Sygn. akt: KIO 2631/12
Sygn. akt: KIO 2655/12

WYROK
z dnia 17 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 30 listopada 2012 roku przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2631/12)
B. w dniu 3 grudnia 2012 roku przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (sygn. akt KIO 2655/12)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy**

przy udziale:
A. wykonawcy **BUNTE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2631/12, KIO 2655/12, po stronie Odwołującego,
B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2631/12, po stronie Odwołującego,
C. wykonawcy **Mota Engil Central Europe S.A z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego

swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2631/12, KIO 2655/12, po stronie Odwołującego,
D. wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2655/12, po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołujących:**
A. BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2631/12)
B. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 2655/12) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych zero groszy), w tym:
2.1.1. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie,** (sygn. akt KIO 2631/12) tytułem wpisu od odwołania,
2.1.2. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,** (sygn. akt KIO 2655/12) tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……..
……

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 2631/12

W dniu 30 listopada 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113, poz. 759 ze zm.) (zwanej dalej „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Kontynuacja *budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348+215+850"* prowadzi Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy.

Odwołanie wniesiono wobec treści zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), wprowadzonych w wyniku zmian dokonanych przez Zamawiającego pismem z dnia 22 listopada 2012 r. oraz opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 22 listopada 2012 r. i prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. zapisów:

I. Tom I SIWZ, Rozdział 1, pkt 6, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularz oferty - pkt 4, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Załącznik do Oferty - Dane kontraktowe, wiersz „Wymagania Minimalne Ilości wykonania":

1) Wykonanie w terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) W terminie 9 miesięcy od zawarcia umowy:
a) przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego, Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla trasy zasadniczej wraz z węzłem Brzezie oraz niezbędnych obiektów Inżynierskich,
b) wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.4, organizacji ruchu dla trasy zasadniczej i węzła Brzezie.
3) W terminie 11 miesięcy od podpisania umowy, przekazanie zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji uzyskanie na użytkowanie lub złożenie zawiadomień pozwolenia umożliwiającej o zakończeniu obiektów budowlanych dla Kontraktu „Kontynuacja budowy autostrady A- 1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348-1-215+850" dla pozostałych obiektów budowlanych,

4) W terminie 6 miesięcy od zawarcia umowy ukończenia wszystkich robót na wiaduktach:
WD - 185 i drodze zbiorczej DZ -3/2 (droga powiatowa nr 2909C Włocławek - Choceń) wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji do uzyskania pozwolenia na użytkowanie,
WD 190 i drodze DL - 3/8 wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.
oraz pismem z dnia 27 listopada 2012 r., opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Wspólnot Europejskich w dniu 27 listopada 2012 r., a prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o Zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich tj. zapisów:

I. Tom I SIWZ, Rozdział 1, pkt 6, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularz oferty - pkt 4, Tom I SIWZ, Załącznik do Oferty - Dane kontraktowe, wiersz „Wymagania Minimalne Ilości wykonania":

1) Wykonanie w terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) W terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy ukończenia wszystkich robót na wiaduktach:
WD - 185 i drodze zbiorczej DZ -3/2 (droga powiatowa nr 2909C Włocławek - Choceń) wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskania pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu,
WD 190 i drodze DL - 3/8 wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej

uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu.
3) W terminie 9 miesięcy od zawarcia umowy:
a) przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego, Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu obu jezdni A-1 wraz z węzłem Brzezie i węzłem Pikutkowo oraz niezbędnymi obiektami Inżynierskimi,
b) wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.1, organizacji ruchu dla obu jezdni A-l, węzła Brzezie oraz węzła Pikutkowo,
4) W terminie 11 miesięcy od zawarcia Umowy przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenia zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek lll Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850".

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu ukształtowanie treści SIWZ w sposób sprzeczny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2211/12, 2212/12, 2223/12, 2224/12) oraz z naruszeniem przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:
1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 193 ust. 3 pkt 1, art.36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 41 pkt 6 ustawy Pzp, art. 353 1 KC i 387 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez modyfikację terminów pośrednich (tj. Kamieni Milowych) realizacji zamówienia w sposób niezgodny z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2211/12, 2212/12, 2223/12, 2224/12) - brak stosownego przedłużenia terminów Kamieni milowych do przedłużonego Czasu na ukończenia oraz poprzez zmodyfikowanie zdarzeń stanowiących Kamienie milowe i ustalenie ich terminów wykonania w sposób (także z pominięciem nakazu Wyroku tj. stosownego przedłużenia Kamieni milowych) uniemożliwiający zachowanie i należyte wykonania Zamówienia we wskazanych terminach pośrednich (tj. Kamieni Milowych).

W konsekwencji powyższego zarzutu Odwołujący wnosi o zmianę terminów realizacji Kamieni Milowych tj. o zmianę treści zapisów zawartych w Tom I SIWZ, Rozdział 1, pkt 6, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularz oferty - pkt 4, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Załącznik do Oferty - Dane kontraktowe, wiersz „Wymagania Minimalne Ilości wykonania” i nadanie im poniższego brzmienia:
1) Wykonanie w terminie 9 miesięcy od zawarcia Umowy i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) W terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy ukończenia wszystkich robót na wiaduktach:
WD - 185 i drodze zbiorczej DZ -3/2 (droga powiatowa nr 2909C Włocławek - Choceń) wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskania pozwolenia na użytkowanie i dopuszczenie do ruchu,
WD 190 i drodze DL - 3/8 wraz z przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i dopuszczenie do ruchu.
3) W terminie 10 miesięcy i 3 tygodni od zawarcia umowy:
a) Przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego, Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu obu jezdni A-1 wraz z węzłem Brzezie i węzłem Pikutkowo oraz niezbędnymi obiektami Inżynierskimi,
b) Wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.1, organizacji ruchu dla obu jezdni A-1, węzła Brzezie i węzła Pikutkowo,

---

4) W terminie 11 miesięcy od zawarcia umowy, przekazanie zgodnie z art. 57 ust. 1,2,3 Prawa Budowlanego Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenia zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków.

Odcinek III Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850".

Odwołujący wyjaśnił, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i wniesieniu środka ochrony prawnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą i w sposób profesjonalny zajmuje się wykonywaniem robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. W konsekwencji powyższego Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym złożeniem oferty na realizację Zamówienia.

Utrzymanie kwestionowanych przez Odwołującego postanowień może narazić go na szkodę zarówno wtedy, gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane zapisy. Odwołujący posiada uzasadniony interes w skorzystaniu z przysługujących my środków ochrony prawnej i wniesieniu odwołania wobec ustalonych przez Zamawiającego warunków SIWZ i umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż w wyroku z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2211/12, 2212/12, 2223/12, 2224/12) („WYROK") Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała Zamawiającego do modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") na realizację zamówienia poprzez zmianę w Rozdziale I SIWZ opracowanej w postępowaniu na Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal" (bez węzła) km 186+348+215+850" treści punktu 6 poprzez wprowadzenie 12 miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, oraz stosowne przedłużenie terminów określonych w pkt 6 lit. a-d SIWZ.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający tylko pozornie wykonał nałożone na niego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 29 października 2012 r. zobowiązanie w zakresie modyfikacji SIWZ.

Zamawiający zmodyfikował Czas na Ukończenie Zamówienia poprzez wydłużenie przedmiotowego czasokresu z 9 miesięcy do 12 miesięcy, jednocześnie modyfikując Kamienie milowe w taki sposób, iż de facto wykonawca będzie zobowiązany do wykonania zamówienia w terminach istotnie krótszych niż wynikałoby to z całkowitego przedłużenia czasu realizacji kontraktu i przyczyn przedłużenia terminów realizacji tj. okresu zimowego. W konsekwencji powyższego Zamawiający nie zastosował się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012 r., a modyfikując zakres i termin tzw. Kamieni milowych ponownie wprowadził niemożliwe do zachowania terminy pośrednie realizacji Zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku jednoznacznie stwierdziła, iż „Izba wzięła pod uwagę wskazane przez odwołujących i uczestników postępowania okoliczności pogodowe, których nastanie jest prawdopodobne w okresie zimowym, a które uniemożliwiają realizacje robót. Izba stwierdziła, iż biorąc pod uwagę terminy ustawowe znaczone dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym terminy na składanie i rozpoznawanie środków ochrony prawnej wysoce prawdopodobne jest, że umowa zostanie podpisania w okresie zimowym. Oświadczenie Zamawiającego, iż umowa zostanie podpisana nie wcześniej niż 15 marca 2013 r. nie znajduje oparcia w treści dokumentacji, co daje wykonawcom podstawę do obaw, iż termin na wykonanie zamówienia będzie upływał w czasie, kiedy wykonywanie robót będzie niemożliwe ze względów pogodowych. W konsekwencji uwzględnienia powyższych okoliczności towarzyszących realizacji zamówienia, Izba uznała za konieczne i zasadne przedłużenie o okres 3 miesięcy Czasu na ukończenie oraz stosowne przedłużenie terminów wyznaczonych w SIWZ Kamieni milowych".

Zamawiający wykonując wyrok wyłącznie literalnie przedłużył Czas na ukończenie zgodnie z wyrokiem wydłużając go o wskazany przez Krajową Izbę Odwoławczą czas 3 miesięcy, a nie dokonując stosownego przedłużenia czasu realizacji Kamieni milowych.

Wykonawca przedstawił argumentację popierającą zarzuty stawiane Zamawiającemu:
1) Zamawiający przedłużył wymagany w pierwotnym SIWZ czas na wykonanie Kamienia milowego polegającego na wykonaniu 40% wartości Zaakceptowanej Kwoty Kontraktu z 5 miesięcy do 6 miesięcy. Wykonanie pierwszych 40% wartości kontraktu przypada nieuchronnie na okres zimowy, dlatego też przy założeniu jednakowej wydajności dziennej robót, wykonawca musi dysponować czasem dłuższym o 3 miesiące na wypełnienie przedmiotowego warunku. W konsekwencji wykonawca wnosi o stosowne wydłużenie Kamienia milowego na okres 8 miesięcy.
2) W odniesieniu do Kamienia milowo zapisanego w ostatecznej wersji SIWZ z dnia 27 listopada 2012 r., Odwołujący uzasadnia następująco: w wersji tej wymaga się, by

wykonawca przekazał Zamawiającemu dokumenty umożliwiające uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w odniesieniu do obu jezdni autostrady A -1 wraz z węzłem Brzezie i Pikutkowo. Oznacza to obowiązek fizycznego ukończenia robót dla tego zakresu w ciągu 8 miesięcy. W wersji oryginalnej SIWZ wymagano, aby wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie dla całości odcinka autostrady w ciągu 9 miesięcy, co oznacza, iż wykonawca musiałby ukończyć fizycznie cały zakres prac w ciągu 7 miesięcy (jeden miesiąc na wykonanie dokumentacji powykonawczej plus jeden miesiąc na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie). Wynika stąd, iż Zamawiający przedłużył termin wykonania robót jedynie o 1 miesiąc. Ponieważ jednak rozmiar robót wymagany w tym Kamieniu milowym jest nieco mniejszy od rozmiaru robót wymaganego dla całości zadania wykonawca uwzględnia ten fakt jak

---

następuje: ilość robót bitumicznych do wykonania wedle omawianego Kamienia milowego wynosi 416 607,85 tony, natomiast całkowita ilość robót opiewa na 529 331,59 tony to wymagany okres przedłużenia (2 miesiące) powinien być zredukowany współczynnikiem 79% tj. 2 miesiące x 0,79 = 48 dni. W załączeniu Odwołujący przedstawił stosowny algorytm wyliczeniowy, oparty na przedmiarach.

Odwołujący podniósł, iż nadal data podpisania umowy, mając na uwadze ustawowe terminy przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia, nastąpi w okresie zimowym. Modyfikując treść SIWZ pismem z dnia 22 i 27 listopada 2012 r., wbrew oświadczeniom składanym w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławcza w dniu 29 października 2012 r., Zamawiający nadal nie wprowadził zapisu wskazującego na fakt, iż termin podpisania umowy nie zostanie wyznaczony na datę wcześniejszą niż dzień 15 marca 2013 roku. Powyższe dodatkowo dowodzi, iż podpisanie umowy na realizacje zamówienia, która to data nadal rozpoczyna bieg terminu na realizację zamówienia i bieg wskazanych terminów Kamieni milowych, nastąpi w okresie zimowym, w którym wykonawca będzie pozbawiony możliwości prowadzenia robót w okresie wliczanym już do czasu realizacji zamówienia. Brak stosownego przedłużenia terminów pośrednich realizacji zamówienia tj. z pominięciem okresu zimowego przypadającego na czas realizacji prac powoduje, iż niemożliwe jest dotrzymanie terminów Kamieni milowych wyznaczonych przez Zamawiającego.

W dniu 3 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Mota Engil Central Europe S.A z siedzibą w Krakowie.** Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 30 listopada 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że pozostawienie zapisów SIWZ w obecnym kształcie prowadzi do naruszenia wydanego wcześniej wyroku KIO oraz do znaczącego wzrostu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Przystępujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wykonywania robót objętych przedmiotem zamówienia i zamierza ubiegać się o jego udzielenie. Utrzymanie dotychczasowych zapisów SIWZ może prowadzić do narażenia go na szkodę w sytuacji, gdy zamówienie zostanie mu przyznane, nie będzie miał możliwości dotrzymania terminów umownych. Jeżeli zaś nie złoży oferty, to nie osiągnie zysków, które mógłby osiągną w razie realizacji zamówienia.

W dniu 3 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą**

---

w Pruszkowie. Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 30 listopada 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

Wykonawca wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego, ponieważ jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w sektorze inwestycji infrastrukturalnych. Zainteresowany jest udziałem w przedmiotowym postępowaniu, złożeniem oferty i ewentualną realizacją zamówienia. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty, będzie on zobowiązany do podpisania umowy i realizacji zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ. Zamawiający mimo ciążącego na nim obowiązku nie uwzględnił w pełni wyroku KIO dokonując modyfikacji treści SIWZ,

w związku z powyższym w interesie zgłaszającego jest uwzględnienie żądań odwołania i dokonanie modyfikacji zaskarżonych zapisów SIWZ w zaproponowany przez Odwołującego sposób.

W dniu 6 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Bunte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.** Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 3 grudnia 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

W ocenie zgłaszającego zarzuty i żądania odwołania wprowadzenia w SIWZ zmian są w pełni zasadne i zasługują na uwzględnienie. Wnosi o uwzględnienie odwołania w pełnym zakresie i nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich modyfikacji SIWZ. Posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego ponieważ zamierza ubiegać się o udzielnie przedmiotowego zamówienia, a sformułowane warunki kontraktu w SIWZ narażają go na szkodę przez uniemożliwienie mu rzetelnego przygotowania oferty i oszacowania ryzyka związanego z realizacją zamówienia, w wyniku może być on pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

Sygn. akt KIO 2655/12

W dniu 3 grudnia 2012 roku (pismem z dnia 30 listopada 2012 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie złożył wykonawca **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu pn. „Kontynuacja *budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków'. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366"*

Odwołanie wniesiono na czynność Zamawiającego polegającą na nie zastosowaniu się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2012r. sygn. akt: KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12 oraz na treść zmienionych przez

Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz zmian wprowadzonych w SIWZ, dokonanych w sposób sprzeczny z prawem, to jest na:
1. Zmianę postanowienia pkt VI. 3. Ogłoszenia oraz zmianę Tom I SIWZ, Rozdział 1 pkt 6 SIWZ, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularza oferty - pkt 4, Tom I SIWZ. Rozdział 2, Załącznik do oferty - Dane kontraktowe wiersz „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania" pkt 8.13., z dnia 27 listopada 2012 r. w zakresie dotyczącym: Wymagania Minimalnych Ilości Wykonania, tj. że:
1) „wykonanie w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy i odebrania Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy ukończenie wszystkich robót na wiadukcie WD-154a wraz z dojazdami (zakres przebudowy drogi krajowej nr 1) oraz na drogach dojazdowych DD1/6, DD1/5 i DD1/4 oraz przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu,
3) w terminie 8 miesięcy od zawarcia Umowy:
a. przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego, Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu obu jezdni A-1 wraz z węzłem Czerniewice i węzłem Odolion oraz niezbędnymi obiektami inżynierskimi,
b. wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.1, organizacji ruchu dla obu jezdni A-1, węzła Czerniewice i węzła Odolion,
4) w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 4 Prawa Budowlanego Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenie zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu "Kontynuacja budowy Autostrady A-1 Toruń-Stryków, odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366"
oraz
Zmianę postanowienia pkt VI. 3. Ogłoszenia oraz zmianę Tom I SIWZ, Rozdział 1 pkt 6 SIWZ, Tom I SIW'Z, Rozdział 2, Formularza oferty - pkt 4, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Załącznik do oferty - Dane kontraktowe wiersz „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania" pkt 8.13.,

z dnia 22 listopada 2012r. w zakresie dotyczącym: Wymagania Minimalnych Ilości Wykonania, tj. że:
1) „wykonanie w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy i odebrania Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) w terminie 8 miesięcy od zawarcia umowy:

---

a) przekazanie, zgodnie z Art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego, Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla trasy zasadniczej wraz z węzłem Czerniewice i węzłem Odolion oraz niezbędnych obiektów inżynierskich,
b) wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.4, organizacji ruchu dla trasy zasadniczej i węzła Brzezie,
3) w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy przekazanie, zgodnie z Art.. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego Nadzorowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji uzyskanie pozwolenia na użytkowanie złożenie zawiadomień lub umożliwiającej o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu "Kontynuacja budowy Autostrady A-1 Toruń-Stryków, odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366" dla pozostałych obiektów budowlanych,
4) w terminie 5 miesięcy od zawarcia umowy ukończenie wszystkich robót na wiadukcie WD-154a wraz z dojazdami (zakres przebudowy drogi krajowej nr 1) oraz na drogach dojazdowych DD1/6. DD1/5 i DD1/4 oraz przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie“’
2. Zmianę postanowienia Subklauzuli 1.1.3.3. Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie w jakim zmieniony wzór umowy przewiduje, że:
„Czas na ukończenie oznacza czas na ukończenie Robót lub Odcinka (w zależności od przypadku) - łącznie z uzyskaniem na wniosek Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie - według Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], jak został podany w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe (z jakimkolwiek przedłużeniem według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] obliczony od daty zawarcia Umowy.“
3. Zmianę postanowienia Subklauzuli 8.7. punkt (e) i (1) Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie w jakim zmieniony wzór umowy przewiduje, że:
„(e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia w terminie określonym przez Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty kontraktowej brutto za każdy dzień zwłoki“
(f) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania prac zaległych wyszczególnionych w Świadectwie Przejęcia w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty kontraktowej brutto za każdy dzień zwłoki”
4. Zmianę postanowienia Subklauzuli 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie w jakim zmieniony wzór umowy przewiduje, że:
„Niniejsza Subklauzula ma zastosowanie jedynie do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania określonej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe.”

Zamawiający przekazał wykonawcom zmiany treści SIWZ pismem z dnia 22.11.2012r. „znak: GDDKiA-0/BY-R-2/284/89/14/2012 oraz pismem z dnia 27.11.2012r., znak: GDDKiA-0/BY-R-2/284/89/15/2012.

Pierwotne ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dn. 03 października 2012r., Nr 2012/S190-312170.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:
1) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści zmienionego pkt VI. 3. Ogłoszenia oraz zmienionego postanowienia z Tom I SIWZ, Rozdział 1 pkt 6 SIWZ, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularza oferty - pkt 4, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Załącznik do oferty - Dane kontraktowe wiersz „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania” pkt 8.13, tak aby uwzględniały one rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.10.2012r., sygn. akt: KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12, to jest:
a) Modyfikację treści postanowień pkt VI. 3. Ogłoszenia oraz postanowienia z Tom I SIWZ, Rozdział 1 pkt 6 SIWZ, Tom I SIWZ, Rozdział 2, Formularza oferty - pkt 4. Tom I

SIWZ, Rozdział 2, Załącznik do oferty - Dane kontraktowa wiersz „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania” pkt 8.13, w ten sposób, że:
,,a) Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 11 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:
- w terminie 7 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40%
- wykonanie w terminie 9 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jednia), węzłach i łącznicach
- kompleksowe wykonanie w terminie 9 miesięcy od zawarcia Umowy Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice"
oraz nakazanie naniesienia Zamawiającemu odpowiednich zmian w pozostałych postanowień Ogłoszenia oraz SIWZ regulujących ten zakres;

oraz
b) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Subklauzuli 1.1.3.3. „Czas na Ukończenie" Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez usunięcie: „łącznie z uzyskaniem na wniosek Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie” i zastąpienie go zapisem:
„łącznie ze złożeniem Zamawiającemu wymaganych niezbędnych dokumentów do pozwolenia na użytkowanie"

c) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści zmienionego postanowienia Subklauzuli 8.7. punkt (e) i (f) Warunków Szczególnych Kontraktu w ten sposób, aby przewidziana kara umowna wynosiła 10.000 zł za każdy dzień zwłoki;
d) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści zmienionego postanowienia Subklauzuli 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez usunięcie dodanego zdania: „Niniejsza Subklauzula ma zastosowanie jedynie do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania określonej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe.”

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Odwołujący zainteresowany jest udziałem w przedmiotowym postępowaniu, złożeniem oferty i ewentualną realizacją zamówienia. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty będzie on zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi przez Zamawiającego, chociaż w swojej treści nie uwzględniają one uwzględnionych przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów co treści SIWZ, ale również są niezgodne z obowiązującymi przepisami. Jak wskazał bowiem Odwołujący treść SIWZ (i ogłoszenia) narusza zasady związane z prawidłowym prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowaniem zasad określonych w Kodeksie cywilnym.

Odnosząc się do poszczególnych postanowień ogłoszenia oraz SIWZ, zaskarżonych w petitum odwołania, Odwołujący podnosi, co poniżej.
Ad 1)

Odwołujący wskazał, że w pierwotnym brzmieniu (przed zmianą) ogłoszenia oraz SIWZ, Zamawiający określając termin realizacji przedmiotu zamówienia oraz Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania przewidział w pkt 6 SIWZ - Termin realizacji przedmiotu zamówienia, oraz konsekwentnie w odpowiednich postanowieniach Umowy oraz Formularza do oferty, że:
„a) Zamawiający wymaga aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 8 miesięcy od daty podpisania umowy (Czas na ukończenie), w tym:
- w terminie 4 miesięcy od zawarcia Umowy wykonanie i odebranie Robót o wartości nie mniejszej niż 40%
- wykonanie w terminie 6 miesięcy od daty zawarcia Umowy 100% warstwy wiążącej w ciągu głównym autostrady (na obu jednia), węzłach i łącznicach
- kompleksowe wykonanie w terminie 6 miesięcy od zawarcia Umowy Stacji Poboru Opłat Odolion i Stacji Poboru Opłat Czerniewice”

Powołane zapisy SIWZ zostały zaskarżone przez wykonawców do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 października 2012r. uwzględniła zarzut Odwołującego w tym przedmiocie i nakazała Zamawiającemu:
„[...] dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
1.1. zmianę w Rozdziale I SIWZ opracowanej w postępowaniu na „Kontynuacja budowy autostrady A-1 Toruń -Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366" treści pkt 6 przez wyprowadzenie 11 miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, oraz stosowne przedłużenie terminów określonych w pkt 6 ppkt 1-3 SIWZ.

Zamawiający w związku z wyrokiem KIO dokonał zmian w treści ogłoszenia oraz SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zmiany te zostały wprowadzone w ten sposób, że w dniu 22 listopada 2012r. została opublikowane pierwsza zmiana ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ pismo z dnia 22 listopada 2012 roku. W dniu 27 listopada 2012r. zostało opublikowana kolejna zmiana ogłoszenia w tym zakresie oraz pismem z tego samego dnia, 27 listopada 2012r., Zamawiający poinformował o kolejnej zmianie SIWZ w zakresie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, określając w zmienionym pkt 6 Rozdziału 1 SIWZ, że:
„Zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia został zrealizowany w terminie 11 miesięcy od zawarcia Umowy w tym:
1) wykonanie w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy i odebrania Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,
2) w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy ukończenie wszystkich robót na wiadukcie WD-154a wraz z dojazdami (zakres przebudowy drogi krajowej nr 1) oraz na drogach dojazdowych DD1/6, DD1/5 i DD1/4 oraz przygotowaniem kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu,
3) w terminie 8 miesięcy od zawarcia Umowy:
a) przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego, Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu obu jezdni A-1 wraz z węzłem Czerniewice i węzłem Odolion oraz niezbędnymi obiektami inżynierskimi,
b) wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.1, organizacji ruchu dla obu jezdni A-1, węzła Czerniewice i węzła Odolion,
4) w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenie zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu "Kontynuacja budowy Autostrady A-1

Toruń-Stryków, odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, odcinek II Odolion - Brzezie od km 163+300 do km 186+366",

W związku z wprowadzonymi zmianami, Odwołujący zarzuca, że Zamawiający nie zastosował się i nie wykonał prawomocnego wyroku KIO i dokonał zmiany treści ogłoszenia i SIWZ w sposób sprzeczny z prawem, bowiem:
a) Zamawiający dokonał w SIWZ zmian, które jedynie formalnie przedłużają termin realizacji zamówienia do 11 miesięcy, choć w rzeczywistości wykonanie robót i tak - pomimo wyroku KIO - musi nastąpić w terminie pierwotnym - to jest w ciągu 8 miesięcy od zawarcia Umowy;
b) Zamawiający wbrew wyrokowi KIO wprowadził do SIWZ nowe Wymagania Minimalnych Ilości Wykonania (kamienie milowe);
c) Wprowadzony przez Zamawiającego ppkt 3a, przewiduje taki zakres koniecznych robót do wykonania tego kamienia milowego w ciągu 8 miesięcy od zawarcia Umowy, że właściwie jest on prawie tożsamy z zakresem całości Kontraktu, co czyni iluzoryczne przedłużenie terminu realizacji zamówienia do 11 miesięcy od zawarcia Umowy.

W przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wydłużył termin wykonania robót z 8 miesięcy na 11 miesięcy, jednakże wykonanie wyroku KIO jest w tym przypadku jedynie pozorne. Faktyczny czas na ukończenie robót przez wykonawcę nie został w ogóle wydłużony. Zamawiający wprowadził bowiem nowe kamienie milowe, które zostały tak skonstruowane, że wykonawca robót i tak musi zakończyć roboty budowlane, zgromadzić kompletną dokumentację powykonawczą oraz dopełnić wszelkich formalności dla uzyskania

pozwolenia na użytkowanie w pierwotnym terminie przewidzianym w SIWZ, to jest w ciągu 8 miesięcy od zawarcia Umowy. Ponadto Odwołujący podnosi, że nawet istniejący poprzednio kamień milowy dotyczący wykonania Robót o wartości nie mniejszej niż 40% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej nie uwzględnia wyroku KIO.

Zamawiający wbrew nakazowi stosownego przedłużenia terminów kamieni milowych przewidział przedłużenie 1 kamienia milowego jedynie o jeden miesiąc, choć zgodnie z wyrokiem KIO termin ten powinien zostać wydłużony o 3 miesiące, aby rzeczywiście odzwierciedlać wydany w orzeczeniu nakaz. Ponadto nie został potwierdzony termin podpisania Umowy (wbrew deklaracją Zamawiającego), z którego wynikałoby że realizacja zamówienia nie przypadnie na okres zimowy. Dlatego wydłużenie 1 kamienia milowego o 1 miesiąc nie powoduje zmian, które wynikają z wyroku KIO.

Jak wskazano powyżej Zamawiający wprowadził także nowe kamienie milowe, chociaż z wyroku KIO wynikało, że obowiązek stosownego przedłużenia Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania dotyczył tych kamieni milowych, które były wskazane

w pierwotnym brzmieniu SIWZ. Nie sposób przyjąć odmiennej interpretacji skoro poprzednio wyniesione odwołania oraz orzeczenie KIO odnosiło się właśnie do tych kamieni milowych. Zamawiający wprowadził nowe kamienie milowe nakładając na wykonawców obowiązek wykonania:

1) w terminie 5 miesięcy od zawarcia Umowy ukończenie wszystkich robót na wiadukcie WD- 154a wraz z dojazdami (zakres przebudowy drogi krajowej nr 1) oraz na drogach dojazdowych DD1/6, DD1/5 i DD1/4 oraz przygotowanie kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu,

stanowi zmianę w stosunku do wyroku KIO. KIO jednoznacznie wydało wyrok, że kamienie milowe wg pierwotnego SIWZ mają być stosownie wydłużone a nie zmienione lub dodane.

2) w terminie 8 miesięcy od zawarcia Umowy:

- ppkt) 3a - kamień milowy - przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego, Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddanie do ruchu obu jezdni A-1 wraz z węzłem Czerniewice i węzłem Odolion oraz niezbędnymi obiektami inżynierskimi,
- ppkt) 3b - kamień milowy - wprowadzenie i bieżące utrzymanie zatwierdzonej przez Zarządcę Drogi, Inżyniera Kontraktu zgodnie z Subklauzulą 4.1, organizacji ruchu dla obu jezdni A-1, węzła Czerniewice i węzła Odolion,

odnosząc się do nowych kamieni milowych, jak wskazano także powyżej, ich realizacja oznacza konieczność wykonania robót w pierwotnym terminie 8 miesięcy zamiast 11 miesięcy, które powinien wprowadzić realnie Zamawiający na podstawie wyroku KIO.

Odwołujący podnosi, że analiza porównania zakresu robót niezbędnego do wykonania w czasie na Ukończenie wg pierwotnego SIWZ - dla całego Kontraktu oraz zakresu kamieni milowych 3a i 3b wg nowego, zmienionego SIWZ pokazuje, że:

- Czas na Ukończenie według pierwotnego SIWZ 8 miesięcy stanowi 100% Ukończenia czasu
- Czas na wykonanie kamienia milowego 3a i 3b według zmienionego SIWZ również wynosi 8 miesięcy, co stanowi 73% całego czasu na Ukończenie - 11 miesięcy wg wprowadzonej modyfikacji SIWZ. Przy czym wymagany zakres wykonania robót według nowego SIWZ niezbędny do osiągnięcia kamienia milowego 3a zawiera: wszystkie roboty w trasie głównej, na węzłach, na drogach poprzecznych oraz wszystkie obiekty mostowe.

Oznacza to, że po upływie czasu 8 miesięcy stanowiącego 73% czasu na Ukończenie musi być wykonane 98% robót ziemnych, 96% robót bitumicznych, 97% urządzeń bezpieczeństwa ruchu, 100% robót mostowych, 100% ekranów, 100% oświetlenia i 95% odwodnienia. Jednoznaczne jest, więc że zakres konieczny do wykonania kamienia milowego jest w przeważającej mierze tożsamy z zakresem całości Kontraktu.

Sformułowanie tego kamienia milowego w połączeniu z kamieniem milowym 3b) oraz modyfikacją Subklauzuli 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu, polegającej na wyeliminowaniu możliwości zwrotu kar umownych za niedotrzymanie końcowego terminu realizacji, powoduje że termin 8 miesięcy musi być de facto terminem zakończenia

Kontraktu.

Odnosząc się natomiast do dodatkowego, nowego kamienia milowego nr 4 - to jest obowiązku wykonania w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy przekazanie zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenie zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych dla Kontraktu Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie tego kamienia milowego oznacza skrócenie czasu wykonania całego Kontraktu z 11 miesięcy do 10 miesięcy. W pracach określonych w tym kamieniu milowym zawierają się bowiem wszystkie roboty związane z Kontraktem (poza drobnymi remontami dróg dla lokalnych zarządców).

Mając na uwadze przedstawione zarzuty, Odwołując podkreśla, że Krajowca Izba Odwoławcza nakazując Zamawiającemu wydłużenie terminu na ukończenie robót oraz wprowadzenie stosownych zmian do terminów osiągnięcia Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania, odnosiła się do pierwotnego, zaskarżonego brzmienia postanowień SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem zastosować się do sentencji wyroku KIO, z uwzględnieniem treści uzasadnienia tego wyroku i przedłużenie terminów zgodnie z powołanym orzeczeniem w odniesieniu do kamieni milowych, które objęte były wyrokiem. Zamawiający jednak, wbrew wyrokowi KIO, nie przedłużył stosownie terminów wykonania kamieni milowych, tylko wprowadził cztery nowe Wymagania Minimalnych

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył art. 197 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę zaskarżonego postanowienia SIWZ i Ogłoszenia zgodnie z wyrokiem KIO.

Ad 2)

Zamawiający pismem GDDKiA-0/BY-R-2/284/89/14/2012 z dnia 22.11.2012, w zmianie nr 107 dotyczącej Subklauzuli 1.1.3.3 Warunków Szczególnych Kontraktu przewidział, że:

„Czas na ukończenie oznacza czas na ukończenie Robót lub Odcinka (w zależności od przypadku) - łącznie z uzyskaniem na wniosek Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie - według Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], jak został podany w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe (z jakimkolwiek przedłużeniem według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie] obliczony od daty zawarcia Umowy."

Wykonawca nie ma wpływu na to, kiedy Zamawiający złoży wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie, czy wniosek będzie poprawcie przygotowany, jak długo będzie trwało udzielenie pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący wskazuje, że postanowienie to stoi w sprzeczności z innymi postanowieniami umowy. W ocenie wykonawcy niedopuszczalne jest takie sformułowanie terminu końcowego - Czasu na Ukończenie - które nie zależy w całości od działań podjętych w całości przez wykonawcę, ale jest uzależnione również od prawidłowego działania Zamawiającego.

W związku z powyższym zastrzeżenie kary umownej za niedotrzymani Czasu na Ukończenie może doprowadzić do sytuacji, że wykonawca będzie odpowiadał z tytułu kary umownej z powodu działań Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że wprowadzona zmiana narusza art. 29 ustawy Pzp, art. 353^1 kodeksu cywilnego w7 zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp.

Ad 3)

Zamawiający pismem GDDKiA-0/BY-R-2/284/89/14/2012 z dnia 22.11.2012, w zmianie nr 106 Subklauzuli 8.7. punkt (e) i (f) Warunków Szczególnych Kontraktu wprowadził nowe - wyższe kary umowne za:

„(e) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania zaległych prac określonych w Świadectwie Przejęcia w terminie określonym przez Inżyniera lub Zamawiającego w wysokości 0,01 % Zaakceptowanej Kwoty kontraktowej brutto za każdy dzień zwłoki"

(i) za niedotrzymanie terminu usunięcia wad oraz wykonania prac zaległych wyszczególnionych w Świadectwie Przejęcia w wysokości 0,01% Zaakceptowanej Kwoty kontraktowej brutto za każdy dzień zwłoki" zamiast wcześniej określonych kar umownych w/w punktach w7 wysokości 10.000 zł. za każdy dzień zwłoki.

Odwołujący wskazuje, że umowa o roboty budowlane powinna zmierzać do zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego, jak też wykonawcy robót. Kara umowna nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego. Celem

wprowadzenia kar umownych, bez wątpienia, jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Jednakże dokonana obecnie przez Zamawiającego zmiana postanowień dotyczących kar umownych wprowadza kary umowne, które są rażąco wygórowane w stosunku do uchybień, które będą skutkować ich naliczeniem. Odwołujący nie kwestionował wysokości kar umownych, gdy Zamawiający przewidział je w pierwotnym brzmieniu. Jednakże, biorąc pod uwagę, że obecnie zostały one zmienione i zwiększone - bez żadnego uzasadnienia - nie sposób uznać jej wprowadzenie za prawidłowe.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp - w uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, przekazując dokonaną zmianę wykonawcom. W niniejszym postępowaniu, w ocenie Odwołującego nie zaistniały „uzasadnione przypadki", które uprawniały by Zamawiającego do dokonania zmiany SIWZ w tym przedmiocie.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4 ustawy Pzp bowiem nie zaszła żadna okoliczność uzasadniająca dokonanie zmiany wysokości kary umownej, oraz naruszył zasady art. 353^1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp.

Ad 4)

Zamawiający pismem GDDKiA-O/BY-R-2/284/89/14/2012 z dnia 22.11.2012, w zmianie nr 113 dodał do Subklauzuli 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu zapis, że: „Niniejsza Subklauzula ma zastosowanie jedynie do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania określonej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe."

Odwołujący wskazuje, że w Subkluazuli 8.14 Zamawiający co do zasady przewidział, że zamiast kary umownej określonej w Subklauzuli 8.7 punkt (c) — niedotrzymanie terminów kamieni milowych - wykonawca będzie mógł przedstawić zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia robót w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na kwotę odpowiadającej naliczonej karze umownej. Zamawiający zobowiązany jest zwrócić wykonawcy zabezpieczenie, jeżeli Czas na Ukończenie został dotrzymany.

Po dokonanej zmianie, Zamawiający wprowadził do powołanej Subklauzuli ograniczenie, że będzie ona miała zastosowanie jedynie do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania określonej w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe.

Odwołujący zarzuca, że wprowadzona zmiana nie ma uzasadnienia w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Wprowadzona zmiana, w ocenie Odwołującego, jest konsekwencją wyroku KIO z dnia 29 października 2012r. Odwołujący wskazuje, że składając poprzednio odwołanie na zbyt krótkie terminy realizacji zamówienia oraz kamieni milowych, przede wszystkim brał pod uwagę bardzo wysokie kary umowne przewidziane przez Zamawiającego za niedotrzymanie terminów umownych. Obecnie, po dokonanych zmianach, Zamawiający nie tylko, że wbrew wyrokowi KIO przedłużył termin wykonania zamówienia tylko pozornie, bowiem i tak musi wykonawca zrealizować roboty w terminie 8 miesięcy, ale także dodatkowo wprowadził w/w ograniczenie. Obecnie nawet gdy wykonawca robót zrealizuje je w terminie, to i tak Zamawiający będzie uprawniony do wyegzekwowania należności z tytułu kar umownych w przypadku niedotrzymania każdego innego kamienia milowego niż określonego w pkt 1 Załącznika do oferty.

W ocenie Odwołującego, powyższa zmiana jest niezasadna i narusza art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 353^1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp. Odwołujący wnosi o usunięcie dodanego przez Zamawiającego zdania.

W dniu 6 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Mota Engil Central Europe S.A z siedzibą w Krakowie.** Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 4 grudnia 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że

pozostawienie zapisów SIWZ w obecnym kształcie prowadzi do naruszenia wydanego wcześniej wyroku KIO oraz do znaczącego wzrostu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Przystępujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie wykonywania robót objętych przedmiotem zamówienia i zamierza ubiegać się o jego udzielenie. Utrzymanie dotychczasowych zapisów SIWZ może prowadzić do narażenia go na szkodę w sytuacji, gdy zamówienie zostanie mu przyznane, nie będzie miał możliwości dotrzymania terminów umownych. Jeżeli zaś nie złoży oferty, to nie osiągnie zysków, które mógłby osiągną w razie realizacji zamówienia.

W dniu 6 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.** Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 4 grudnia 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której przystępuje. Prowadzi on działalność gospodarczą i w sposób profesjonalny zajmuje się wykonywaniem robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Jest podmiotem zainteresowanym złożeniem oferty na realizację zamówienia. Przystępujący zgadza się z zarzutami odwołania i je popiera w całości. Jest zainteresowany ustaleniem warunków realizacji zamówienia w sposób ustalony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wnosi o uwzględnienie zarzutów w całości.

W dniu 6 grudnia 2012 roku do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożył wykonawca **Bunte Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.** Wskazał, iż kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia otrzymał w dniu 4 grudnia 2012 roku. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania.

W ocenie zgłaszającego zarzuty i żądania odwołania wprowadzenia w SIWZ zmian są w pełni zasadne i zasługują na uwzględnienie. Wnosi o uwzględnienie odwołania w pełnym zakresie i nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich modyfikacji SIWZ. Posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego ponieważ zamierza ubiegać się o udzielnie przedmiotowego zamówienia, a sformułowane warunki kontraktu w SIWZ narażają go na szkodę przez uniemożliwienie mu rzetelnego przygotowania oferty i oszacowania ryzyka związanego z realizacją zamówienia, w wyniku może być on pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

W dniu 12 grudnia 2012 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania.

W pierwszej kolejności wnosił o ich odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie wnosił o ich oddalenie w całości.

Zamawiający podniósł, że dokonane w dniu 22 i 27 listopada 2012 roku zmiany postanowień treści SIWZ stanowią czynności, które wykonane zostały zgodnie z orzeczeniem wydanym przez KIO. W postępowaniu nie nastąpiły żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego odwołania, które mogłyby stanowić wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania Zamawiającego. Zamawiający wydłużył czas na ukończenie o 3 miesiące oraz dokonał stosowanego przedłużenia terminów kamieni milowych.

Termin pierwszego kamienia milowego został przez Zamawiającego wydłużony stosownie o 1 miesiąc.

Warunek wykonania i odebrania robót o wartości nie mniejszej niż 40% zaakceptowanej kwoty kontraktowej w terminie dłuższym niż pierwotny o jeden miesiąc jest do spełnienia przez wykonawcę, co zostało także potwierdzone w wyroku KIO z dnia 29.10.2012 roku. Dokonana analiza przez Zamawiającego i niezależnego Inżyniera Kontraktu wskazuje, iż w wymienionym okresie wykonawca przy średnim zaangażowaniu powinien ukończyć roboty na wszystkich obiektach inżynierskich, wykonać odpowiedni na poszczególnych odcinkach 65% i 70% warstwy konstrukcyjne nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych oraz urządzenia bezpieczeństwa ruchu i ekrany akustyczne. Wykazane roboty są wysoko cenotwórcze w stosunku do robót ziemnych, które zasadniczo zostały na trasie głównej zakończone.

Zamawiający sporządził i przedstawił w odpowiedzi wykres przerobów finansowych w oparciu o terminu kamienia milowego wprowadzonego przez Zamawiającego oraz żądany termin Odwołującego. Z wykresu wynika, że Odwołujący planuje wykonanie przerobu w ilości 60% zaakceptowanej kwoty kontraktowej w ciągu ostatnich miesięcy, mając świadomość, że

---

ostatnie miesiące czasu na ukończenie będą przypadać na okres zimowy. Z wykresu wynika także, że Zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO stosowanie wydłużył termin realizacji przedmiotowego kamienia milowego. Wydłużono również zgodnie z wyrokiem KIO stosownie realizację kolejnych kamieni milowych i ich zakres dostosowano do wydłużonego terminu realizacji inwestycji.

Zamawiający dokonał ponownej analizy możliwości wykonania warstw konstrukcyjnych nawierzchni dla obu jezdni A-1 i węzłów i potwierdza, iż przewidziany w kontrakcie termin na wykonanie tych robót jest realny i możliwy do dotrzymania. Przedstawiono szczegółowe uzasadnienie techniczne terminu realizacji tych robót:

1. do wykonania na trasie zasadniczej i węzłach podbudowy zasadniczej, warstwy wiążącej i warstwy ścieralnej należy wyprodukować i wbudować odpowiedni na odcinkach około 416 000 i 460 00 ton masy mineralno-bitumicznej;
2. przy założeniu pracy dwóch wytwórni mas bitumicznych o wydajności 200 Mg na godzinę i pracy 10 godzin dziennie produkcja dzienna mas bitumicznych wynosi około 4 000 ton;
3. do wytworzenia niezbędnej ilości potrzebne jest 104 i 115 dni roboczych. Przy założeniu pracy 24 dni w miesiącu daje to około 5 miesięcy;
4. zakładając 1 miesiąc na mobilizację oraz 10%na niesprzyjające warunki atmosferyczne i 5%na awarie sprzętu, realny czas na wykonanie robót wynosi 7 miesięcy. Pozostaje więc na odcinkach odpowiednio rezerwa 2 i 1 miesiąca do wymagań nałożonych w kamieniu milowym.
5. Przy założeniu pracy trzech wytwórni o wytwórni o wydajności 200 Mg na godzinę czas na wykonanie warstw ulega skróceniu nawet do około 5 miesięcy. Pozostaje wobec tego rezerwa w ilości 3 miesięcy.

W przypadku odwołania Budimex Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z że w kamieniu argumentacją, wymagany milowym obowiązek przedłożenia Zamawiającemu dokumentów umożliwiających uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obu jezdni autostrady i węzłów „oznacza obowiązek fizycznego ukończenia robót dla tego zakresu w ciągu 8 miesięcy". Przywołał tu art. 57 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego i wskazał, że wszystkie dokumenty wykonawca winien przygotowywać na bieżąco i przekazywać Zamawiającemu na drugi dzień po zakończeniu robót. Niezależnie od tego dla wszystkich obiektów budowlanych zakończonych wcześniej, wykonawca winien przygotować na bieżąco niezbędne dokumenty i przekazać je Zamawiającemu w celu uzyskania pozwolenie na użytkowanie lub zgłoszenia o zakończeniu robót.

W przypadku obu odwołań odnosząc się do zarzutu dotyczącego rzekomego zamiaru zawarcia umowy w okresie zimowym, Zamawiający stwierdził, że jest on bezzasadny, gdyż

---

oparty został na niepełnej wiedzy Odwołujących na temat czasu trwania procedury o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Pierwszym możliwym planowanym terminem jest zawarcia umowy jest marzec 2013 roku.

W przypadku odwołania Strabag, co do pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał, co następuje:

1. Odnośnie subklauzuli 1.1.3.3. – Zamawiającemu zależy na tym, by dzieło zostało wykonane jak najszybciej. Zamawiający jako strona procesu zmierzającego do włączenia dzieła do użytku publicznego nie będzie zwlekał z załatwieniem tego typu spraw administracyjnych stąd obawy Odwołującego są bezpodstawne.
2. Odnośnie subklauzuli 8.7. – zastosowane kary umowne mają służyć jako środek dyscyplinujący wykonawcę (tak KIO w wyroku z dnia 26.11.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09). Dodatkowo Zamawiający poinformował, że tożsamą wartość kary w wysokości 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej Zamawiający uwzględnił w dokumencie „Gwarancja Jakości".
3. Odnośnie subklauzuli 8.14 – wskazano, że Zamawiający realizując wyrok KIO

uwzględnił w subklauzuli zapis odnośnie pkt 1 poprzez wprowadzenie postanowienia, iż subklauzula ta odnosi się do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania. Nie jest zasadne wprowadzenie postanowień dających podstawę wykonawcy do przedstawienia zabezpieczenia zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej zamiast zapłaty kar umownych w pozostałych punktach, gdyż odnoszą się one do funkcjonalnych etapów realizacji inwestycji, na których zastępowanie kar umownych gwarancją (dokumentem) nie jest zasadne.

Reasumując, Zamawiający podniósł, że oba odwołania są bezzasadne. Przedstawione zarzuty wskazują, że Odwołujący w imię partykularnych interesów dążą do takiego ukształtowania stosunków umownych, by osiągnąć swój cel: maksymalne wydłużenie terminów, by zapewnić sobie maksymalną swobodę działania na placu budowy (co i tak jest już zapewnione). Na takie działania Zamawiający, działający w interesie publicznym i zgodnie z regułami prawa cywilnego oraz prawa zamówień publicznych, nie może się zgodzić. Zamawiający działając w interesie publicznym, dążąc do jak najszybszego dokończenia inwestycji skonstruował warunki w myśl podstawowych zasad praw cywilnego: równości stron postępowania i swobody kształtowania stosunków umownych.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie i ustnie do protokołu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, dokonanych modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania, zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

W tym zakresie oddalono wniosek Zamawiającego o odrzucenie obu odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zauważyć należy w pierwszej kolejności, że w przypadku Odwołującego Strabag odwołanie dotyczy nowych okoliczności - zmian ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ dokonanych niezależnie od wykonywania czynności odnoszącej się do realizacji obowiązków nałożonych wyrokiem z 29 października 2012 roku. Ponadto niezbędna jest analiza głównej osi sporu między stronami, mianowicie zagadnienia czy Zamawiający prawidłowo wykonał czynność oznaczone wspomnianym powyżej wyrokiem KIO i dokonał stosownego przedłużenia terminów wykonania zamówienia, dlatego nie można przesądzić, że odwołanie podlega odrzuceniu, a konieczna jest ocena czynności podjętych przez Zamawiającego.

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującym złożenie ważnej oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniach, Odwołujący mogliby złożyć ofertę, która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i istotnych postanowień umowy, sporządzenie tego opisu lub postanowień w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

W treści odwołań zgodnie z rzeczywistością podano stan faktyczny sprawy zaistniały w toku postępowania o udzielenie zamówienia i prawidłowo zaprezentowano dokonane

---

przez Zamawiającego modyfikacje poszczególnych dokumentów obowiązujących w postępowaniu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza uznał, iż

odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w obu odwołaniach wskazującego na niewykonanie wyroku KIO z 29.10.2012 roku przez pozorną tylko zmianę terminów pośrednich poszczególnych kamieni milowych i brak „stosownego" przedłużenia tych terminów z pominięciem nakazu wyroku KIO, skład orzekający Izby uznał, iż powyższe nie zostało przez wykonawców wnoszących odwołania wykazane.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężar dowodowy spoczywa na tym, kto dąży do poparcia swoich twierdzeń. To wykonawcy odwołujący się twierdzili, że modyfikacja SIWZ była dokonana w sposób niezgodny z wcześniejszym orzeczeniem Izby, jednak poza twierdzeniami, że wyrok Izby został przez Zamawiającego wykonany jedynie pozornie, i inna była intencja Izby w powoływanym wyroku Odwołujący, w żaden sposób nie dowodzą, że dokonana modyfikacja spowodowała, że przedmiot stał sie niewykonalny, lub stał się niewykonalny w stopniu wyższym, niż przed modyfikacją, że modyfikacja preferuje konkretnego wykonawcę, czy też narusza uczciwą konkurencję i powoduje, że niemożliwe lub znacznie utrudnione będzie równe traktowanie wykonawców. Odwołujący nie wnosili o przeprowadzenie jakiegokolwiek dowodu w tym zakresie, wskazywali jedynie swoją własną interpretację pojęcia "stosownie", co w ocenie składu orzekającego Izby jest nie wystarczające i nie pozwala na uznanie, że wykazano zasadność podniesionego zarzutu.

Wyrokiem z dnia 29 października 2012 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania obecnie odwołujących się wykonawców i w pkt 1 orzeczenia nakazała zmianę terminu głównego realizacji przedmiotu zamówienia odpowiednio do 11 i 12 miesięcy oraz „stosowne przedłużenie terminów" określonych w odpowiednich punktach SIWZ.

W dniach 22 i 27 listopada 2012 roku Zamawiający dokonał zmian ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ wprowadzając dłuższe terminy realizacji przedmiotu zamówienia określone wyrokiem i zmodyfikował oraz wydłużył terminy pośrednie realizacji, tzw. kamienie milowe.

Prawidłowo w odwołaniach wskazano, iż Zamawiający wykonując wyrok KIO zmodyfikował brzmienie oraz zakres przedmiotowy poszczególnych kamieni milowych, co spowodowało, iż de facto zmieniła się struktura realizacji zadania. W ocenie składu orzekającego Izby nie oznacza to jednak, że zmiana ta nie była dopuszczalna. Wyrokiem KIO nakazała stosowne przedłużenie terminów, nie określając w żadnym miejscu sentencji

czy też uzasadnienia orzeczenia, w jaki sposób ową stosowność należy rozumieć. Z pewnością z sentencji orzeczenia i jego uzasadnienia nie wynika, iż termin 3 miesięcy powinien być zastosowany do wszystkich terminów określonych w postępowaniu. Zamawiający dokonał ponownej analizy możliwości zrealizowania zadania i odpowiednio, czy też stosownie do wyników tej analizy dokonał niezbędnych zmian zapisów SIWZ, uwzględniając termin realizacji całości kontraktu wydłużony nakazem wyroku.

Terminy pośrednie zostały wydłużone w przypadku wykonania i odebrania robót o wartości nie mniejszej niż 40% zaakceptowanej kwoty kontraktowej (pierwszego kamienia milowego) na każdym z odcinków o jeden miesiąc. Wykonawcy odwołujący się nie wykazali, iż zakres prac objęty tym kamieniem milowym w wyznaczonym terminie nie jest możliwy do zrealizowania. Nie przedstawiono na powyższą okoliczność żadnych dowodów, nie zanegowano także skutecznie wyliczeń przedstawionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Nie można jednocześnie zaprzeczyć, iż nieprawdziwa będzie teza, że termin został stosownie przedłużony.

Pozostałe kamienie milowe również zostały dostosowane do wydłużonego terminu realizacji inwestycji i wynoszą obecnie 8 i 9 miesięcy na przekazanie, zgodnie z art. 57 ust. 1, 2 i 3 Prawa Budowlanego Inżynierowi i Zamawiającemu kompletnej dokumentacji umożliwiającej uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i oddalenie do ruchu obu jezdni A-1 z węzłami i obiektami inżynierskimi. W terminie 10 i 11 miesięcy od zawarcia umowy należy przekazać kompletną dokumentację umożliwiającą uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i złożenie zawiadomień o zakończeniu pozostałych obiektów budowlanych na całym kontrakcie. W ciągu 6 i 5 miesięcy zaś niezbędne jest wykonanie prac na wiaduktach i drogach dojazdowych wraz z przygotowaniem niezbędnej dokumentacji technicznej. Przy czym dostrzeżenia wymaga, iż prace na tych obiektach, jako że jest to kontynuacja zadania, w zasadniczej części zostały wykonane. Do wykonania pozostały jedynie balustrady,

oznakowanie i prace porządkowe, na 18 km wykonana jest podbudowa umożliwiająca przystąpienie do układania warstwy mineralno-bitumicznej. Także roboty zabezpieczające na placu budowy wykonywane w chwili obecnej oraz możliwość korzystania z gotowych dróg technologicznych mają znaczący wpływ na to, w jaki sposób zostały przedłużone terminy określone kamieniami milowymi i wskazują na to, że możliwe jest ich dotrzymanie.

Co znaczące jest w ocenie składu orzekającego Izby i wymaga podkreślenia, w odwołaniu wykonawcy Budimex zakwestionowano jedynie termin dla kamienia milowego wymienionego w pkt 1 (40%) oraz wnoszono o nieznaczne (około 7 tygodni) wydłużenie terminu dla realizacji kamienia milowego oznaczonego w pkt 3. Powyższe wprost przeczy tezie, iż wszystkie terminy powinny ulec wydłużeniu o 3 miesiące, skoro wykonawca długości pozostałych terminów i nierealności ich dotrzymania nie kwestionował.

Ponadto, podstawą prawną zarzutów w tym zakresie był art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Tak przytoczoną podstawę prawną zarzutu uznać należy za błędną, ponieważ jest to dyrektywa skierowana do Izby, określające granice kognicji i powinne zachowanie Izby przy uwzględnianiu odwołania, natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp możliwość korzystania za środków ochrony prawnej wymaga wskazania naruszenia ustawy przez Zamawiającego wynikające z jego działania (czynienia) lub zaniechania. Tym samym aby poprawnie skonstruować zarzut w odwołaniu trzeba wskazać na czynność (zaniechanie) Zamawiającego, która nastąpiła wbrew obowiązkowi wynikającemu z ustawy Pzp, albowiem Zamawiający nie może naruszyć przepisu kierowanego do Izby.

Reasumując, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu podniesionego przez Odwołującego Strabag dotyczącego zmian wprowadzonych w subklauzuli 1.1.3.3 warunków szczególnych kontraktu, uznano zarzut za niezasadnie podniesiony a przede wszystkim za spóźniony. Dostrzeżenia wymaga, iż w pierwotnym brzmieniu klauzuli Zamawiający zaznaczył, że czas na ukończenie upływa w momencie uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie, której to uzyskanie należało do obowiązków wykonawcy realizującego kontrakt. Obecne brzmienie klauzuli zakłada, iż wniosek o decyzję pozwolenie na użytkowanie składał będzie sam Zamawiający, po przedłożeniu przez wykonawcę wszystkich niezbędnych dokumentów. Zmianę tę zatem w rzeczywistości uznać należy za korzystną dla wykonawcy, przewiduje ona bowiem mniej obowiązków nałożonych na wykonawcę, który nie musi uczestniczyć w procesie administracyjnym uzyskiwania niezbędnych decyzji, a jedynie zobowiązany został do przedłożenia niezbędnych do wniosku o decyzję dokumentów. Ponadto, za Zamawiającym powtórzyć należy, iż sformułowane w przypadku tego zarzutu żądanie musi być uznane za zbyt daleko idące, skoro Odwołujący żąda wykreślenia zapisu i zastąpienia go warunkiem, iż czas na ukończenie kontraktu nastąpi w momencie złożenia Zamawiającemu niezbędnych dokumentów do pozwolenia na użytkowanie. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący, przy tak sformułowanym obecnie żądaniu, skarżyć powinien pierwotne zapisy SIWZ, gdzie wymagano od niego uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

W przypadku zarzutu kwestionującego dokonaną zmianę w subklauzuli 8.7 warunków szczególnych kontraktu dotyczącą wysokości kar umownych Izba uznała, iż nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Co do zasady Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie żądania od wykonawcy, aby zawarł

z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach, jakie zostały określone w SIWZ. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353 1 Kodeksu cywilnego, dowolnie sformułować postanowienia umowne także w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednakże, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, do których w przypadku regulacji dotyczących umowy odwołuje się ustawa Pzp, nie można prawa podmiotowego nadużywać.

Izba podziela stanowisko Odwołującego Strabag, iż umowa winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowa nie może prowadzić do

nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Jednakże w dalszej kolejności zważyć należy, iż Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu taka sytuacja zaistniała. Jak słusznie podniósł na rozprawie Zamawiający, podobny charakter i zakres kar określony został w dokumencie „Gwarancja jakości", a wysokość kar została tam określona jako 0,01% zaakceptowanej kwoty kontraktowej. Brzmienie tego dokumentu i określone w nim reguły naliczania kar umownych nie zostały wszakże przez Odwołującego zakwestionowane. W odwołaniu odnosił się On jedynie do brzmienia klauzuli 8.7. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający prawidłowo postąpił dokonując odpowiednich zmian SIWZ i dążył do ujednolicenia dokumentów mających zastosowanie do jednego kontraktu i dotyczących tożsamego zakresu. Odwołujący nie wykazał, iż takie działanie Zamawiającego uznać należy za nieprawidłowe. Nie naruszono art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, który pozwala w uzasadnionych przypadkach na zmianę treści SIWZ, a Odwołujący nie wykazał, że taki uzasadniony przypadek nie nastąpił.

Zawsze w przypadku wystąpienia zdarzenia, które implikuje obowiązek zapłaty kary umownej w określonej wysokości, wykonawca może skorzystać z instytucji markowania kary umownej uzasadnionej wykonaniem zobowiązania w znacznej części bądź też powołaniem się na okoliczności kary rażąco wygórowanej. Może również wskazywać na okoliczności, w których to Zamawiający przyczynił się do nienależytego wykonania zamówienia.

W przypadku zarzutu referującego do brzmienia subklauzuli 8.14, Izba uznała, iż zarzut nie znalazł potwierdzenia w przedstawionym materiale dowodowym.

W ocenie Izby prawidłowo Zamawiający zmodyfikował zapisy SIWZ dopuszczając możliwość przedstawienia zabezpieczenia robót w czasie na ukończenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej zamiast zapłaty kar umownych tylko do pkt 1 Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania. Odwołujący nie wykazał, iż wprowadzona zmiana ma charakter nieuzasadniony. Zakaz wprowadzenia takiej zamiany nie wynika z jakikolwiek uregulowań prawnych, a więc na gruncie stosunków umownych między stronami umowy za

dopuszczalne uznać można wprowadzenie takiego zapisu, który odnosił się będzie do terminu głównego, nie zaś do terminów pośrednich. Dotrzymanie terminu głównego realizacji kontraktu możliwe jest jedynie w przypadku dotrzymania oznaczonych terminów pośrednich, a więc nie jest możliwe, że w przypadku dotrzymywania i wywiązywania się z realizacji terminów pośrednich, wykonawca może zostać dwa razy ukarany nałożeniem kary umownej za to samo przewinienie i nie ma potrzeby, aby przypadku terminów pośrednich wykonawca mógł zwolnić się od nałożonej kary przez przedłożenie stosownych gwarancji.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniach, w tym także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a więc prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……..
……