pozwoli Zamawiającemu na ich sporządzenie od nowa, w sposób zgodny z jego potrzebami związanymi z zabezpieczeniem koordynacji prac na placu budowy oraz obowiązującymi w tym zakresie przepisami art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Sprawą Zamawiającego pozostaje, czy uczyni

to przez bliższe określenie zakresu i terminów prac gestorów sieci, które winni uwzględnić w swoich ofertach wykonawcy, czy przez wprowadzenie do SIWZ postanowień, które umożliwią wykonawcom kompensację ryzyk z tym związanych (co postulował Odwołujący).

Oddalono natomiast odwołanie w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutu opisanego w pkt II.B. uzasadnienia odwołania, uznając go za niezasadny.

Brak informacji na temat kosztów organizacji zastępczego ruchu pociągów, którego obowiązek zapewnienia nałożono na wykonawcę w trakcie przebudowywania obiektów w pasie drogowym wpływających na możliwość użytkowania wskazanej linii kolejowej, mieści się w zakresie ryzyk kontraktowych, które wykonawcy mogą i powinni w tym przypadku na siebie przyjąć – za zasadzie swobody kontraktowania. Brak natomiast podstaw do narzucania Zamawiającemu, aby ryzyka te wziął na siebie.

Zamawiający jak najbardziej opisał w tym przypadku zakres swoich wymagań definiowanych przez cel, który wykonawcy mają osiągnąć – zapewnienie zastępczego ruchu

na drogach i liniach, na których przejezdność wykonanie przedmiotu zamówienia może wpływać. Wykonawcy znają więc zakres wymaganych prac oraz ich czasookres, który zależy zresztą od przyjętego przez nich sposobu ich wykonywania i organizacji. Wiedzą również jakich dróg i linii kolejowych obowiązek zapewnienia ruchu dotyczy. Jedyną niewiadomą jest w tym przypadku rozkład i koszt przejazdów, których wymagało będzie PKP na swojej linii w okresie jej wyłączenia z powodu prowadzonych prac budowlanych na drodze objętej przedmiotem zamówienia. Sprawą wykonawców pozostaje więc w jaki sposób spodziewane koszty z tego tytułu wycenią, jaki margines ceny ofertowej na pokrycie ich ewentualnego wzrostu przewidzą. W ich gestii również pozostaje w jaki sposób taki koszt oszacują: czy na podstawie historycznych danych statystycznych, czy przez uzyskanie stosownych zapewnień i preliminarzy od użytkowników linii kolejowej (przede wszystkim PKP), której wymagania Zamawiającego dotyczą.

Izba jeszcze raz podkreśla, że Zamawiający opisał w tym zakresie przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – podał jakiej linii kolejowej obowiązek zapewnienia ruchu zastępczego dotyczy. Brak podstaw do nakładania na Zamawiającego obowiązku poniesienia ryzyk związanych z niemożliwością oszacowania dokładnego kosztu przejazdów w okresie wykonywania zamówienia. Tym bardziej, iż Zamawiający ma ku temu jeszcze mniej danych niż wykonawca, od którego okres i czas wykonywania robót w istocie zależy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

11

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

12