

Sygn. akt: KIO 89/21; KIO 90/21

WYROK
z dnia 5 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Monika Szymanowska
Anna Wojciechowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **26 lutego i 5 marca 2021 roku w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 stycznia 2021 roku** przez Odwołującego - **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

1) Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 89/21);

2) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 89/21, KIO 90/21);

3) INFRA - Centrum Doradztwa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 89/21, KIO 90/21);

4) Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 89/21, KIO 90/21)

zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie Odwołującego

orzeka:

A.W sprawie o sygn. akt: KIO 89/21:

I. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów cofniętych przez Odwołującego:

1. Załącznik nr 1 – Instrukcja dla Wykonawców:

- Rozdział VI ust. 1, pkt 4) e)
- Rozdział XIX pkt 6

2. Załącznik nr 2 – Opis Przedmiotu Zamówienia

- pkt 1.4;
- pkt 2.1.2.2 w zakresie dodania pkt 20 (Tabela Elementów Scalonych) oraz w zakresie dodania zdania: *Zamawiający zapewnia, iż w dniu przekazania Instrukcji PKP PLK S.A. wymienionych powyżej pozycji Zamawiający będzie posiadał wszystkie wymagane licencje od PKP PLK S.A;*
- pkt 2.2;
- pkt 2.3.2;
- pkt 2.3.3;
- pkt 3.1.1;
- pkt 3.1.2;
- pkt 4.3.1.1;
- pkt 4.3.1.2;
- pkt 4.4.2;
- pkt 4.4.3.2;
- pkt 4.4.3.4;
- pkt 4.4.6.4;
- pkt 4.4.7.3;
- pkt 4.4.11 w zakresie dodania zdania: *W przypadku konieczności przeprowadzenia procedury ustalania granic zgodnie z § 31 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz. U. 2020, poz. 1429) zastosowanie znajdzie § 19 Umowy;*
- pkt 4.5.1;
- pkt 4.5.2;
- pkt 4.5.4;
- pkt 4.6;
- pkt 4.6.1;
- pkt 4.7.2;
- pkt 8.4;
- pkt 8.5.2
- Załącznik nr 2 do OPZ (pkt 5.1.5. oraz pkt 10)

3. Załącznik nr 3 – wzór umowy

- § 5 ust. 2 pkt 1 i 5; ust. 14 pkt 3; ust. 17 pkt 1;
- dodanie § 5a;
- dodanie § 5b;
- § 7 ust. 2;
- § 8 w ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 1, ust. 3 zdanie 1, ust. 9 zdanie 1;
- § 9 ust. 1 pkt 1, pkt 3, pkt 5, pkt 6, pkt 7, pkt 9, ust. 2, ust. 4, ust. 5, ust. 8 zdanie 1 i ust. 9 zdanie drugie, z wyłączeniem żądania wprowadzenia w § 9 ust. 11;
- § 10 ust. 1, ust. 5 pkt 4, ust. 6, ust. 8 pkt 1 i pkt 4, ust. 9, dodanie ust. 11;
- § 11 ust. 2;
- § 12 ust. 4, ust. 5 zdanie 1, ust. 7, ust. 12 pkt 1;
- § 15 ust. 5;

- §16 ust. 2 zdanie 2, ust. 3 zdanie 1, 5;
- § 17 ust. 3, ust. 5;
- § 18 ust. 3 pkt 2 - 4, ust. 4 pkt 2, pkt 3, pkt 5;
- § 22 ust. 4;

II. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

III. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

b. zasądza od Odwołującego: **Związku Ogólnopolskich Projektantów i Inżynierów**

z siedzibą w Warszawie na rzecz **Zamawiającego: Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

B.W sprawie o sygn. akt: KIO 90/21;

I. Umorza postępowanie w zakresie zarzutów cofniętych przez Odwołującego:

Załącznik nr 1 –Instrukcja dla Wykonawców:

- Rozdział VI ust. 1, pkt 4) e)
- Rozdział XIX pkt 6

Załącznik nr 2 – Opis Przedmiotu Zamówienia

- pkt 1.4;
- pkt 2.1.2.2 w zakresie dodania pkt 20 (Tabela Elementów Scalonych) oraz w zakresie dodania zdania: *Zamawiający zapewnia, iż w dniu przekazania Instrukcji PKP PLK S.A. wymienionych powyżej pozycji Zamawiający będzie posiadał wszystkie wymagane licencje od PKP PLK S.A;*
- pkt 2.2;
- pkt 2.3.2;
- pkt 2.3.3;
- pkt 3.1.1;
- pkt 3.1.2;
- pkt 4.3.1.1;
- pkt 4.3.1.2;
- pkt 4.4.2;
- pkt 4.4.3.2;
- pkt 4.4.3.4;
- pkt 4.4.6.4;
- pkt 4.4.7.3;
- pkt 4.4.11 w zakresie dodania zdania: *W przypadku konieczności przeprowadzenia procedury ustalania granic zgodnie z § 31 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz. U. 2020, poz. 1429) zastosowanie znajdzie § 19 Umowy;*
- pkt 4.5.1;
- pkt 4.5.2;
- pkt 4.5.4;
- pkt 4.6;
- pkt 4.6.1;
- pkt 4.7.2;
- pkt 8.3;
- pkt 8.4.2;
- Załącznik nr 2 do OPZ (pkt 5.1.5. oraz pkt 10)

Załącznik nr 3 – wzór umowy

- § 5 ust. 2 pkt 1 i 5; ust. 14 pkt 3; ust. 17 pkt 1;
- dodanie § 5a;
- dodanie § 5b;
- § 7 ust. 2;
- § 8 w ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 1, ust. 3 zdanie 1, ust. 9 zdanie 1;
- § 9 ust. 1 pkt 1, pkt 3, pkt 5, pkt 6, pkt 7, pkt 9, ust. 2, ust. 4, ust. 5, ust. 8 zdanie 1 i ust. 9 zdanie drugie, z wyłączeniem żądania wprowadzenia w § 9 ust. 11;
- § 10 ust. 1, ust. 5 pkt 4, ust. 6, ust. 8 pkt 1 i pkt 4, ust. 9, dodanie ust. 11;
- § 11 ust. 2;
- § 12 ust. 4, ust. 5 zdanie 1, ust. 7, ust. 12 pkt 1;
- § 15 ust. 5;
- §16 ust. 2 zdanie 2, ust. 3 zdanie 1, ust. 5;
- § 17 ust. 3, ust. 5;
- § 18 ust. 3 pkt 2 - 4, ust. 4 pkt 2, pkt 3, pkt 5;
- § 22 ust. 4;

II. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

III. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

b. zasądza od Odwołującego: **Związku Ogólnopolskich Projektantów i Inżynierów**

z siedzibą w Warszawie na rzecz **Zamawiającego: Centralnego Portu Komunikacyjnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100

groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 89/21, KIO 90/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – **Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie Studium Techniczno – Ekonomiczno - Środowiskowego (STeŚ) dla Zadania: „Budowa linii kolejowej nr 29 na odc. Ostrołęka – Łomża – Pisz – Giżycko” (KIO 89/21) oraz Opracowanie Studium Techniczno – Ekonomiczno - Środowiskowego (STeŚ) dla projektu nr 00100016: „Budowa linii kolejowych nr 267 i 268 na odc. Żarów – Świdnica – Wałbrzych – granica państwa” (KIO 90/21)* Wartość zamówień jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerami: 2020/S 252-637843 oraz 2020/S 252-637842.

W dniu 7 stycznia 2021 r. **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie** wniósł odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), zarzucając Zamawiającemu:

- 1) sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający przepisy Pzp, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, przez co Zamawiający naruszył przepisy: art. 16 oraz art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;
- 2) sformułowanie kryteriów oceny ofert w zakresie modelu przyznania punktacji w kryterium „Cena” oraz w kryterium „Doświadczenie personelu” w sposób naruszający przepisy Pzp, w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, przez co Zamawiający naruszył przepisy: art. 239 - 241 w zw. z art. 242 ust. 1 i 2 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp;
- 3) sformułowanie istotnych warunków umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego, co stanowiło naruszenie przepisów: art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 i pkt 20 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego;
- 4) zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytej wyceny przedmiotu zamówienia i złożenia porównywalnych ofert oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, czym Zamawiający naruszył przepisy naruszenie art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 41, pkt 61 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Szczegółową treść zarzutów i żądań oraz uzasadnienie Odwołujący przedstawił w Tabelach nr 1, 2 i 3, stanowiących załączniki do odwołania.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ w sposób opisany w Załącznikach nr 1 - 3 do odwołania,
- przekazanie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany oraz nakazanie zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest zamieszczona;
- nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;
- dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert;

Odwołujący wskazał, że uprawniony jest do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy, a przedmiotem odwołania są zarzuty skierowane wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, stanowiących dokumentację postępowania. Odwołujący załączył do odwołania kopię decyzji z 30 kwietnia 2020 r., nr UZP/DP/0221/20/PL, stanowiącą dowód dysponowania legitymacją do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia i SIWZ. Wyjaśnił, że jako organizacja pracodawców zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Ideą zawiązania organizacji (ZOPI) oraz aktualnym zasadniczym statutowym celem jej działania jest ochrona praw i reprezentowanie interesów jej członków, w tym podejmowanie działań w kierunku przestrzegania przepisów i zasad Pzp, wypracowanie, a co najmniej przyczynienie się do przestrzegania dobrych obyczajów, zasad etyki zawodowej, uczciwej konkurencji na płaszczyźnie ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego do realizacji oraz w sferze jego realizacji. Jako związek profesjonalistów zdolnych do wykonania zamówienia i zainteresowanych ubieganiem się o jego udzielenie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, Odwołujący jest zainteresowany przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w sposób zgodny z ustawą Pzp. Odwołujący podkreślił, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego reguł rynku, wykonawcy zainteresowani realizacją zamówienia narażeni są na szkodę. Warunki udzielenia zamówienia, kryteria oceny ofert jak i warunki realizacji zamówienia ustalone w SIWZ kształtują odpowiedzialność przyszłego wykonawcy, podział ryzyk pomiędzy stronami przyszłej umowy na realizację zamówienia, co uzasadnia interes ZOPI w złożeniu odwołania, celem doprowadzenia do zmian w ww. zakresie w sposób gwarantujący udzielenie zamówienia zgodnie z literą prawa. Zdaniem Odwołującego, zachowanie aktualnej treści SIWZ stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania Zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia,

a w konsekwencji na osiągnięcie zysku.

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia IDW:

- 1) Rozdział IV -terminy,
- 2) Rozdział VI ust. 1 pkt 2 lit. a i b,
- 3) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. b,
- 4) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. c,
- 5) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. e,
- 6) Rozdział VI ust. 1 pkt 5 lit. b,
- 7) Rozdział XIX pkt 6,
- 8) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 1,
- 9) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 2,
- 10) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 3,
- 11) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 4,
- 12) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 5

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia OPZ określone w punktach: 1.4; pkt 2.1.2, pkt 2.1.2.1, pkt 2.1.2.2, pkt 2.2.; pkt 2.3.1, pkt 2.3.2, pkt 2.3.3, pkt 2.3.4, pkt 3.1.1, pkt 3.1.2, pkt 4.2.2, pkt 4.2.6, pkt 4.3.1.2, pkt 4.3.2, pkt 4.4.1, pkt 4.4.2, pkt 4.4.3.1.2, pkt 4.4.3.2, pkt 4.4.3.3, pkt 4.4.3.4; pkt 4.4.6.4, pkt 4.4.7.3; pkt 4.4.11, pkt 4.4.12, pkt 4.5.1, pkt 4.5.2, pkt 4.5.4, pkt 4.6, pkt 4.6.1, pkt 4.7.2, pkt 7.1, pkt. 8.3; pkt 8.4, pkt 8.4.2; pkt 8.4.4 i zał. Nr 5 do OPZ oraz pkt 5.1.5 i pkt 10 załącznika nr 2 do OPZ.

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia projektu umowy:

- 1) § 4 ust. 1,
- 2) § 5 ust. 2 pkt 1 i 5, ust. 14 pkt 3, ust. 17 pkt 1,
- 3) dodanie § 5a,
- 4) dodanie § 5b,
- 5) § 6 ust. 1, 3 pkt 2, 4, 5, 6, 8, 10, dodanie ust. 11,
- 6) § 7 ust. 1, 2,
- 7) § 8 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 1, ust. 3 zdanie 1, ust. 9 zdanie 1,
- 8) § 9 ust. 1 pkt 1, 3, 5, 6, 7, 9, ust. 2, 4, 5, 8 zdanie 1, 9 zdanie 2, dodanie ust. 11,
- 9) § 10 ust. 1, ust. 5 pkt 4, ust. 8 pkt 1, 4, ust. 9, dodanie ust. 11,
- 10) § 11 ust. 2,
- 11) § 12 ust. 2, 4, 5 zdanie 1, 7, 10, 11, 12 pkt 1,
- 12) § 15 ust. 5,
- 13) § 16 ust. 2 zdanie 2, ust. 3 zdanie 1, ust. 5,
- 14) § 17 ust. 3, 5,
- 15) § 18 ust. 3 pkt 2-4, ust. 4 pkt 2, 3, 5,
- 16) § 19 ust. 3, dodanie w ust. 2 pkt 7 lit. c- h, dodanie ust. 6,
- 17) § 22 ust. 4.

18) W odniesieniu do zarzutów dotyczących **treści IDW** Odwołujący wskazał, że wnosi o dokonanie zmiany treści postanowień IDW w zakresie warunków udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert. Odwołujący stwierdził, że zmierza do zmiany wskazanych postanowień, w sposób respektujący zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz mając na uwadze respektowanie zasady proporcjonalności warunków. Odwołujący wskazał, że zakres żądanej zmiany IDW został wskazany w załączonej do odwołania Tabeli nr 1.

Zdaniem Odwołującego zaskarżone warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert z jednej strony są nadmierne i nieuzasadnione potrzebą zapewnienia realizacji zamówienia przez doświadczoną kadrę (warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej), z drugiej zaś strony w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej są nieadekwatne do skali realizowanego projektu. Powyższy sposób ustalenia warunków udziału i kryteriów oceny ofert pozostaje w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Odwołujący podniósł, że zasadną i zgodną z przepisami i regułami Pzp jest ocena doświadczenia personelu dedykowanego do realizacji Zamówienia w zakresie związanym i odnoszącym się do gwarancji należytego wykonania Zamówienia. Doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu oznaczonych czynności, realizacji oznaczonych projektów pozwala na ocenę poziomu gwarancji należytej realizacji usług, zaś moment jego zdobycia, w tym w ściśle oznaczonych granicach czasu, nie jest stosownym miernikiem oceny, wyznacznikiem posiadanego doświadczenia. Ustalone w postępowaniu, ww. warunki udziału w praktyce powodują, że krąg wykonawców dających gwarancję należytego wykonania zamówienia nie będzie uprawniony do wzięcia udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, sposób ustalenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności.

W zakresie zarzutów dotyczących istotnych **postanowień umowy i opisu przedmiotu zamówienia** Odwołujący podniósł, że SIWZ jest dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać

w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególny wymóg sporządzenia SIWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz – w przyszłości – niezakłóconej realizacji zamówienia. W szczególności ustawodawca zobowiązał zamawiających w treści art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp do konstruowania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastosowanie powyższej reguły ma również na celu zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powołując się na poglądy prezentowane w orzecznictwie Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Odwołujący podkreślił, że – jakkolwiek pozycja Zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany – to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz - w dalszej kolejności umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący stwierdził,

że jest świadomy, iż celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne – w ocenie wykonawców – postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z art. 16 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4, 6) i pkt 20 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kc czy naruszające art. 16 w zw. z art. 99 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp. Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty.

Odwołujący zaznaczył, że nie jest jego celem doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest to, aby postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należytych wykonaniem zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, że swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kc oraz klauzula generalna z art. 5 Kc.

Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10, w których Sąd Najwyższy stwierdził, że negatywnej ocenie powinna podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej.

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

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

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Zarzuty dotyczące IDW

1) Rozdział IV

Zgodnie z ust. 1: *Zamawiający oczekuje realizacji Przedmiotu Zamówienia: w terminie 584 dni od dnia zawarcia Umowy, z uwzględnieniem terminów pośrednich określonych w Harmonogramie Realizacji Zamówienia.*

Odwołujący wniósł o zmianę powyższego terminu na 1388 dni (KIO 89/21) oraz 1374 dni (KIO 90/21), stwierdzając, że wykonanie zamówienia w określonym przez Zamawiającego terminie jest niemożliwe.

Podano, że założony czas na odbiór poszczególnych etapów jest bardzo krótki i wynosi 14 dni. Z doświadczenia Odwołującego wynika, iż termin 14 dni na odbiór dokumentacji w poszczególnych etapach jest terminem nierealnym, nieuwzględniającym stopnia skomplikowania prac i z góry można już przyjąć, że zachowanie tego terminu nie będzie możliwe. Termin nie uwzględnia czasu na zgłaszanie Wad, możliwości zgłaszania przez Wykonawcę zastrzeżeń do stwierdzonych przez Zamawiającego Wad oraz odpowiedzi Zamawiającego na te zastrzeżenia z określeniem ostatecznego zakresu poprawek.

Etap I powinien zostać wydłużony, ze względu na poziom szczegółowości analiz, a przede wszystkim konieczność przeprowadzenia szerokich konsultacji z interesariuszami branżowymi i społecznością lokalną.

W punkcie 25 Etapu II „Badania ruchu” należałoby uwzględnić fakt, że pandemia COVID-19 jest czynnikiem, który powoduje, że każde badanie wykonane obecnie lub w ciągu kilku najbliższych miesięcy (gdy pandemia nadal będzie trwała albo dopiero się skończy) będą niemiarodajne. Należałoby usunąć ten element z zakresu projektu.

W ocenie Odwołującego okresy wyznaczone dla następnych etapów są zdecydowanie za krótkie, zwłaszcza biorąc pod uwagę panującą sytuację epidemiczną.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu.

Wskazał, że Odwołujący nie uzasadnił przedłużenia terminów poszczególnych etapów. Zamawiający opracował szczegółowy harmonogram realizacji, dodatkowo przewidział niestosowany dotąd model współpracy w ramach Zespołów Zintegrowanych, aby zapewnić możliwość realizacji prac we wskazanych terminach. Dotychczas świadczone usługi wykonywane na rynku kolejowym w zakresie opracowań studialnych realizowane były zarówno w terminach dłuższych, jak i krótszych, natomiast nie zawierały formuły Zespołów Zintegrowanych. Realizowane dla innych publicznych Zamawiających terminy dla zakresu analogicznego do etapów I-III wahają się od 312 dni do 480 dni. Określając termin uwzględniono ponadnormatywne wsparcie Wykonawcy, co powinno zapewnić możliwość realizacji prac we wskazanych terminach. Postulat wydłużenia terminu realizacji całej umowy ponad dwukrotnie jest nieuzasadniony.

Model pracy w ramach zespołów zintegrowanych, 14-dniowe terminy dokonania odbiorów oraz adekwatne terminy realizacji poszczególnych etapów powodują, iż ryzyko niedochowania przez wykonawcę któregokolwiek z terminów

odbioru staje się zwykłym ryzykiem kontraktowym wykonawcy.

2) Rozdział VI ust. 1 pkt 2 lit. a i b

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem:

2) W zakresie warunku określonego w Rozdziale V ust. 2 pkt 2 IDW Zamawiający za spełniających warunek udziału w Postępowaniu uzna Wykonawców, którzy wykażą, że:

- a) posiadają w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy za ten okres, roczny przychód netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 5 000 000,00 PLN w każdym roku (KIO 89/21) oraz 2 000 000,00 PLN (KIO 90/21);
- b) posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową - w wysokości nie mniejszej niż 1 500 000,00 PLN (KIO 89/21) oraz 1 000 000,00 PLN (KIO 90/21).

Odwolujący wniósł o podniesienie wymaganej wysokości przychodu rocznego do 15 000 000,00 PLN oraz wymaganych środków finansowych lub zdolności kredytowej do

5 000 000,00 PLN, stwierdzając, że z uwagi na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia warunki określone przez Zamawiającego są nieproporcjonalne. Określenie wymogów ekonomicznych na tak niskim poziomie podaje w wątpliwość możliwość rzetelnej realizacji zamówienia przez wykonawcę, którego zdolność ekonomiczna będzie na wskazanym przez Zamawiającego poziomie.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Wartość wymaganego przychodu ze sprzedaży, jak i kwota wymaganych środków finansowych (lub zdolność kredytowa) zostały ustalone na poziomie proporcjonalnym do wartości zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a przy tym na poziomie umożliwiającym należytą weryfikację zdolności wykonawców do wykonania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że do czasu otwarcia ofert nie będzie ujawniał powyższych danych. Odwołujący w sposób nieuprawniony postuluje podwyższenie tego progu, do kwoty kilkukrotnie przewyższającej szacunkową wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

3) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. b

Zamawiający wymaga dysponowania Koordynatorem Grupy Roboczej Prognozy Ruchu, posiadającym następujące doświadczenie: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 (dwie) Dokumentacje Wstępne obejmujące prognozy ruchu dla infrastruktury liniowej dla odc. co najmniej 15 km z wykorzystaniem międzygałęziowego modelu ruchu.

Odwolujący wniósł o wydłużenie okresu, z którego ma pochodzić doświadczenie, do 10 lat, podnosząc, że obecne wymaganie jest nadmierne i nieuzasadnione oraz że stawia ono w uprzywilejowanej sytuacji podmioty dysponujące personelem, legitymującym się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich 5 lat poprzedzających termin składania ofert powodując, że podmioty dysponujące personelem posiadającym doświadczenie wymagane do realizacji zamówienia, gwarantujące jego należyte wykonanie, lecz zdobyte w okresie wykraczającym poza wskazane ramy czasowe, są pozbawione możliwości uczestnictwa w postępowaniu. Zauważono, że Zamawiający w odniesieniu do części personelu lub

w kryteriach oceny ofert dopuszcza 10 lat. Dodatkowo podniesiono, że w szeregu postępowań o zbliżonym charakterze zamawiający dopuścił czasookres 10 lat dla legitymowania się doświadczeniem.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Doświadczenie w zakresie wykonywania Dokumentacji Wstępnych obejmujących prognozy ruchu dla infrastruktury liniowej (a nie kolejowej) na odc. co najmniej 15 km z wykorzystaniem międzygałęziowego modelu ruchu, jest doświadczeniem niezwykle powszechnym, również na polskim rynku. W okresie tylko kilku ostatnich lat na terytorium RP nastąpił znaczny, liczony w tysiącach kilometrów, przyrost infrastruktury liniowej, zatem poszukiwanie osoby z doświadczeniem w sporządzeniu zaledwie dwóch Dokumentacji Wstępnych dla zaledwie 15 – kilometrowego odcinka tego rodzaju infrastruktury nie powinno nastręczać trudności.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż uznać należy 5 letni okres, w którym dana osoba miałaby nabyć doświadczenie za dostatecznie długi, i tylko w absolutnie wyjątkowych przypadkach okres taki mógłby być uznany za nieproporcjonalnie krótki i bezzasadnie ograniczający konkurencję. Zamawiający kierował się koniecznością zapewnienia udziału

w realizacji zamówienia osób posiadających doświadczenie zdobyte w aktualnym reżimie technicznym i prawnym. Zakreślony w warunku okres doświadczenia realizuje ten postulat, a ponadto w żaden sposób nie ogranicza możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

4) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. c

Zamawiający wymaga dysponowania Koordynatorem Grupy Roboczej Analizy Ruchowo-Eksploatacyjnej, posiadającym m.in. następujące doświadczenie: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 3 analizy ruchowo-eksploatacyjne w zakresie ruchu kolejowego (...).

Odwolujący przedstawił analogiczne żądanie i argumentację, jak w odniesieniu do zarzutu nr 3.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Doświadczenie w zakresie wykonywania analiz ruchowo – eksploatacyjnych w zakresie ruchu kolejowego, w tym jednej dotyczącej co najmniej jednej stacji węzłowej obejmującej co najmniej 35 rozjazdów, oraz dwóch, w których przedmiotem opracowania był obszar samodzielnie odwzorowany w modelu mikrosymulacyjno – analitycznym, obejmującym przynajmniej jedną stację węzłową, jest doświadczeniem niezwykle powszechnym, również na polskim rynku. W okresie tylko kilku ostatnich lat na terytorium RP zaprojektowano przebudowę znacznych odcinków infrastruktury kolejowej wraz ze stacjami węzłowymi obejmującymi wymaganą liczbę rozjazdów (w tym wykonano analizy ruchowo – eksploatacyjne). Zakreślony w warunku okres doświadczenia w żaden sposób nie ogranicza możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Odwołujący nie przedstawił

w odwołaniu jakiegokolwiek argumentacji *in casu*, do której Zamawiający mógłby się odnieść. Dla zarzutu nie określono w odwołaniu podstawy faktycznej, a jedynie ogólnikowo wskazano podstawę prawną.

5) Rozdział VI ust. 1 pkt 4 lit. e

Zamawiający wymaga dysponowania Koordynatorem Grupy Roboczej Analizy Ruchowo-Eksploatacyjnej, posiadającym m.in. doświadczenie: w opracowaniu (po stronie wykonawcy lub zamawiającego) jako projektant lub koordynator w branży mostowej co najmniej 2 (dwóch) dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnych obejmujących łącznie co najmniej:

-1 dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentację Wstępną w zakresie budowy lub przebudowy mostu lub wiaduktu kolejowego,

–1 dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnych w zakresie budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego.

Odwolujący wniósł o wykreślenie w postanowieniach sformułowań: 1 dokumentację projektową (obejmującą projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentację Wstępną w zakresie (...).

Odwolujący stwierdził, że wskazane wymogi są wzajemnie sprzeczne, gdyż Zamawiający oczekuje doświadczenia w zakresie wykonywania dokumentacji projektowych lub Dokumentacji Wstępnych, a następnie wskazuje, że ich elementem ma być projekt budowlany lub projekt wykonawczy – a zatem dokumenty, które nie powstają w procesie przygotowywania Dokumentacji Wstępnej. Zdaniem Odwołującego powyższe powoduje, że warunek ten nie jest możliwy do spełnienia.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu.

6) Rozdział VI ust. 1 pkt 5 lit. b

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: Przez sformułowanie „Dokumentacja Wstępna” Zamawiający rozumie opracowanie:

- Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego, lub
- Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z elementami koncepcji programowej, lub
- Studium Wykonalności.

Odwolujący wniósł o wykreślenie fragmentu: Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego, lub Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego z elementami koncepcji programowej i o wprowadzenie następującej definicji Studium Wykonalności: opracowanie zawierające łącznie: analizy eksploatacyjno-ruchowe, finansowo-ekonomiczne, techniczne, geologiczne (wraz z badaniami), geodezyjne oraz środowiskowe.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający definiuje zbyt szeroko pojęcie Dokumentacji wstępnej, dopuszczając do udziału w postępowaniu także grono wykonawców, nieposiadających wymaganego doświadczenia umożliwiającego realizację inwestycji objętej niniejszym postępowaniem, co pozostaje w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi liczby projektów, jakimi muszą wykazać się osoby zgłoszone przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz osoby zgłoszone w celu uzyskania punktacji w kryterium „doświadczenie personelu”.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie STEŚ. Przyjęta definicja dokumentacji wstępnej, ma wpływ na ocenę doświadczenia osób, którymi dysponuje wykonawca. Definicja dokumentacji wstępnej jest adekwatna i wprost związana z przedmiotem zamówienia. Definicja w ustalonym przez Zamawiającego brzmieniu rozszerza konkurencję, jest na tyle precyzyjna, że nie ma obawy, przed dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy nie dysponują osobami o odpowiednim doświadczeniu.

7) Rozdział XIX pkt 6

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: W kryterium cena: Zamawiający przyzna ofercie z najniższą ceną 70 punktów, a każdej następnej zostanie przyporządkowana liczba punktów proporcjonalnie mniejsza, według wzoru: liczba uzyskanych punktów w tym kryterium = najniższa cena brutto z ofert podlegających ocenie/cena brutto badanej oferty x 70 pkt.

Odwolujący wniósł o zmianę wzoru punktacji w ramach powyższego kryterium, poprzez wprowadzenie modelu polegającego na obliczaniu punktów w kryterium Cena w oparciu o model średniej miarodajnej według przedstawionego przez Odwołującego wzoru. Odwołujący podniósł, że określony przez Zamawiającego model obliczenia liczby punktów zachęca wykonawców do oferowania cen zaniżonych, nieadekwatnych do zakresu przedmiotu zamówienia, natomiast wprowadzenie wnioskowanego modelu wypłynęłoby na ograniczenie oferowania cen rażąco niskich, a tym samym pozwala na zachowanie zasady proporcjonalności.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Ustalony przez Zamawiającego model obliczenia punktacji w ramach kryterium cena opiera się na prostym przeliczeniu zaoferowanej ceny na punktację, z uwzględnieniem przypisanej temu kryterium wagi. Model jest standardowy, stosowany praktycznie w każdym postępowaniu. Przyjęty model przeliczenia ceny na punktację w ramach kryterium cena nie narusza żadnego przepisu ustawy Pzp. Przepisy ustawy Pzp jednoznacznie zobowiązują do oceny ofert w ramach kryterium ceny lub kosztu, a przy tym ustanawiają obowiązek odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żaden przepis ustawy nie zobowiązuje Zamawiającego do dokonywania oceny ofert w ramach kryterium cena przy zastosowaniu średniej miarodajnej.

Model zaproponowany przez Odwołującego nie motywuje wykonawców do składania ofert korzystnych cenowo. Odwołujący nie przeprowadził żadnego wyводу wskazującego na niezgodność postanowienia IDW z przepisami ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący proponuje dokładnie taki sam wzór jak Zamawiający, w przypadku gdy liczba ofert będzie nie większa niż 3. Zamawiający przeprowadził symulacje obliczeń w zakresie ośmiu teoretycznych ofert. Zaproponowany przez Odwołującego wzór albo przyznaje minimalnie inną liczbę punktów, albo dodaje lub ujemne punkty względem wzoru IDW. Wszystko jest uzależnione od ilości ofert. Proponowane współczynniki nie zostały w żaden sposób wyjaśnione i tylko komplikują wykonywanie obliczeń.

8) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 1

Zamawiający postanowił, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za następujące doświadczenie Kierownika projektu: W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu Dokumentacji Wstępnej po stronie wykonawcy w charakterze kierownika projektu dla budowy lub przebudowy linii kolejowej dużych prędkości o długości przynajmniej 10 km definiowanej wg TSI jako P2 lub o analogicznych parametrach.

Odwolujący wniósł o zastąpienie/wprowadzenie w postanowieniu wymagania doświadczenia w zadaniu definiowanym jako P3 zamiast P2 i wykreślenie sformułowania „dużych prędkości”.

Zdaniem Odwołującego wymaganie dotyczące doświadczenia w opracowaniu dokumentacji dla budowy/przebudowy linii kolejowej dużych prędkości definiowanej wg TSI jako P2 jest wymaganiem nadmiernym. Stwierdził, że liczba opracowywanych dokumentacji

w ciągu ostatnich 10 lat zakładających dostosowanie linii kolejowej do parametrów eksploatacyjnych dla kodu ruchu P2 (wg TSI) ogranicza możliwość udziału w postępowaniu, ponieważ opracowanie jest w istocie skierowane jedynie do kilku podmiotów, co może spowodować, że wiele polskich spółek będzie pozyskiwało referencje u podmiotów zagranicznych lub zlecało w późniejszym etapie tym podmiotom zakres prac, co spowoduje znaczące podniesienie cen ofertowych.

9) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 2

Zamawiający postanowił, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za następujące doświadczenie Koordynatora Grupy Roboczej Projektowanie/Projektant w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych: W okresie

ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu (po stronie wykonawcy lub zamawiającego) jako projektant lub koordynator branżowy w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnej dla budowy lub przebudowy linii kolejowej definiowanej wg TSI jako P2 lub o analogicznych parametrach.

Odwolujący przedstawił żądania i argumentację analogiczne, jak w odniesieniu do zarzutu nr 8.

10) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 3

Zamawiający postanowił, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za następujące doświadczenie Eksperta w branży mostowej: *W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu (po stronie wykonawcy lub zamawiającego) jako projektant lub koordynator branżowy w branży mostowej dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnej dla budowy lub przebudowy linii kolejowej definiowanej wg TSI jako P2 lub o analogicznych parametrach.*

Odwolujący przedstawił żądania i argumentację analogiczne, jak w odniesieniu do zarzutu nr 8.

11) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 4

Zamawiający postanowił, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za następujące doświadczenie Eksperta w branży kolejowe sieci trakcyjne: *W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu (po stronie wykonawcy lub zamawiającego) jako projektant lub koordynator branżowy w branży kolejowe sieci trakcyjne dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnej dla budowy lub przebudowy linii kolejowej definiowanej wg TSI jako P2 lub o analogicznych parametrach.*

Odwolujący przedstawił żądania i argumentację analogiczne, jak w odniesieniu do zarzutu nr 8.

12) Rozdział XIX Doświadczenie personelu p. 5

Zamawiający postanowił, że dodatkowe punkty zostaną przyznane za następujące doświadczenie Eksperta w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym: *W okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert brał udział w opracowaniu (po stronie wykonawcy lub zamawiającego) jako projektant lub koordynator branżowy w branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany lub projekt wykonawczy) lub Dokumentacji Wstępnej dla budowy lub przebudowy linii kolejowej definiowanej wg TSI jako P2 lub o analogicznych parametrach.*

Odwolujący przedstawił żądania i argumentację analogiczne, jak w odniesieniu do zarzutu nr 8.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 8 do 12. Zamawiający jako gospodarz postępowania, może dobrać kryteria oceny ofert w taki sposób, aby nabyć na rynku dobra najlepiej odpowiadającego jego potrzebom. Kryteria oceny ofert mogą, a nawet powinny być subiektywne, tzn. powinny wyrażać preferencje Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Ocena w poszczególnych kryteriach powinna być obiektywna, ale same kryteria służące mają przede wszystkim Zamawiającemu i jego potrzebom. Zastosowanie kryteriów oceny ofert, które wydają się początkowo prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, jest dozwolone, o ile nie prowadzi do tego ograniczenia w sposób wykraczający poza jego uzasadnione potrzeby. Dokonując oceny zasadności wprowadzenia określonych kryteriów oceny ofert oraz przyznania im określonej wagi należy mieć przede wszystkim na uwadze uzasadnione potrzeby Zamawiającego, zapewnienie efektywnej realizacji celu postępowania, zarówno przy uwzględnieniu czynników jakościowych, jak i finansowych. W ramach kryteriów Zamawiający punktuje doświadczenie wykonawcy, jeśli będzie dysponował personelem, który posiada doświadczenie w zakresie kolei dużych prędkości (P2). Kryterium oceny ofert jest adekwatne, związane z przedmiotem zamówienia, a także nie ogranicza sztucznie konkurencji.

I. Zarzuty dotyczące OPZ

Punkt 1.4

Zamawiający wymaga (...) Zasilanie – 2x25 kV AC na głównym ciągu liniowym (...)

Odwolujący wnosil o usunięcie z postanowień OPZ zapisu o zasilaniu 25kV AC, gdyż wymaga to przebudowy sieci 400 kV PSE S.A. Zasadne jest, mając na uwadze czas realizacji opracowań – urealnienie przyjętych założeń projektowych.

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zapis nie narusza żadnego przepisu ustawy Pzp. Zamawiający zamierza zrealizować inwestycję w postaci budowy linii kolejowej dużych prędkości. Europejskim i światowym standardem w zakresie zasilania takich nowobudowanych linii kolejowych jest zasilanie prądem zmiennym, najczęściej w systemie 2x25 kV, a nie prądem stałym np. 3 kV, jak proponuje Odwołujący. Zamawiający zdaje sobie sprawę jakich działań po stronie elektroenergetycznej sieci przesyłowej (zarządzanej przez PSE S.A.) to wymaga i prowadzi stosowane ustalenia z PSE S.A. Rozwiązania dla systemu 2x25 kV prądu zmiennego są powszechnie znane w skali europejskiej, przeniesienie ich na grunt polski nie wymaga prowadzenia żadnych procesów z innowacyjnością. Fakt że dany potencjalny Wykonawca nie dysponuje personelem znającym te rozwiązania czy będącym w stanie je przyswoić z bogatej literatury i praktyki europejskiej, a za to dysponuje personelem znającym system 3 kV DC, nie może rzutować na wybór rozwiązań przez Zamawiającego.

Punkt 2.1.2 OPZ

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: *Przedstawiona lista dokumentów i źródeł nie wyczerpuje zakresu pochodzenia danych wejściowych do analiz i należy traktować ją jako podstawową. Stanowi ona bazowy zidentyfikowany przez Zamawiającego zakres źródeł i danych wejściowych, lecz nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku uwzględnienia innych źródeł i danych, jeśli takie zostaną zidentyfikowane.*

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia: *Przedstawiona lista dokumentów i źródeł nie wyczerpuje zakresu pochodzenia danych wejściowych do analiz i należy traktować ją jako podstawową. Stanowi ona bazowy zidentyfikowany przez Zamawiającego zakres źródeł i danych wejściowych. Wykonawca może posługiwać się innymi źródłami i danymi, jeżeli takie zidentyfikuje.*

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Opracowanie ma charakter analityczny. Opracowanie STEŚ ze swej istoty wymaga identyfikacji dostępnych źródeł i uwzględnienia ich w opracowaniu. Stworzenie zamkniętej listy źródeł, do wykorzystania których zobowiązany byłby wykonawca jest obiektywnie niemożliwe. Zamawiający mógł jedynie dołożyć wszelkiej staranności w sporządzeniu ich możliwie najbardziej kompleksowego, ale przy tym otwartego, katalogu. Otwarty katalog takich źródeł Zamawiający zawarł w pkt. 2.2. OPZ i liczy on 33 pozycje. Dokładnie tej samej staranności Zamawiający może wymagać od wykonawcy, nakazując mu uwzględnienie dodatkowych źródeł, o ile takie zostaną przez niego zidentyfikowane. Postanowienie Umowy nie upoważnia Zamawiającego do dowolnego narzucania źródeł wykonawcy. Stanowi ono zobowiązanie wykonawcy do dochowania wymaganej standardowo od podmiotu profesjonalnego staranności przy identyfikacji źródeł, pozostawiając samemu wykonawcy ostateczną decyzję o włączeniu danego źródła do bazy źródeł opracowania („o ile takie zidentyfikuje”). Poza tym kwestionowany zapis nie

narusza żadnego przepisu prawa.

Punkt 2.1.2.2 OPZ

W zaskarżonym postanowieniu OPZ znalazły się m.in. następujące postanowienia:

Lista dokumentów, które zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu umowy znajduje się poniżej.

- 1) Trasowania linii kolejowych. (...) Zostaną przekazane Wykonawcy niezwłocznie po podpisaniu Umowy.
- 2) Pasażerski Model Transportowy w formacie .ver wraz z Raportem Technicznym. Jest to czterostopniowy model makrosymulacyjny wspomagający proces planowania transportu i wykonywania analiz transportowych. Model obejmuje całe terytorium Polski oraz obszary przygraniczne (ponad 2800 rejonów komunikacyjnych). Umożliwia on wykonywanie sieciowych prognoz ruchu (dla średniodobowego ruchu rocznego) z uwzględnieniem transportu kolejowego, drogowego i lotniczego. W ramach PMT Wykonawca otrzyma również prognostyczny rozkład jazdy pociągów obejmujący przebieg linii komunikacyjnych wraz z punktami zatrzymań handlowych i godzinami odjazdów. Przekazane pliki obejmować będą model stanu istniejącego oraz modele dla horyzontów prognostycznych. Udostępnienie modelu Wykonawcy nastąpi niezwłocznie po podpisaniu Umowy.
- 3) (...) Udostępnienie modelu Wykonawcy nastąpi niezwłocznie po zakończeniu Etapu I.(...)
- 7) Dobre praktyki AKK - instrukcja wewnętrzna CPK. Udostępnienie instrukcji nastąpi na 90 dni przed terminem zakończenia prac Etapu II.
- 8) (...) Udostępnienie modelu nastąpi niezwłocznie po odbiorze Etapu II.
- 9) Standardy techniczne Instytutu Kolejnictwa: (...)
- 19) Część map PODGiK i KODGiK dla odcinka Trawniki-Zamość. Udostępnienie map nastąpi niezwłocznie po podpisaniu Umowy. Wykonawca ma obowiązek na bieżąco wykorzystywać i adaptować do rozwiązań w Etapie II i III, dane płynące z prac wykonywanych w Etapie IV.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniom następującego brzmienia:

Lista dokumentów, które zostaną przekazane Wykonawcy po podpisaniu umowy lub stanowią załącznik do Umowy, znajduje się poniżej. W przypadku, gdy w punktach poniżej mowa jest o niezwłocznym przekazaniu dokumentów po podpisaniu Umowy, oznacza to termin nie dłuższy niż 3 Dni robocze od dnia podpisania Umowy.

- 1) Trasowania linii kolejowych. (...)Trasowania linii stanowią Załącznik nr [] do OPZ.
- 2) Pasażerski Model Transportowy w formacie .ver wraz z Raportem Technicznym. Jest to czterostopniowy model makrosymulacyjny wspomagający proces planowania transportu i wykonywania analiz transportowych. Model obejmuje całe terytorium Polski oraz obszary przygraniczne (ponad 2800 rejonów komunikacyjnych), jednak Zamawiający udostępni Wykonawcy część modelu obejmującą obszar lokalizacji Projektu wraz z obszarem oddziaływania (nie więcej niż 1000 rejonów komunikacyjnych). Umożliwia on wykonywanie sieciowych prognoz ruchu (dla średniodobowego ruchu rocznego) z uwzględnieniem transportu kolejowego, drogowego i lotniczego. W ramach PMT Wykonawca otrzyma również prognostyczny rozkład jazdy pociągów obejmujący przebieg linii komunikacyjnych wraz z punktami zatrzymań handlowych i godzinami odjazdów. Przekazane pliki obejmować będą model stanu istniejącego oraz modele dla horyzontów prognostycznych.. Załącznik nr [] do OPZ określa szczegółowe informacje dotyczące:
 - wersji modelu, modułów, części składowych,
 - kompletnych procedur obliczeniowych oraz wszystkich plików powiązanych, niezbędnych do jego działania (m.in. z filtrami, skryptami, macierzami itp.),
 - struktury modelu,
 - stosowanych zmiennych,
 - założeń do modeli generowania potoków oraz podziału międzygałęziowego,
 - formy udostępnienia modelu,
 - wymagań w zakresie określonej wersji VISUM (rok wydania),
 - liczby rejonów komunikacyjnych,
 - wymagań w zakresie modułu komunikacji publicznej umożliwiającego zapisywanie przebiegów relacji dla linii kolejowych w formie rozkładu jazdy,
 - zawartości modelu (w zakresie aktualnego rozkładu jazdy, sieci drogowej, przebiegu planowanych tras linii kolejowych)
 - możliwości uzyskiwania części modelu sieciowego wyciętego w korytarzu oddziaływania analizowanej linii,
 - wymagań w zakresie standardu wyników z modelu, standardowych formatów tabel wyjściowych, ich dostosowania do
 - wymagań Niebieskiej księgi, jeżeli chodzi o format tabel wyjściowych,
 - zawartości w modelu danych SOLK za ostatnie 3 lata,
 - modelu prognozowania umieszczonym w modelu i zakresie danych w modelu wymaganych do uruchomienia modelu prognostycznego (istniejących i prognozowanych).
- 3) (...) Udostępnienie modelu Wykonawcy nastąpi niezwłocznie po podpisaniu Umowy.
- 7) Dobre praktyki AKK - instrukcja wewnętrzna CPK. Udostępnienie instrukcji nastąpi niezwłocznie po podpisaniu Umowy.
- 8) (...) Udostępnienie modelu nastąpi niezwłocznie po podpisaniu Umowy.
- 9) Standardy techniczne Instytutu Kolejnictwa: (...)

Dopisanie zdania:

W dacie przekazania przez Zamawiającego Standardów Technicznych opracowanych przez Instytut Kolejnictwa, Zamawiający wskaże Wykonawcy różnice pomiędzy dotychczas wymaganymi przez niego do stosowania Standardami hiszpańskimi a nowymi polskimi. Różnice skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej będą podstawą do roszczenia Wykonawcy o wydłużenie czasu trwania Umowy oraz o zwiększenie wynagrodzenia.

(...)

- 19) Część map PODGiK i KODGiK dla odcinka Trawniki-Zamość (Załącznik nr [] do OPZ), które będą stanowiły podstawę do wykonania opracowań technicznych. W przypadku ich niewystarczającej dokładności i konieczności wykonania domiarów, Wykonawcy przysługiwać będzie dodatkowe wynagrodzenie. Wykonawca ma obowiązek na bieżąco wykorzystywać i adaptować do rozwiązań w Etapie II i III, dane płynące z prac wykonywanych w Etapie IV.

Dodanie punktów:

- 20) Tabela Elementów Rozliczeniowych - TER (Załącznik nr [] do OPZ)

- 21) Dokumentacja PKP PLK S.A. przedsięwzięcia pn. „Prace na liniach kolejowych nr 69 i 72 na odcinku Rejowiec – Zawada – Zamość Szopinek wraz z budową łącznicy omijającą stację Zawada”.

Dodanie zdania:

Zamawiający zapewnia, iż w dniu przekazania Instrukcji PKP PLK S.A. wymienionych powyżej Zamawiający będzie posiadał wszystkie wymagane licencje od PKP PLK S.A.

Dodanie w punkcie 2.2. zdania:

Do konsultacji z JST i stroną społeczną przed opracowaniem Projektu będącego wynikiem aktualizacji układów torowych, infrastruktury pasażerskiej i projektów branżowych wynikających z przeprowadzonych analiz przedłożone zostaną następujące produkty analiz Etapu 2: []

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Co do zamkniętego katalogu źródeł argumentację przedstawiono w poprzednim zarzucie. Natomiast pojęcie „niezwłocznie” jest znane zarówno doktrynie, jak i praktyce prawa, w tym również praktyce ustawodawczej. Zakres znaczeniowy pojęcia należy odnosić do stanu, w którym udostępnienie następuje bez nieuzasadnionej zwłoki. Użyty zwrot wskazuje zatem, iż dokumenty zostaną udostępnione natychmiast po zawarciu umowy, o ile nie wystąpi okoliczność natury obiektywnej, niezależna od winy Zamawiającego. Postulowana przez Odwołującego zmiana doprowadziłaby do stanu mniej korzystnego dla potencjalnego wykonawcy bowiem Zamawiający nie byłby zobowiązany do niezwłocznego udostępnienia dokumentów, i mógłby ostatecznie ustalić dowolnie długi termin udostępnienia, nie krótszy jednak, niż 3 dni robocze. Przekazanie dokumentów z pkt w pkt. 2.1.2.2 ppkt. 1-3), 7-9) oraz 20-21) nie jest konieczne do sporządzenia oferty. Dokumentację trasowania linii kolejowej, tj. wstępne przebiegi linii kolejowych w planie w formacie plików .dgn/.dwg., stanowiące podstawę prac Wykonawcy, zostaną przekazane niezwłocznie po zawarciu umowy (pkt. 2.1.2.2. ppkt. 1 OPZ) Trasowania opracowane zostały przez projektantów torowych w specjalistycznym oprogramowaniu. Aktualne, koncepcyjne, ogólne schematy przebiegu są powszechnie dostępne na stronach internetowych CPK. Znajomość szczegółowych trasowań nie jest niezbędna do sporządzenia oferty i dokonania wyceny. Długość odcinka objętego opracowaniem, jak i inne jego cechy, określa bowiem OPZ. Zamawiający zawarł w Załączniku nr 1 do OPZ szczegółowe informacje dotyczące modelu PMT, w zakresie, w jakim mogą one mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców. Zarzut odnosi się zatem do nieistniejącego stanu faktycznego.

Wykonanie tłumaczenia hiszpańskich standardów technicznych obciąża wykonawcę. Część zapisu odnosząca się do obowiązku wykonania tłumaczenia jest jasna tak pod względem wykładni językowej, jak i celowościowej, brak zobowiązania Zamawiającego do wskazania różnic pomiędzy standardami hiszpańskimi a nowymi polskimi nie narusza żadnych przepisów ustawy Pzp. Identyfikacja tych różnic obciąża wykonawcę. Podstawy do zmiany wynagrodzenia w sytuacji wystąpienia różnic określają postanowienia wzoru umowy. Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy oraz terminu realizacji umowy w sytuacji, gdyby w związku z koniecznością uwzględnienia standardów technicznych przekazanych przez Zamawiającego w toku realizacji umowy niezbędny byłby dodatkowy termin do ich uwzględnienia lub nastąpiłby istotny wzrost kosztów wykonania przedmiotu Umowy (§ 19 ust. 3 pkt. 14 wzoru umowy).

Dobre praktyki AKK – instrukcja wewnętrzna CPK nie jest wykonawcom niezbędna do podjęcia jakichkolwiek działań przed rozpoczęciem realizacji Etapu III. Instrukcja zostanie udostępniona na 90 dni przed zakończeniem realizacji Etapu II, co zapewni wykonawcy czas niezbędny do zapoznania się z jej treścią przed rozpoczęciem jakichkolwiek działań związanych z jej wykorzystaniem. Niezależnie, przykładowe dobre praktyki AKK dostępne są publicznie na stronach internetowych, np. CUPIT.

Mapy PODGiK i KODGiK będą wykorzystane najwcześniej w Etapie II. Nie istnieją również jakiekolwiek przeszkody w samodzielnym pozyskaniu map PODGiK przez wykonawcę na dowolnym etapie, również dla terenu obejmującego przedmiot zamówienia. Mapy Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej są udostępniane wszystkim zainteresowanym podmiotom (por. informacje na stronie <https://www.epodgik.pl/>).

Żaden z przepisów regulujących materię postępowania nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ustalania tabeli elementów rozliczeniowych TER i przekazywania jej wykonawcom.

Punkt 2.3.1 OPZ

Zgodnie z powyższym postanowieniem: *W ramach odrębnej umowy, na rzecz Zamawiającego wykonywane są terenowe inwentaryzacje przyrodnicze, których zadaniem jest określenie kluczowych elementów środowiska przyrodniczego w buforze planowanej Inwestycji. Wyniki powyższych badań będą miały wpływ na Projekt w szczególności w zakresie lokalizacji i parametrów przejść dla zwierząt i przepustów dla płazów, co będzie bezpośrednio oddziaływać, np. na ostateczny kształt niwelety oraz koszt Inwestycji.*

Nie można wykluczyć wpływu uzyskanych wyników inwentaryzacji na m.in. miejscowe korekty przebiegu trasowań czy rozwiązania dotyczące systemu odwodnienia. Wykonawca Studium zobowiązany jest uwzględnić wszelkie zmiany wynikające z ustaleń inwentaryzacji przyrodniczej w całym Studium, w tym: przy koordynacji z innymi branżami, przy 23 określaniu linii rozgraniczających przedsięwzięcia, na rysunkach i planach oraz w szacunku nakładów inwestycyjnych. Powyższe wyniki zostaną przekazywane Wykonawcy Studium sukcesywnie, nie później niż w terminie przewidzianym na zadanie nr 19 „Aktualizacja projektu” w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 5)132 do OPZ.

Odwołujący wnioś o dodanie na końcu zdania: Konieczność zmiany Studium z uwagi na ustalenia inwentaryzacji przyrodniczej, stanowi przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy i wydłużenia terminu realizacji Umowy (lub poszczególnych Etapów).

Zamawiający wnosil o oddalenie. Wyniki inwentaryzacji przyrodniczej zostaną wykonawcy przekazane po podpisaniu umowy (2.1.2.2 pkt. 6 OPZ). Zgodnie z pkt. 2.3.1 OPZ będą one przekazywane sukcesywnie, nie później niż w terminie przewidzianym na zadanie nr 19 „Aktualizacja projektu” w Harmonogramie stanowiącym załącznik nr 5) do OPZ.

Zarówno zasady, jak i terminy przekazywania wyników inwentaryzacji przyrodniczej zostały wprost określone w postanowieniach OPZ oraz w harmonogramie, wykonawca będzie w stanie tak zorganizować prace nad studium, aby uwzględnić przekazywane wyniki na bieżąco. Zamawiający nie zakłada, iż przekazywane wyniki inwentaryzacji przyrodniczej mogłyby ulec zmianie, co zobowiązywałoby wykonawcę do wprowadzania korekt. Wyniki inwentaryzacji przyrodniczych przeprowadzanych przez Zamawiającego mogą mieć charakter jedynie uzupełniający dla materiału opracowywanego przez Wykonawcę, a fakt ich przekazania nie stanowi podstaw odstąpienia Wykonawcy od samodzielnego przeprowadzenia niezbędnych badań i analiz na potrzeby STEŚ. Nie wystąpi więc konieczność „zmiany studium”, z którą to okolicznością Odwołujący próbuje powiązać postulat zwiększenia wynagrodzenia.

Niezależnie równolegle prowadzenie prac nad STEŚ oraz inwentaryzacją przyrodniczą jest praktyką stosowaną przez PKP PLK S.A., które to praktyki Odwołujący przywołuje jako wzorcowe w sporach z Zamawiającym. W przypadku ewentualnego zwiększenia zakresu rzeczowego projektu z uwagi na otrzymane wyniki inwentaryzacji przyrodniczej, zmiany umowy można dokonać w oparciu o par. 19 ust. 3 pkt. 8, 10 lub 13, jak i również oparciu o art. 144 ust. 1 pkt. 6 dPZP.

Punkt 2.3.2 OPZ

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: *Spółka CPK w czerwcu 2020 r. została objęta wsparciem doradczym w*

ramach inicjatywy JASPERS, które obejmie m.in. warsztaty i konsultacje w zakresie dobrych praktyk i doświadczeń przy planowaniu linii KDP oraz prowadzeniu i realizacji dokumentacji przedprojektowej. Potencjalne obszary współpracy obejmują m.in. wsparcie eksperckie dla analiz popytowych, prognoz, modelowania transportowego, analiz kosztów i korzyści, mikrosymulacji ruchu kolejowego, procesu inwestycyjnego oraz wielokryterialnej analizy wariantów inwestycyjnych, a także wyboru określonych parametrów technicznych nowych linii. Spółka nawiązała również współpracę z Bankiem Światowym, spodziewając się otrzymania wsparcia w analogicznym zakresie. Wykonawca jest zobowiązany do zapoznania się z treścią rezultatów współpracy z JASPERS i Bankiem Światowym, w tym zwłaszcza uwag do procesu przeprowadzania Studium, przekazanych przez Zamawiającego i uwzględnienia ich w pracach w porozumieniu z Zamawiającym.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia: Ekspersi JASPERS oraz Banku Światowego będą występować w składzie grup roboczych ze strony Zamawiającego i podlegać regulacjom Umowy oraz OPZ, celem zapewnienia spójności działań formalno-prawnych w procesie oceny i odbioru dokumentacji, w szczególności ekspertów JASPERS oraz Banku Światowego obowiązując terminy przewidziane w procedurze odbiorowej w Umowie.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Brak udziału ekspertów JASPERS oraz Banku Światowego w składzie grup roboczych, oraz fakt niepodlegania tych ekspertów regulacjom umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, nie narusza żadnych przepisów prawa, ani równowagi stron umowy. Wymienieni eksperci współpracują z Zamawiającym na podstawie odrębnych porozumień.

Punkt 2.3.3 OPZ

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: Wykonawca otrzyma jako dane wejściowe, koncepcję prowadzenia ruchu towarowego po liniach realizowanych przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. (...)

Odwolujący wniósł o dodanie następującego postanowienia: Wykonawca otrzyma, niezwłocznie po podpisaniu umowy, nie później jednak niż w terminie 3 Dni roboczych, jako dane wejściowe, koncepcję prowadzenia ruchu towarowego po liniach realizowanych przez Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. (...)

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu.

Punkt 2.3.4 OPZ

Odwolujący wniósł o dodanie zdania na końcu:

W przypadku, gdy konieczność uwzględnienia informacji otrzymanych ze strony CŻ, wpłynie na zwiększenie zakresu rzeczowego Projektu, będzie to stanowiło przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy i wydłużenia terminu realizacji Umowy (lub poszczególnych Etapów).

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Odnosi się on do nieistniejącego postanowienia OPZ.

Punkt 3.1.1 OPZ

Zgodnie z powyższym postanowieniem:

Wykonawca scharakteryzuje lokalizację Projektu na podstawie analizy trasowań przekazanych przez Zamawiającego (zgodnie z listą i opisem zawartymi w pkt. 2.1.2.2) oraz zidentyfikuje obszar oddziaływania inwestycji w kontekście przestrzennym, a w szczególności:

- obszar geograficzny (z uwzględnieniem podziału administracyjnego) zasięgu inwestycji, określony za pomocą map (w skali dostosowanej do obszaru opracowania, umożliwiającej w sposób jednoznaczny i dokładny zilustrować zagadnienie) przedstawiających ramowy przebieg wariantów;
- inne linie kolejowe będące przedłużeniem linii analizowanej, jej odgałęzieniem lub ciągiem do niej alternatywnym, które potencjalnie będą powiązane z analizowaną linią eksploatacyjnie i ekonomicznie (zgodnie z zakresem z pkt. 3.1.5.2);
- drogi przeznaczone do ruchu pojazdów, śródlądowe drogi wodne (wraz z portami) oraz lotniska, stanowiące infrastrukturę konkurencyjnych lub uzupełniających gałęzi transportu (zgodnie z zakresem z pkt. 3.1.5.2);
- terminale przeładunkowe, w tym terminale transportu intermodalnego, a także tereny zamieszkałe oraz ośrodki produkcyjne, usługowe, turystyczne i inne, generujące (lub mogące generować w przyszłości) potoki pasażerów i ładunków przenoszone liniami kolejowymi określonymi w punkcie b) lub za pomocą infrastruktury konkurencyjnych gałęzi transportu (zgodnie z zakresem z pkt. 3.1.5.2).

Wykonawca wymieni te obiekty wraz z uzasadnieniem ich kwalifikowalności do obszaru oddziaływania inwestycji. Wielkość obszaru oddziaływania jest zależna od znaczenia analizowanej linii kolejowej (międzynarodowe / państwowe / regionalne / lokalne), jednakże zakres analizy powinien być adekwatny do potrzeb z uwagi na zachowanie czytelności prowadzonych prac analitycznych w ramach Studium. Wykonawca wskaże powiązania obszaru oddziaływania inwestycji z otoczeniem w ramach definiowanych w treści niniejszego dokumentu zakresów analiz. W przypadku ujawnienia dodatkowych powiązań, Wykonawca zredefiniuje obszar oddziaływania na potrzeby dalszych analiz, jednakże bez dokonywania zmian w analizach już zakończonych.

Odwolujący wniósł o dodanie na końcu zdania: Ostateczny zakres analiz będzie uzależniony od rzeczywistej dostępności danych wymaganych do sporządzenia analiz w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zarzut odnosi się do historycznego brzmienia pkt. 3.1.1.1 OPZ. W aktualnym brzmieniu w przypadku, gdy Wykonawca

z przyczyn od niego niezależnych nie będzie w stanie samodzielnie pozyskać danych niezbędnych do wykonania analizy, zgłosi tę okoliczność Zamawiającemu w formie pisemnej (pod rygorem nieważności) w terminie 5 dni od dnia powzięcia wiadomości o tej okoliczności. W oparciu o otrzymaną od Wykonawcy informację, strony mogą dokonać zmiany Umowy (dodanie § 19 ust. 3 pkt 15 w następującym brzmieniu: „w przypadku, gdy wykorzystanie przez Wykonawcę do sporządzenia analizy na podstawie określonych danych stanie się niemożliwe z uwagi na brak dostępności tych danych dla Wykonawcy, z przyczyn nieleżących po jego stronie”). Brak jest zatem ryzyk, na które wskazano w odwołaniu. Zamawiający podtrzymał argumentację, iż żadne z postanowień OPZ nie upoważnia Zamawiającego do dowolnego narzucania źródeł wykonawcy, stąd tym bardziej nie zaistnieje ryzyko opisane w odwołaniu.

Punkt 3.1.2 OPZ

W punkcie 3.1.2 OPZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

(...) Wykorzystany zostanie multimodalny model transportowy Republiki Czeskiej. Zasady jego udostępniania zawarte są na stronie <https://www.mdcz.cz/Dokumenty/Strategie/Pravidla-pro-poskytovani-celostatniho-multimodalni?returl=/Dokumenty/Strategie>. Wykonawca wystąpi w ciągu 3 dni roboczych od dnia podpisania umowy o ww. model na potrzeby projektu. Zamawiający będzie wspierał Wykonawcę w pozyskaniu tego modelu. Zakładane jest pozyskanie przez Wykonawcę ww. modelu w terminie 45 dni od dnia wystąpienia Wykonawcy o jego udostępnienie. (...)

Odwolujący wniósł o zmianę wymogu na następujący: (...) Wykorzystany zostanie multimodalny model

transportowy Republiki Czeskiej. Model zostanie przekazany Wykonawcy przez Zamawiającego niezwłocznie po podpisaniu Umowy, nie później niż w terminie 7 dni kalendarzowych.

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zarzut odnosi się do nieistniejącego postanowienia OPZ.

Punkt 4.2.2 OPZ

Zgodnie z punktem 4.2.2 OPZ: (...) (...)

Doszczegółowienie modelu w obszarze prognozy ruchu obejmować będzie co najmniej:

1. uzupełnienie i doszczegółowienie modelu sieci transportowej w polskiej i czeskiej części obszaru prognozy o drogi (np. wojewódzkie i powiatowe), które nie zostały ujęte w ogólnokrajowej skali modelu makroskopowego PMT,
2. odwzorowanie przystanków międzygminnej komunikacji autobusowej wraz z przebiegiem tras i określeniem dobowej liczby połączeń,
3. zwiększenie dokładności rozkładu ruchu w sieci transportowej, np. poprzez podział zdefiniowanych w modelu rejonów transportowych (gminy) na mniejsze obszary lub zwiększenie liczby modelowych podłączeń rejonów do sieci transportowej z określeniem ich udziałów w dystrybucji podróży transportem indywidualnym oraz zbiorowym, inne niezbędne działania uszczegóławiające, wykonywane typowo dla podobnych projektów.

(...)

Odwolujący wniósł o wykreślenie powyższego wymagania oraz o dodanie zdania na końcu:

Strony mogą odstąpić od analiz, jeżeli w wyniku pandemii COVID-19 rezultaty tych działań nie będą mogły być uznane za miarodajne.

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zgodnie z kwestionowanym postanowieniem OPZ, zarówno zakres badań dodatkowych jak i zakres badania preferencji został pozostawiony uznaniu wykonawcy, z zachowaniem minimum określonego przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązał wykonawców do doszczegółowienia modelu w obszarze prognozy ruchu oraz określił zakres uszczegółowienia. Nie narusza to równości stron umowy na niekorzyść wykonawcy, a tym samym żadnych przepisów. Kwestię zmian w umowie z uwagi na okoliczności wywołane pandemią COVID-19 regulują przepisy szczególne, stąd nie jest ani konieczne ani uzasadnione powielanie tych regulacji w OPZ czy umowach z wykonawcami.

Punkt 4.2.6 OPZ

W punkcie 4.2.6 OPZ dotyczącym wyników i zastosowania do dalszych prac Zamawiający postanowił: (...)

Należy przewidzieć możliwość iteracyjnej aktualizacji prognozy ruchu w toku prowadzenia analiz mikrosymulacyjnych. (...)

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) Należy przewidzieć możliwość iteracyjnej aktualizacji prognozy ruchu w toku prowadzenia analiz mikrosymulacyjnych, z zastrzeżeniem, że maksymalna liczba iteracji to [...].

Zamawiający wnosil o oddalenie Z pkt. 4.2.6 OPZ wynika, iż: „Wykonawca winien założyć konieczność wykonania co najmniej jednej iteracji prognoz ruchu uwzględniających aktualizację rozkładów jazdy wynikającą z przeprowadzonych prac mikrosymulacyjnych” Z kwestionowanego postanowienia OPZ nie wynika jakoby Zamawiający miał prawo narzucić wykonawcy nieznanemu mu uprzednio wymóg zrealizowania określonej liczby iteracji. Zamawiający wskazuje minimalną liczbę iteracji, natomiast decyzja o ewentualnym zwiększeniu liczby iteracji leży w rękach potencjalnego wykonawcy.

Punkt 4.3.1.1 OPZ

Zgodnie z tym wymaganiem (...) Raport z przeprowadzonych analiz powinien zawierać co najmniej: (...)

Dokumentację graficzną taką jak: wykresy ruchu pociągów dla rozkładów jazdy opracowanych na etapie konstrukcji oferty przewozowej, mapy ciepła (heat mapy) zajętości układów torowych itp.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) Raport

z przeprowadzonych analiz powinien zawierać co najmniej: (...)

Dokumentację graficzną lub tabelaryczną taką jak: wykresy ruchu pociągów dla rozkładów jazdy opracowanych na etapie konstrukcji oferty przewozowej, mapy ciepła (heat mapy) zajętości układów torowych itp.

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający ma prawo oczekiwać przedstawienia niektórych danych w raporcie w formie graficznej, a nie tabelarycznej.

Nie wyłącza to oczywiście możliwości przedstawienia tych danych w innej – obok wymaganej – formie, w tym również w formie tabelarycznej. Sformułowanie takiego wymagania nie narusza żadnego przepisu prawa.

Punkt 4.3.1.2 OPZ

Zgodnie z ww. punktem OPZ: (...) Zamawiający w dniu rozpoczęcia Etapu II przekaze Wykonawcy model stanu bazowego infrastruktury zarządzanej przez PKP PLK S.A. (MSB-PLK) wykonany w programie RailSys 10. (...)

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) Zamawiający niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni roboczych przekaze Wykonawcy model stanu bazowego infrastruktury zarządzanej przez PKP PLK S.A. (MSB-PLK) wykonany w programie RailSys 10. (...). Na końcu zaś dodanie sformułowania, że „co stanowi przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy”.

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Celem Zamawiającego jest przekazanie wykonawcy najbardziej aktualnego modelu stanu bazowego infrastruktury kolejowej. Model nie jest wykonawcy niezbędny ani na etapie przygotowania oferty, ani w I Etapie przygotowania STEŚ. Postanowienie OPZ zakładające udostępnienie wykonawcy modelu w dniu rozpoczęcia Etapu II, nie narusza żadnego z przepisów prawa. Wykonawca - zgodnie z harmonogramem - ma czas niezbędny na zapoznanie się z modelem MSB-PLK, przed rozpoczęciem prac nad modelami mikrosymulacyjno-analitycznymi wariantów inwestycyjnych (MWI).

Co do postulatu zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, przy jednoczesnym braku precyzyjnego wskazania, w jaki sposób kwota zwiększenia miałaby zostać obliczona, Zamawiający podnosił, iż skoro wytyczne do budowy modeli mikrosymulacyjno-analitycznych będą znane wykonawcom przed złożeniem oferty, to wykonawca jest w stanie określić koszt świadczenia, i ująć go w cenie oferty. Wytyczne do budowy modeli stanowią bowiem główny punkt odniesienia przy usuwaniu błędów. Zamawiający podkreślił, iż wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Punkt 4.3.2 OPZ

Zgodnie z zaskarżonym postanowieniem: Celem analizy ruchu pieszego jest sprawdzenie czy istniejące oraz planowane węzły przesiadkowe, mają możliwość obsługi znacznych potoków ruchu w krótkim czasie a co za tym idzie, czy spełniają przyjęte założenia projektowe dotyczące jakości ruchu oraz czy nie zagrażają bezpieczeństwu

użytkowników. Analiza ruchu pieszego na tym etapie posłuży wyeliminowaniu niekorzystnych z punktu widzenia pasażera rozwiązań projektowych.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia postanowienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Konieczność ujęcia w STEŚ analizy ruchu pieszego jest uzasadnione celem studium, posłuży wyeliminowaniu niekorzystnych z punktu widzenia pasażera rozwiązań projektowych. Formułowanie w OPZ wymogów uzasadnionych obiektywnymi potrzebami Zamawiającego nie narusza żadnych przepisów prawa.

Punkt 4.4.1 OPZ

Zgodnie z punktem 4.4.1 OPZ:(...) Zamawiający podkreśla, że zakres projektu obejmuje również funkcjonalne połączenie branż takich jak teletechnika, SRK, elektroenergetyka, sieci sanitarne (i wszystkie konieczne) z istniejącą infrastrukturą poszczególnych branż na liniach PKP PLK S.A. W sytuacji, gdy niezbędne dla funkcjonowania linii kolejowej objętej niniejszym zamówieniem jest połączenie w spójny system (np. sterowania ruchem kolejowym) poszczególnych branż z istniejącą infrastrukturą bądź dostosowanie istniejącej infrastruktury (tutaj, przebudowa, modernizacja, etc.) na potrzeby funkcjonowania projektowanej linii kolejowej Wykonawca taki zakres projektowy obejmie swoimi pracami.

Odwolujący wniósł o dodanie na końcu fragmentu: (...) co będzie stanowić przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy (liczonego z uwzględnieniem ceny rynkowej za ha mapy) oraz wydłużenia terminu realizacji Umowy (lub jej poszczególnych Etapów).

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Postulatu zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy nie jest poparty wskazaniem w jaki sposób kwota zwiększenia miałaby zostać obliczona, poza tym wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy.

Punkt 4.4.2 OPZ

Zgodnie z ostanowieniem:

(...) Osie odwodnienia trasy z rozróżnieniem rowów ziemnych, umocnionych, odparowujących, drenaży, drenokolektorów wraz ze wskazaniem wstępnej lokalizacji punktów odbioru wody z systemu odwodnienia oraz wskazanie dla rowów wstępnego kierunku spadku rowu i wstępnej wartości tegoż spadku; (...)

Profile trasy (przekroje podłużne) powinny bazować na numerycznym modelu terenu pozyskanym z GUGiK, (...).

W przypadku, gdy numeryczny model terenu pozyskany z GUGiK okaże się lokalnie niewystarczający do poprawnego opracowania profili trasy, Wykonawca pozyska niezbędne dane wysokościowe (domiary, dokumentacje, wywiady branżowe etc.) we własnym zakresie. (...)

Stacja – przekrój przez równię stacyjną z zaznaczeniem podstawowych elementów infrastruktury ładunkowej i pasażerskiej. (...)

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

(...) Osie odwodnienia trasy wraz ze wskazaniem wstępnej lokalizacji punktów odbioru wody z systemu odwodnienia oraz wskazanie dla rowów wstępnego kierunku spadku rowu i wstępnej wartości tegoż spadku; (...)

W przypadku, gdy numeryczny model terenu pozyskany z GUGiK okaże się lokalnie niewystarczający do poprawnego opracowania profili trasy, Wykonawca pozyska niezbędne dane wysokościowe (domiary, dokumentacje, wywiady branżowe etc.) we własnym zakresie, co stanowi przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy.

(...) Profile trasy (przekroje podłużne) powinny bazować na numerycznym modelu terenu pozyskanym z GUGiK, (...).

Przekroje normalne – Wykonawca opracuje przekroje normalne obejmujące: (...)

Stacja – przekrój przez równię stacyjną z zaznaczeniem podstawowych elementów infrastruktury ładunkowej i pasażerskiej i elementów towarowych w przypadku łączenia stacji CPK z posterunkiem eksploatacyjnym PKP PLK S.A. (...)

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Konieczność zawarcia na rysunkach planów sytuacyjnych osi odwodnienia trasy z rozróżnieniem rowów ziemnych, umocnionych, odparowujących, drenaży, drenokolektorów, jak i również przekroju przez równię stacyjną z uwzględnieniem przestrzeni pasażerskiej jest uzasadnione zarówno analitycznym charakterem studium, jak i jego celem jakim jest wskazanie rekomendowanego wariantu przebiegu linii kolejowej. Jednym z kluczowych kryteriów wyboru wariantu będzie koszt jego wykonania. Rozróżnienie elementów odwodnienia trasy dla poszczególnych jej wariantów pozwoli oszacować koszt każdego z nich z uwzględnieniem istotnego czynnika kosztotwórczego. Formułowanie w OPZ wymogów uzasadnionych obiektywnymi potrzebami Zamawiającego nie narusza żadnych przepisów prawa. Jeżeli w toku realizacji umowy pojawi się konieczność zwiększenia zakresu rzeczowego, zarówno Zamawiający jak i potencjalny wykonawca mogą wystąpić o dokonanie zmiany umowy, w oparciu o § 19 ust. 3 pkt. 8, 10 lub 13, jak i również oparciu o art. 144 ust. 1 pkt. 6 dPZP.

Punkt 4.4.3.2 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: (...) Należy wykonać wstępne obliczenia światła obiektów mostowych na wodach śródlądowych przecinających projektowaną trasę oraz wstępne obliczenia światła przepustów. Wykonawca pozyska niezbędne dane do wyznaczenia ww parametrów.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia: (...) Należy wykonać – w ramach zadania [...] określonego w Załączniku nr 5 do OPZ– wstępne obliczenia światła obiektów mostowych na wodach śródlądowych przecinających projektowaną trasę oraz wstępne obliczenia światła przepustów. Wstępne obliczenia zostaną dokonane na podstawie danych od zarządców cieków, o ile Wykonawca takie dane uzyska.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Brak precyzyjnego określenia „zadania”, dla świadczenia polegającego na wstępnym obliczeniu światła obiektów mostowych na wodach śródlądowych nie narusza żadnego z przepisów ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał, czy brak takiego określenia stanowi brak precyzji określenia przedmiotu zamówienia, czy też brak ten skutkuje naruszeniem równowagi stron umowy. Zarzut ten pozbawiony jest podstawy faktycznej. Zamawiający nie może się odnieść do tak sformułowanego zarzutu w sposób szczegółowy. W kontekście postulatu dodania zapisu,

iz wykonawca wykona obliczenia na podstawie danych uzyskanych od zarządców cieków, Zamawiający wskazuje, iż wykonawca połączył ten postulat z możliwością jednostronnej rezygnacji przez wykonawcę z pozyskania tych danych („o ile wykonawca takie dane uzyska”). Taka propozycja nie może zasługiwać na aprobatę. Obliczenia światła obiektów mostowych należy wykonać na podstawie uproszczonych przekrojów przygotowanych z wykorzystaniem numerycznego modelu terenu pozyskanego z GUGiK.

Punkt 4.4.3.3 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: (...)Ocenę stanu technicznego obiektów inżynierskich

i inżynierskich wykonuje się dla odcinków, gdzie wariant trasowania linii kolejowej przebiega po torach istniejących oraz w miejscach, gdzie projektowana linia KDP przecina istniejącą linię kolejową lub drogę wpływając na przeprojektowanie istniejących torów lub obiektów.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) Ocenę stanu technicznego obiektów inżynierskich i inżynierskich wykonuje się dla odcinków, gdzie wariant preferowany trasowania linii kolejowej przebiega po torach istniejących oraz

w miejscach, gdzie projektowana linia KDP przecina istniejącą linię kolejową lub drogę wpływając na przeprojektowanie istniejących torów lub obiektów. Ocena ta dotyczy wariantu preferowanego trasowania linii kolejowej.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Ocena techniczna obiektów inżynierskich ma zostać przeprowadzona dla każdego z wariantów trasowania linii kolejowej, a nie jedynie dla wariantu preferowanego. Wybór wariantu preferowanego jest ostatnim etapem STES

i winien nastąpić również w oparciu o ocenę techniczną obiektów inżynierskich w każdym z rozważanych wariantów. W celu dokonania wyboru wariantu preferowanego należy wykonać obliczenia szacunkowych kosztów zarówno obiektów projektowanych, jak i dostosowania istniejących po wcześniejszej ocenie stanu technicznego. Dokonanie wyboru wariantu preferowanego przed zapoznaniem się z oceną techniczną obiektów istniejących i ich wyceną w każdym wariantie byłoby podjęciem nierealizującym podstawowych celów studium.

Punkt 4.4.3.4 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: (...) Charakterystyczne przekroje typowe obiektów inżynierskich i inżynierskich przedstawionych w opracowaniu. Rysunki powinny być w skali zapewniającej czytelność rysunku.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) Charakterystyczne przekroje typowe poprzeczne w skali [] obiektów inżynierskich i inżynierskich przedstawionych w opracowaniu. Rysunki powinny być w skali zapewniającej czytelność rysunku.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zarzutu. Aktualne zapisy są precyzyjne i nie naruszają równowagi stron umowy. Nie jest możliwe określenie z góry jednego ogólnego wymogu określającego skalę dla każdego z przekrojów. Skala każdego rysunku uzależniona jest od parametrów obiektu (szerokość, długość, rozpiętość). Rysunki powinny być w skali zapewniającej czytelność rysunku zgodnie zapisami OPZ

Punkt 4.4.6.4 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: (...) PLAN SYTUACYJNY /WSTĘPNA KONCEPCJA ZAGOSPODAROWANIA TERENU sugerowana skala 1:500 (lub inna w zależności od szczegółowości przedstawianego zagadnienia).

(...) Wstępna koncepcja zagospodarowania terenu powinna zawierać również wskazania ewentualnych rozbiórki i dobudowań, wycinek oraz nasadzeń zieleni (...).

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: (...) PLAN SYTUACYJNY /WSTĘPNA KONCEPCJA ZAGOSPODAROWANIA TERENU sugerowana skala 1:2000.

(...) Wstępna koncepcja zagospodarowania terenu powinna zawierać również wskazania ewentualnych rozbiórki i dobudowań, wycinek oraz nasadzeń zieleni (...). W celu określenia zakresu wycinek Wykonawca dokona inwentaryzacji zieleni na obszarze [].

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Aktualne zapisy nie naruszają żadnego przepisu ustawy Pzp. Odwołujący na takie naruszenie wprost się nie powołuje. Dopuszczalne i słuszne pozostaje określenie wyłącznie skali sugerowanej (1:500), z tym zastrzeżeniem, iż skala każdego z rysunków ma być dostosowana odpowiednio do szczegółowości zagadnienia (w pewnych warunkach możliwe będzie sporządzanie rysunków choćby w skali 1:2000, jak życzy sobie tego Odwołujący). W kwestii zakresu wycinek Zamawiający podnosił, iż określenie ich zakresu nie wymaga przeprowadzenia inwentaryzacji. Zakres wycinek powinien zostać określony szacunkowo na podstawie wizji terenowej, podkładów mapowych, ortofotomap oraz wstępnej koncepcji zagospodarowania.

Punkt 4.4.7.3 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Wykonawca opracuje rozwiązania dla systemów zasilania 2X25 kV AC.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: Wykonawca opracuje rozwiązania dla systemów zasilania kV DC.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odnoszącym się do wymogów systemu zasilania.

Punkt 4.4.11 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Do przedmiotowej wyceny Wykonawca przyjmie szacunkowe ceny rynkowe gruntów/nieruchomości w otoczeniu inwestycji lub inny sposób wyceny wynikający z możliwości prawnych. Sposób prowadzenia wyceny zostanie przez Wykonawcę uzgodniony z Zamawiającym z wyprzedzeniem 30 dni w stosunku do harmonogramu jej wykonania.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

(...)Do przedmiotowej wyceny Wykonawca przyjmie szacunkowe ceny rynkowe gruntów/nieruchomości w otoczeniu inwestycji lub inny sposób wyceny wynikający z możliwości prawnych. Sposób prowadzenia wyceny określa Załącznik nr [] do OPZ.

Odwolujący wniósł o dodanie zdania: W przypadku konieczności przeprowadzenia procedury ustalania granic zgodnie z § 31 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowywania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz.U.2020.1429 z dnia 2020.08.21) zastosowanie znajdzie § 19 Umowy.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Nie znajduje uzasadnienia postulat narzucenia wykonawcy zasad wyceny nieruchomości gruntowych. Zasadne pozostaje pozostawienie możliwości wyboru metody wyceny w sposób najpełniejszy realizującej określone cele studium, z tym że sposób prowadzenia wyceny zostanie uzgodniony z Zamawiającym z wyprzedzeniem 30 dni w stosunku do harmonogramu jej wykonania. Sposób prowadzenia wyceny leży po stronie wykonawcy, w tym w celu jej właściwego prowadzenia Zamawiający oczekuje pozyskania niezbędnego personelu. Przywołany § 31. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowywania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz.U.2020.1429 z dnia 2020.08.21.) nie znajdzie zastosowania ani do etapu, do którego odnosi się kwestionowane postanowienie OPZ, ani też do jakichkolwiek świadczeń stanowiących przedmiot postępowania (por. stanowisko Głównego Geodety Kraju w tej sprawie KN-IRP.071.101.2020 z dnia 11-09-2020). Ponadto oczekiwana jest zmiana rozporządzenia § 31 w odniesieniu do obiektów liniowych.

Punkt 4.4.12 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Wszystkie rozwiązania koncepcyjne związane z połączeniem z infrastrukturą będącą we władaniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. lub związane z ingerencją w taką infrastrukturę wymagają uzgodnienia z PKP PLK S.A. Uzgodnienie takie przeprowadzi Wykonawca przy wsparciu Zamawiającego. Wskazane uzgodnieniach z PKP PLK S.A. wymagania techniczne, o ile ich stopień szczegółowości będzie adekwatny do zakresu niniejszego Studium oraz zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego zostaną wprowadzone przez Wykonawcę do opracowania. Wszystkie bardziej szczegółowe warunki i wymagania zostaną wskazane jako obligatoryjne wytyczne do projektowania na kolejnych etapach prac.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

Wszystkie rozwiązania koncepcyjne związane z połączeniem z infrastrukturą będącą we władaniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. lub związane z ingerencją w taką infrastrukturę wymagają uzgodnienia z PKP PLK S.A. Uzgodnienie takie **przeprowadzi Zamawiający przy wsparciu Wykonawcy**. Wskazane w uzgodnieniach z PKP PLK S.A. wymagania techniczne, o ile ich stopień szczegółowości będzie adekwatny do zakresu niniejszego Studium oraz zostaną zaakceptowane przez Zamawiającego zostaną wprowadzone przez Wykonawcę do opracowania. Wszystkie bardziej szczegółowe warunki i wymagania zostaną wskazane jako obligatoryjne wytyczne do projektowania na kolejnych etapach prac. Czas uzgodnień z PKP PLK S.A. nie wlicza się w czas realizacji Przedmiotu Umowy. Konieczność wprowadzenia wymagań technicznych uzgodnionych z PKP PLK S.A. stanowi przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy i wydłużenia terminu realizacji Umowy (lub poszczególnych Etapów).

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Odwołujący bezpodstawnie przerzuca obowiązki z wykonawcy na Zamawiającego i postuluje zwolnienie autora rozwiązań koncepcyjnych (wykonawcy) z obowiązku konsultowania połączenia tych rozwiązań z infrastrukturą będącą we władaniu PKP PLK S.A.. Celowe i ekonomicznie uzasadnione jest konsultowanie połączenia wariantów koncepcyjnych z infrastrukturą istniejącą przez ich autora, na możliwie najwcześniejszym etapie. Nie sposób zaakceptować aktywnej roli Zamawiającego w konsultowaniu z PKP PLK wariantów jeszcze na etapie koncepcyjnym, w sytuacji, w której na kształt tych wariantów nie miałby on żadnego wpływu. Zaproponowany przez Zamawiającego sposób dokonywania uzgodnień wydaje się więc być racjonalnym i jedynym możliwym. Dokonywanie roboczych uzgodnień wariantów koncepcyjnych w przypadku kolizji ich przebiegu lub konieczności ich połączenia z infrastrukturą należącą do podmiotów trzecich, jest – w przypadku tego rodzaju opracowań – standardowym zadaniem wykonawcy STES. Konsultacje z PKP PLK mają być prowadzone na etapie prac koncepcyjnych. Uzgodnienia te mogą być dokonane w trybie roboczym. Przewidziany obowiązek taki jest możliwy do wyceny, jest świadczeniem faktycznie możliwym do spełnienia i prawnie dopuszczalnym.

Punkt 4.5.1 OPZ

W punkcie OPZ Zamawiający opisał m.in. następujące dane wyjściowe wykorzystywane w procesie analiz środowiskowych:

(...) Sytuacja/ kontekst/ klimat akustyczny: - Zagospodarowanie terenu wg dokumentów planistycznych, (...).

Odwołujący wniósł o dodanie następującego fragmentu: przy czym zakres analizy i zakres danych do przedstawiania na załącznikach graficznych określa Załącznik nr [] do OPZ.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Zamawiający przypuszcza, że Odwołujący uznał użyte w pkt. 4.5.1 terminy za nieprecyzyjne. Z pkt 4.5 OPZ wynika, że obszarem analiz środowiskowych jest „pas terenu o szerokości 300 m od osi poszczególnych wariantów oraz przyjętych rozwiązań”. Wykonawca opracowujący autorski projekt w zakresie Etapu II STES musi dokonać samodzielnych analiz środowiskowych, które służą do wstępnego i możliwe jak najbardziej dokładnego, w oparciu o posiadane na tym etapie dane, oceny wariantów ze szczególnym uwzględnieniem przestrzennych relacji z obszarami o różnych funkcjach, w tym objętymi ochroną na podstawie przepisów o ochronie przyrody oraz o ochronie zabytków oraz uwzględnieniem rozwiązań zawartych w aktach prawa miejscowego. Rezygnacja z takiego obowiązku nie znajduje racjonalnego uzasadnienia, jest konieczna dla realizacji potrzeb Zamawiającego, nie stoi w sprzeczności z prawem i nie wyraża obowiązków niemożliwych do spełnienia.

Żądanie sprowadza się wręcz do wymuszenia przekazania wszelkich gotowych danych, opracowań, aktów, wytycznych potrzebnych do wykonania analiz środowiskowych w ramach Umowy, a nie informacji niezbędnych do wyceny i przygotowania oferty.

Punkt 4.5.2 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Analiza środowiskowa obejmować będzie w szczególności następujące elementy: 1) opis zagospodarowania terenu w obszarze analiz środowiskowych, 2) określenie uwarunkowań środowiskowych (w tym identyfikację i opis zidentyfikowanych elementów środowiska) dla każdego z analizowanych wariantów, 3) omówienie uwarunkowań wynikających z ochrony zabytków, w szczególności ewidencji i rejestru zabytków, 4) ocenę i porównanie wpływu każdego z wariantów na poszczególne elementy środowiska (przeprowadzenie analizy porównawczej), 5) wstępne określenie urządzeń ochrony środowiska (np. przejścia dla zwierząt dużych) oraz wstępne oszacowanie kosztów ochrony środowiska, wraz z opisem metodyki wyceny i przyjętych założeń, 6) określenie zaleceń środowiskowych dla dalszych etapów przygotowania przedsięwzięcia.

Odwołujący wniósł o dodanie postanowienia: Analiza środowiskowa nie obejmuje modelowania akustycznego.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Wystarczające jest dokonanie wyjaśnień, że OPZ nie zawiera takiego wymogu. Wszelkie tworzenie definicji negatywnych lub opis przedmiotu zamówienia poprzez wyłączenia w ocenie Zamawiającego jest błędny i wprowadzający w błąd wykonawców. W sytuacji gdy dana czynność nie leży w obowiązkach wykonawcy, to Zamawiający nie opisuje jej poprzez wyłączenie w dokumentacji postępowania. W sytuacji opisu poprzez wyłączenia części czynności powstałyby wątpliwości, co z czynnościami niewymienionymi, skoro opis przedmiotu zamówienia odbywa się w sposób ujemny poprzez wskazywanie, czego Wykonawca ma nie wykonywać. Oczywiście wydaje się, że Zamawiający może nakładać na wykonawcę jedynie obowiązki wynikające z dokumentacji postępowania, w tym OPZ. W treści OPZ nie wskazano wymogu przeprowadzenia modelowania akustycznego, nie określono wymogów co do niezbędnych założeń ani nie wskazano konieczności obecności akustyka w zespole sporządzającym STES. Zamawiający nie ma obowiązku tworzenia definicji negatywnych lub wpisywania do dokumentacji czynności lub obowiązków, których nie wymaga.

Punkt 4.5.4 OPZ

Zgodnie z ww. postanowieniem: (...) W przypadku uzyskania wyników (całej lub częściowej) inwentaryzacji

przyrodniczej (pkt 2.3.1.), które mogą mieć wpływ na przyjęte rozwiązania, Wykonawca zaktualizuje opracowane analizy, m.in. dotyczące liczby i lokalizacji przejść oraz przepustów dla zwierząt czy systemu odwodnienia. (...)

Odwolując wniósł o dodanie fragmentu: (...) co stanowi przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy i wydłużenia terminu realizacji Umowy (lub poszczególnych Etapów).

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut i dokonał modyfikacji zakresu:

W przypadku uzyskania wyników (całej lub częściowej) inwentaryzacji przyrodniczej

(pkt. 2.3.1), które mogą mieć wpływ na przyjęte rozwiązania, Wykonawca zaktualizuje opracowane analizy, m.in. dotyczące liczby i lokalizacji przejść oraz przepustów dla zwierząt czy systemu odwodnienia. W przypadku kiedy przekazane wyniki inwentaryzacji przyrodniczej będą powodować konieczność wprowadzenia zmian do już wykonanych analiz środowiskowych i prac projektowych zastosowanie znajdzie § 19 ust 3 pkt 8 wzoru Umowy.

Wprowadzona zmiana powinna czynić zadość zarzutowi wykonawcy, mimo odmiennego żądania w zakresie brzmienia postanowienia.

Inwentaryzacja przyrodnicza, zgodnie z pkt 2.3.1 będzie przekazywana wykonawcy sukcesywnie, co pozwoli na bieżące i terminowe realizowanie obowiązków z umowy a w sytuacji, kiedy zostanie przekazana w sposób uniemożliwiający uwzględnienie w czasie wykonania danego opracowania zastosowanie znajdzie przesłanka zmiany umowy.

Punkt 4.6 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Wykonawca Studium będzie wspierał Zamawiającego w procesie zarządzania interesariuszami branżowymi, w tym przede wszystkim będzie uczestniczył w niezbędnych działaniach, wraz z przedstawicielami Zamawiającego, na wszelkich etapach procesu konsultacyjnego ze zdefiniowanymi interesariuszami. Wśród interesariuszy mogą znaleźć się m.in. organy administracji publicznej, podmioty sektora kolejowego, producenci czy dostawcy usług. Szczegółowa lista podmiotów będzie przedmiotem współpracy Wykonawcy i Zamawiającego. Do zadań Wykonawcy należał będzie także monitoring i bieżące informowanie o istotnych dla Zamawiającego wydarzeniach w obszarze określonych interesariuszy oraz potencjalnych nowych podmiotów mogących mieć wpływ na realizację Projektu.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu brzmienia: Wykonawca Studium będzie wspierał Zamawiającego w procesie zarządzania interesariuszami branżowymi, których lista stanowi Załącznik nr [] do OPZ, w tym przede wszystkim będzie uczestniczył w niezbędnych działaniach, wraz z przedstawicielami Zamawiającego, na wszelkich etapach procesu konsultacyjnego ze zdefiniowanymi interesariuszami.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Żądania Odwołującego są niczym nie poparte. Obowiązki wynikające z punktu są jasne, możliwe do spełnienia i wyceny przez wykonawców. Nie ma znaczenia kto zostanie takim interesariuszem ani nie jest konieczne przekazywanie takiej listy. Co więcej, Zamawiający będzie potrzebował wsparcia i współpracy w ustalaniu takiej listy, co zostało wprost wyartykułowane w OPZ. Odwołujący nie ma na moment wniesienia odwołania żadnego interesu w ustalaniu takiej listy, nie ponosi odpowiedzialności za takie podmioty a jedynie bierze aktywny udział w konsultacjach, w sposób określony w OPZ. Ustalanie na moment wszczęcia postępowania kto będzie interesariuszem branżowym jest przedwczesne i nadmierowe. Zarzut jest nieuzasadniony i bezpodstawny. Zamawiający wprost opisał jakie czynności w zakresie konsultacji z interesariuszami ma wykonać wykonawca.

W dalszym zakresie zarzutu Zamawiający zrezygnował z monitoringu, wobec czego zarzut i żądanie stało się bezprzedmiotowe.

Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut dotyczący wskazania przewidywanej liczby spotkań. Zamawiający szacuje tę liczbę na 20 spotkań, przy czym może zostać ona zwiększona o 30%. Opis w zakresie ilości spotkań jest jasny i precyzyjny, co pozwala na porównywalną wycenę ofert. Zamawiający nie uwzględnił żądania wskazania kolejnych przesłanek zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia, terminów realizacji Etapów lub umowy w sytuacji zwiększenia liczby spotkań, bowiem odpowiednie przesłanki zawarte zostały w § 19 Umowy. Zamawiający zmodyfikował postanowienie 4.6.1. poprzez dodanie na końcu pierwszego akapitu zdania w brzmieniu: „Zamawiający przewiduje konieczność odbycia 20 spotkań w trakcie realizacji zamówienia. Przy czym Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwiększenia liczby spotkań o 30% w ramach wynagrodzenia umownego”.

Punkt 4.6.1 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: Wykonawca opracuje i uzgodni z Zamawiającym program zarządzania interesariuszami branżowymi, w ramach którego:

a) we współpracy z Zamawiającym dokona przeglądu i analizy wszelkich interesariuszy branżowych mogących mieć wpływ na realizację projektu oraz będzie ją aktualizował w miarę potrzeb (...).

d) Wykonawca prowadził będzie stały monitoring działalności zidentyfikowanych interesariuszy branżowych i na bieżąco informował będzie o istotnych z punktu widzenia Zamawiającego wydarzeniach, mogących mieć wpływ na realizację Projektu CPK.

Odwolujący wniósł o wykreślenie treści podpunktu a) i d).

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Przegląd i analiza interesariuszy branżowych jest jednym z zadań wykonawcy. To wykonawca stworzy listę interesariuszy branżowych, w ramach wynagrodzenia za realizację zamówienia. Żądanie sporządzenia przez Zamawiającego takiej listy już na obecnym etapie jest w istocie żądaniem ograniczenia obowiązków nałożonych na wykonawcę w ramach umowy. Identyfikacja interesariuszy branżowych stanowi standardowy obowiązek wykonawcy analizy o charakterze strategicznym. Dokonanie kompleksowego przeglądu interesariuszy jest działaniem jednorazowym, które nie stwarza trudności w dokonaniu jego wyceny.

Punkt 4.7.2 OPZ

Zgodnie z punktem 4.7.2 OPZ wykonawca będzie realizatorem procesu konsultacji społecznych, odbywających się w okresie trwania umowy, a do zadań wykonawcy w tym zakresie będzie należało m.in.:

8) Opracowanie dla każdego etapu konsultacji raportu podsumowującego etap z wykazem złożonych uwag i wniosków oraz sposobem ich rozpatrzenia. W raporcie należy zamieścić wyniki badania ewaluacyjnego, o którym mowa powyżej.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

8) Opracowanie raportu podsumowującego konsultacje z wykazem złożonych uwag i wniosków oraz sposobem ich rozpatrzenia. W raporcie należy zamieścić wyniki badania ewaluacyjnego, o którym mowa powyżej.

(...) Szczegółowe wymagania dotyczące materiałów informacyjnych do przeprowadzenia konsultacji społecznych określa Załącznik nr [] do OPZ (m.in. liczbę spotkań reklamowych, długość i zakres emisji spotu, rodzaj materiałów o charakterze niespecjalistycznym).

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Zamawiający dokonał porządkowej zmiany zapisu tak, aby był jasny i nie pozostawiał pola do jakiegokolwiek nadinterpretacji. Niezmienną wolą Zamawiającego jest otrzymanie raportu podsumowującego (zbiorczego) wszystkich konsultacji na Etapie w jakim występują. Jeżeli w danym Etapie nie przewidziane są konsultacje, to wykonawca nie będzie generował raportu. Postulowane brzmienie zapisu to: „8. Opracowanie dla każdego Etapu Umowy, w jakim występują konsultacje - raportu podsumowującego wszystkie konsultacje w danym Etapie Umowy, z wykazem złożonych uwag i wniosków oraz sposobem ich rozpatrzenia”.

Punkt 7.1 OPZ

Zgodnie z postanowieniem: *Wykonawca od momentu rozpoczęcia prac nad Etapem II niniejszego Studium winien przystąpić do realizacji zadania polegającego na opracowaniu kompletu map do celów projektowych (dalej: MDCP). W związku z tym, że na Etapie II nie jest znany wariant inwestorski, Etap IV część „Mapa do celów projektowych” należy prowadzić w dwóch podetapach: (...) Produktem niniejszego Etapu w części „Geodezja” ma być pozyskanie dla wariantu inwestorskiego kompletu Map do Celów Projektowych wraz z odpowiednimi klauzulami. Za aktualizację MDCP w przypadku zmian jej treści po zamknięciu Etapu IV odpowiadać będzie wykonawca Koncepcji Programowo-Przestrzennej i projektu budowlanego.*

Odwolujący wniósł o dodanie na końcu zdania: *Wykonawca ma przyjąć do sporządzenia oferty [] hektarów mapy terenów otwartych oraz [] hektarów mapy terenów zamkniętych.*

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie zakresu zamówienia opisanego w pkt. 1.2 OPZ, informacji przestrzennych oraz swojego doświadczenia jest w stanie należycie oszacować cenę oferty w zakresie przygotowania map do celów projektowych w terenach otwartych i zamkniętych. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego (dalej jako „Studium” lub „STES”) dla Zadania pn.: Budowa linii kolejowej nr 29 na odc. Ostrołęka- Łomża Pisz- Giżycko. Zadanie (dalej jako „Projekt”) zakłada budowę nowej linii kolejowej nr 29 od stacji Ostrołęka na trasie Ostrołęka-Łomża-Kolno-Pisz-Orzysz-Giżycko. Projekt zakłada połączenie z infrastrukturą PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.:

- z linią kolejową nr 36 w rejonie miasta Ostrołęka, • z linią kolejową nr 49 w rejonie miasta Łomża, • z linią kolejową nr 219 w rejonie miasta Pisz, • z linią kolejową nr 223 w rejonie miasta Orzysz • z linią kolejową nr 38 w rejonie miasta Giżycko. Dodatkowymi informacjami przestrzennymi są wstępne trasowania linii przedstawione na etapie konsultacji Strategicznego Studium Lokalizacyjnego (SSL), dostępne publicznie, w tym na stronie internetowej CPK.

Wykonawca wie orientacyjnie zatem, na jakich terenach będą wykonywane prace, jaki obszar jest objęty przedmiotem zamówienia i może w tym celu poczynić niezbędne ustalenia, wyliczenia czy też założenia. Rolą Zamawiającego nie jest dokonywanie wyceny za Wykonawcę jak i poszukiwania czy przekazywania informacji niezbędnych mu do tej wyceny a nie stanowiących wprost wymagań opisu przedmiotu zamówienia. To wykonawca jest odpowiedzialny za finalny efekt prac i w ramach oferty winien poczynić niezbędne założenia a następnie wyliczenia zakresu swoich prac. Żądanie wskazania konkretnej ilości (w hektarach) terenów pod mapy projektowe wykracza poza opis przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie.

Punkt 8.3. OPZ (KIO 90/21)

Odwolujący wniósł o na końcu postanowienia zdania: *Dokumentacja do oceny może być przekazywana Zamawiającemu przez serwer FTP.*

Punkt 8.4 OPZ (KIO 89/21)

W punkcie 8.4 OPZ Zamawiający określił, jakie warunki musi spełniać wersja elektroniczna dokumentacji.

Odwolujący wniósł o dodanie zdania: *Dokumentacja do oceny może być przekazywana Zamawiającemu przez serwer FTP.*

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Serwer FTP jest narzędziem niepotrzebnym i „przestarzałym” w obliczu serwera CDE. Sposób przekazania danych określa załącznik nr 9 do OPZ a więc wytyczne BIM. Korzystanie z narzędzia CDE jest elementem standardów BIM i nie stanowi wymogu nadmiernego ani niemożliwego do spełnienia przez wykonawców. Odwołujący nie wskazał w żaden sposób, że nie może korzystać z innych serwerów niż FTP, przez co Zamawiający domniemuje, że żądana zmiana ma na celu jedynie wygodę, i sprawdzony sposób przekazywania dokumentacji przez wykonawcę a w żaden sposób nie respektuje usprawiedliwionych potrzeb Zamawiającego.

Punkt 8.5.2 OPZ (KIO 89/21) oraz Punkt 8.4.2. OPZ (KIO 90/21)

Zgodnie z postanowieniem: *Wykonawca odpowiada w całości i pod każdym względem za wykonanie w sposób należyty przedmiotu zamówienia.*

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia: *Wykonawca odpowiada za wykonanie w sposób należyty przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, iż nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia wynikające z braku należytego współdziałania ze strony Zamawiającego.*

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Obecny zapis OPZ jest wystarczająco precyzyjny i powinien być rozumiany w ten sposób, że:

– „wykonawca odpowiada w całości...” oznacza wyrażoną w art. 361 §2 k.c. zasadę pełnego odszkodowania, która powinna być rozumiana w ten sposób, że naprawienie szkody obejmuje straty, jakie poszkodowany poniósł (damnum emergens) oraz korzyści, jakie mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (lucrum cessans). Przepis ten reguluje zasadę pełnego odszkodowania dopuszczającego wyjątki – jeden odnosi się do związku przyczynowego (art. 361 §1 k.c.), a drugi do odmiennego uregulowania odpowiedzialności w ustawie bądź umowie.

– „... i pod każdym względem” – to sformułowanie powinno być odczytywane również

w kontekście umowy, która nie przewiduje odstępstw od zasady pełnego odszkodowania (ogólne granice klauzul modyfikujących mogą wynikać z art. 58, 3531 oraz 473 §2 k.c.),

tj. nie przewidziano w umowie ani wyłączenia, ograniczenia czy rozszerzenia odpowiedzialności czy rozmiaru przyszłego długu odszkodowawczego.

– Obecny zapis OPZ nie wyłącza stosowania art. 362 k.c., a więc przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody jako czynnika wpływającego na rozmiar (zmniejszenie) odszkodowania.

Żądany przez Odwołującego zapis prowadzi do ograniczenia odpowiedzialności ze względu na wyłączenie (zupełne) odpowiedzialności w przypadku (jakiegokolwiek) przyczynienia się poszkodowanego (zamawiającego). Ustalenie zmniejszenia odszkodowania w wyniku przyczynienia się poszkodowanego, może odbyć się dopiero w wyniku rozstrzygnięcia szeregu kryteriów wpływających na stopień obniżenia odszkodowania (np. niski stopień

przyczynienia poszkodowanego i wina umyślna po stronie dłużnika mogą sprawić, że przyczynienie się poszkodowanego zostanie ocenione jako prawnie irrelevantne i nie doprowadzi do obniżenia odszkodowania).

Punkt 8.5.4 i zał. Nr 5 do OPZ (KIO 89/21) oraz Punkt 8.4.4. i zał. Nr 5 do OPZ (KIO 90/21)

Zgodnie z postanowieniami: Zamawiający oczekuje realizacji Przedmiotu Zamówienia:

Etap I – w terminie do: 81 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy;

Etap II – w terminie do: 336 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

Etap III – w terminie do: 394 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

Etap IV – w terminie do: 570 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy.

Propozycję zmiany Wykonawca jest zobowiązany złożyć w ciągu 7 dni od dnia podpisania Umowy, w programie

MS Project zarówno w formie papierowej jak

i elektronicznej (w tym edytowalnej).

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

Zamawiający oczekuje realizacji Przedmiotu Zamówienia:

Etap I - w terminie do: 291 (277) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy;

Etap II - w terminie do: 651 (637) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

Etap III - w terminie do: 811 (797) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

Etap IV - w terminie do: 1286 (1272) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy.

(...) Propozycję zmiany Wykonawca jest zobowiązany złożyć w ciągu 14 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego dokumentów określonych w punkcie 2.1.2.2 OPZ, w programie MS Project zarówno w formie papierowej jak i elektronicznej

(w tym edytowalnej).

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Odwołujący nie uzasadnił przedłużenia terminów poszczególnych etapów. Zamawiający opracował w sposób szczegółowy harmonogram realizacji. Zamawiający dodatkowo przewidział niestosowany dotąd model współpracy w ramach Zespołów Zintegrowanych. Realizowane dla innych publicznych Zamawiających (PKP PLK, GDDKiA) SW/STEŚ terminy (dla zakresu analogicznego do etapów I-III w niniejszym postępowaniu) wahają się od 312 dni do 480 dni.

Punkt 5.1.5 i pkt 10 załącznika nr 2 do OPZ

Zgodnie z punktem 5.1.5 : (...) Badania geotechniczne należy zaprojektować tak, aby spełniały wskazany niżej wymagany minimalny zakres rozpoznania podłoża budowlanego: (...) Punkt 10 stanowi, że: (...) W przypadku wykonywania wierceń

i sondowań geotechnicznych (badań inwazyjnych) w granicach stanowisk archeologicznych ustanowionych w rejonie projektowanej inwestycji, Wykonawca zapewni wymagany prawem nadzór archeologiczny. Jeżeli do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wymagany jest dodatkowy ekspert nie wskazany powyżej Wykonawca jest zobowiązany pozyskać takiego eksperta pomimo braku wyraźnego wskazania w OPZ i Specyfikacji Technicznej. Powyższe Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić przy konstruowaniu oferty cenowej. (...)

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniom następującego brzmienia:

5.1.5 (...) Badania geotechniczne należy zaprojektować tak, aby spełniały wskazany niżej (w tym zakresie nie mają zastosowania Wytyczne IGO-1) wymagany minimalny zakres rozpoznania podłoża budowlanego.

10 (...) W przypadku wykonywania wierceń i sondowań geotechnicznych (badań inwazyjnych) w granicach stanowisk archeologicznych ustanowionych w rejonie projektowanej inwestycji, Wykonawca zapewni wymagany prawem nadzór archeologiczny, co będzie stanowiło przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy. Jeżeli do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wymagany jest dodatkowy ekspert nie wskazany powyżej Wykonawca jest zobowiązany pozyskać takiego eksperta pomimo braku wyraźnego wskazania w OPZ i Specyfikacji Technicznej, co będzie stanowiło przesłankę zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy. (...)

W przypadku pkt 5 Zamawiający dokonał częściowego uwzględnienia zarzutu. Zamawiający uszczegółowił zapis w następujący sposób: „(...) Badania geotechniczne należy zaprojektować tak, aby spełniały wskazany niżej wymagany minimalny zakres rozpoznania podłoża budowlanego”. Zamawiający doprecyzował, że chodzi o zakres tam wskazany a nie bliżej niesprecyzowany.

Zamawiający nie widzi natomiast konieczności wyłączenia zastosowania lub nieuwzględniania podczas realizacji umowy reszty wymagań specyfikacji, w tym powszechnie dostępnych wytycznych IGO-1, do których odnosi się załącznik nr 2 do OPZ. Odwołujący nie wskazał na czym polega brak możliwości uwzględnienia wytycznych IGO-1 w postępowaniu. Wykonawca odpowiada za zgodność przedmiotu zamówienia z całą dokumentacją postępowania. Zamawiający doprecyzował zakres rozpoznania podłoża budowlanego, wskazując, że chodzi o zakres wymieniony w danym dokumencie. Tym samym zapis OPZ jest jednoznaczny w rozumieniu przepisu art. 29 ust 1 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, że efekt prac wytworzony na bazie tego dokumentu może być sprzeczny lub niekompatybilny z resztą wymagań Zamawiającego, określonych w dokumentacji postępowania.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu w pkt 10. Wykonawca w ramach postępowania winien zapewnić nadzór archeologiczny zgodnie z odrębnymi przepisami. Podstawę prawną stanowi ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z 23 lipca 2003 roku. Wykonawca po zaprojektowaniu lokalizacji badań geologicznych powinien wystąpić do właściwego miejscowo konserwatora zabytków o wskazanie zasięgu stanowisk archeologicznych i jeśli badania geologiczne będą wykonywane w ich granicach, wojewódzki konserwator zabytków może nakazać w drodze decyzji nadzór archeologiczny. Wykonawca powinien wytypować takie obszary i na podstawie własnych kalkulacji i szacunków przyjąć koszt zapewnienia nadzoru archeologicznego w ofercie. Podobnie też wykonawca winien w kalkulować w ryzyko koszt zaangażowania dodatkowego eksperta. Wymogi takie nie stoją w sprzeczności z żadnym przepisem prawa ani nie blokują możliwości złożenia oferty przez wykonawców. Każdy wykonawca jako profesjonalista jest w stanie założyć odpowiednią czasochłonność czynności związanych z nadzorem archeologicznym jak i koniecznością zaangażowania dodatkowego eksperta mając dokładnie opisane czynności składające się na wiercenia i sondowania.

I. Zarzuty dotyczące Wzoru umowy

1) § 4 ust. 1

Zgodnie z postanowieniem: Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Umowy w terminie 584 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy, z uwzględnieniem następujących terminów pośrednich:

1) Etap I – zostanie wykonany do: 81 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

2) Etap II – zostanie wykonany do: 336 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

3) Etap III – zostanie wykonany do: 394 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,

4) Etap IV – zostanie wykonany do: 570 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy.

Odwolujący podkreślił, że procedura odbiorowa ulega wydłużeniu z powodu okoliczności zależnych od Zamawiającego. Zamawiający często wymagają wprowadzenia zmian rozwiązań projektowych, zgłaszają uwagi przy okazji procedury odbiorowej. Okoliczności te powinny być uwzględnione przy określaniu terminów realizacji Umowy i jej Etapów, by Wykonawca nie był karany karami za okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności.

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniu następującego brzmienia:

Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Umowy w terminie 1388 (1373) dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy, z uwzględnieniem następujących terminów pośrednich, z zastrzeżeniem, iż terminy realizacji poszczególnych Etapów ulegają odpowiedniemu przedłużeniu o czas wydłużenia procedury odbioru poprzedniego Etapu z przyczyn niezależnych od Wykonawcy:

- 1) Etap I – zostanie wykonany do: 291 (277) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,*
- 2) Etap II – zostanie wykonany do: 651 (637) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,*
- 3) Etap III – zostanie wykonany do: 811 (797) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy,*
- 4) Etap IV – zostanie wykonany do: 1286 (1272) dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy.*

Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutów bowiem odnoszą się one do historycznego brzmienia postanowień umowy określających terminy realizacji poszczególnych etapów, stąd pozbawione są podstawy faktycznej. Wiążące Zamawiającego terminy dokonania odbiorów poszczególnych etapów zostały określone w harmonogramie, stanowiącym załącznik nr 5 do OPZ. Terminy te również uległy wydłużeniu, z dotychczasowych 7 do 14 dni. Wydłużenie w harmonogramie terminów dokonania odbiorów, w istocie znoszące jakiegokolwiek ryzyko niedochowania wydłużonych terminów przez Zamawiającego, wraz z jednoczesnym wydłużeniem terminów realizacji poszczególnych etapów o przewidziany w harmonogramie okres dokonywania odbiorów powoduje, iż ryzyko niedochowania przez Zamawiającego któregokolwiek z terminów odbioru staje się zwykłym ryzykiem kontraktowym wykonawcy.

2) § 5 ust. 2 pkt 1 i 5, ust. 14 pkt 3, ust. 17 pkt 1

Zgodnie z postanowieniami:

2. Wynagrodzenie Maksymalne będzie uiszczane częściami, tj. będzie obejmowało płatności za poszczególne Etapy oraz płatność końcową z tytułu realizacji Projektu, tj.:

1) kwota [] zł netto (bez podatku VAT) (słownie: [] 00/100 złotych) – za należyte wykonanie Etapu I i stanowi ona 10 % Wynagrodzenia Maksymalnego; (...)

5) kwota [] zł netto (bez podatku VAT) (słownie: [] 00/100 złotych) – tytułem płatności końcowej za realizację Projektu, i stanowi ona [5] % Wynagrodzenia Maksymalnego. (...)

14. pkt 3) W przypadku braku dostarczenia dokumentów wskazanych w ust. 14 pkt 2) lub też dokumenty dostarczone przez Wykonawcę nie będą wystarczające w ocenie Zamawiającego lub organu podatkowego do potwierdzenia, iż Wykonawca jest rzeczywistym właścicielem należności wypłacanych przez Zamawiającego, stosuje się ust. 17 poniżej. (...)

17. W każdym przypadku niedostarczenia Zamawiającemu przed data płatności dokumentów wymienionych w ust. 14 pkt 2) lub przekazania dokumentów niezadowolających (w ocenie Zamawiającego), Zamawiający będzie uprawniony do:

1) zatrzymania płatności kwoty należnej Wykonawcy do czasu przedstawienia dokumentów wymienionych w ust. 14 pkt 2), zadowolających dla Zamawiającego; lub (...).

Odwolujący wnosil, by w § 5 ust. 2 pkt 1 kwota stanowiła 15% Wynagrodzenia Maksymalnego oraz wnoszono o wykreślenie pkt 5. Odwołujący zauważył, że Harmonogram stanowiący załącznik nr 5 do OPZ nie przewiduje żadnych prac po wykonaniu Etapu IV, a przed odbiorem końcowym.

W ust. 14 pkt 3 i ust. 17 wnoszono o wykreślenie możliwości zgłoszenia uwag do dokumentu przez Zamawiającego, aby uprawnienie to przysługiwało jedynie organowi podatkowemu, natomiast w ust. 17 pkt 1 wnoszono o nadanie mu brzmienia: *zatrzymania płatności kwoty należnej Wykonawcy do czasu przedstawienia dokumentów wymienionych*

w ust. 14 pkt 2) lub przekazania dokumentów spełniających wymagania organu podatkowego (...). Odwołujący wskazywał, że nadużyciem zasad współzycia społecznego jest wstrzymywanie płatności, gdy Zamawiający uzna dokumenty za „niewystarczające” lub „niezadowolające”.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Ustalenie płatności końcowej, powiązanej z dokonaniem odbioru końcowego, nie narusza żadnego przepisu prawa. Jest to standardowe postanowienie w umowach, w których przewidziano płatności częściowe.

W kwestii potencjalnego naruszenia art. 353 (1) Kc, do stwierdzenia takiego naruszenia konieczne jest wykazanie, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współzycia społecznego. Zakreślenie podstawy faktycznej zarzutu w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący nie pozwala na stwierdzenie, że sporne postanowienia są sprzeczne z przepisami ustawowymi. Odwołujący nie wykazał również, na czym polega sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoiste cechy. Nie wiadomo także, jakie zasady współzycia społecznego miałyby zostać naruszone. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów, w tym o naruszeniu zasad współzycia społecznego.

Płatność końcową, uzależnioną od dokonania odbioru, została ustalona na poziomie zaledwie 5% wynagrodzenia całkowitego. Samo ustalenie płatności częściowych, zamiast płatności jednorazowej, dokonywanej po dokonaniu odbioru przedmiotu umowy, wobec względu na krótki okres jej realizacji, stanowi ułkon w stronę wykonawcy. Postulowanie zerwania powiązania pomiędzy protokołem odbioru a płatnością końcową, w wysokości zaledwie 5% wynagrodzenia, nie znajduje uzasadnienia na gruncie zasad współzycia społecznego. Tym bardziej, iż Odwołujący postuluje do zwiększenia o taki odsetek pierwszej z płatności, która to płatność w obecnej wysokości powiązana jest wyłącznie z należyтым wykonaniem Etapu I.

Ustalenie ryczałtowego charakteru wynagrodzenia jest prawem zamawiającego, i pozostaje dopuszczalne w tego rodzaju umowach. Postanowienia stanowiące o braku dopuszczalności zwiększenia tego rodzaju wynagrodzenia nie naruszają przepisów prawa oraz zasad współzycia społecznego. Umowę należy zakwalifikować jako umowę o dzieło, zaś ryczałtowy charakter wynagrodzenia jest wręcz charakterystyczny dla tego rodzaju umów. Bezzasadny jest postulat Odwołującego, aby w § 5 ust. 3 wzoru umowy zawrzeć zastrzeżenie, iż Wykonawcy przysługuje roszczenie o zwiększenie wynagrodzenia ponad wysokość Wynagrodzenia Maksymalnego. Wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w kwocie wynagrodzenia ryczałtowego wszelkie ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu umowy.

Kwestionowane postanowienia, uprawniające Zamawiającego do żądania dokumentów „zadowalających” Zamawiającego (lub organy podatkowe) przed dokonaniem wypłaty należności, są ściśle powiązane z obowiązkami Zamawiającego jako płatnika podatku u źródła, wynikającymi wprost z przepisów prawa podatkowego. Modyfikacja kwestionowanych postanowień wzoru umowy zgodnie z żądaniem doprowadzi do sytuacji, w której Zamawiający będąc podatnikiem podatku u źródła – nie będzie w stanie przed dniem wypłaty należności złożyć wymaganego przez przepisy prawa podatkowego oświadczenia WH-OSC (w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych) lub WH-OSP (w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych).

3) dodanie § 5a

Odwolujący wniósł o dodanie do projektu umowy § 5a w brzmieniu:

1. Zamawiający na pisemny wniosek Wykonawcy udzieli Wykonawcy zaliczki lub zaliczek na poczet realizacji Umowy, przy czym łączna wartość zaliczek nie przekroczy 50% wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 5 ust. 1 Umowy
2. Wniosek, o którym mowa w ust. 1 powinien zawierać:
 - 1) kwotę wnioskowanej zaliczki
 - 2) proponowany termin wypłaty i rozliczenia zaliczki
3. Rozliczenie udzielonych przez Zamawiającego zaliczek nastąpi w ramach rozliczenia płatności częściowej za dany Etap
4. Zaliczka zostanie wypłacona na podstawie faktury zaliczkowej, w terminie 30 dni od daty jej doręczenia Zamawiającemu
6. W przypadku odstąpienia od Umowy lub jej niewykonania z jakichkolwiek przyczyn, w tym z przyczyn, o których mowa w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, jak również w przypadku stwierdzenia wykorzystania zaliczki niezgodnie z jej przeznaczeniem Wykonawca na wezwanie Zamawiającego niezwłocznie zwróci w całości lub w niewykorzystanej części udzieloną zaliczkę.

Odwolujący zauważył, że obecna forma rozliczania wpływa negatywnie na dynamikę przepływów finansowych po stronie Wykonawcy, generuje dodatkowe koszty finansowania działalności ze źródeł zewnętrznych oraz zwiększa ryzyko wystąpienia problemów finansowych Wykonawcy, co może mieć bezpośredni wpływ na realizację Umowy. Wprowadzenie instytucji zaliczki wpłynie pozytywnie na zapewnienie uczciwej konkurencji. Zaliczka pełni przede wszystkim rolę kredytową. Umożliwia ona dłużnikowi uzyskanie środków, przy pomocy których sfinansuje realizację zobowiązania. Zaliczki przewidują regulacje ustawowe związane z COVID-19.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Stosownie do treści art. 151a ust. 1 ustawy Pzp, udzielenie zaliczek jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Z kolei przepis art. 15vb ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych

z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 innych chorób zakaźnych

i wywołanych nimi sytuacji kryzysowych nakłada na zamawiającego obowiązek udzielenia zaliczek lub płatności częściowych. Zastosowanie płatności częściowych, które przewidziano we wzorze umowy, zwalnia Zamawiającego z obowiązku wypłaty zaliczki na poczet realizacji zamówienia. Udzielenie zaliczek nie zostało dla przedmiotowego zamówienia przewidziane ani w treści ogłoszenia ani w treści SIWZ. Nie udzielając zaliczek Zamawiający nie naruszył żadnego przepisu prawa. Kwestia udzielania zaliczek nie powinna być oceniana pod kątem naruszenia zasad współzycia społecznego. Zamawiający publiczny nie jest zobowiązany do finansowania podmiotów działających na rynku konkurencyjnym niezależnie od wyniku wykonania prac zleconych przez Zamawiającego. Zwrócono uwagę na niespójność stanowiska Odwołującego, który z jednej strony domaga się zaostreżenia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy, z drugiej zaś domaga się udzielenia zaliczek, motywując to możliwymi kłopotami finansowymi nawet w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział płatności częściowe.

4) dodanie § 5b

Odwolujący wniósł o dodanie do projektu umowy § 5b w brzmieniu:

1. Wynagrodzenie, o którym mowa w § 5 ust. 1 będzie podlegało waloryzacji dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej z zastrzeżeniem ust. 2 i 3.
2. Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie waloryzowane po upływie 12 miesięcy obowiązywania Umowy. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji co kwartał.
3. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik (Ww) wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych.

4. Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:

$$Pn = 0,2 + 0,8 \cdot Ww / 100\%$$

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 2020r, poz. 53 z późn. zm.) wyliczony w odniesieniu do dnia składania Ofert.

5. W przypadku, gdyby wskaźnik, o którym mowa w ust. 4, przestał być dostępny, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Odwolujący podkreślił, że Zamawiający przewidział jedynie waloryzację na podstawie art. 142 ust. 5 Pzp. Jednakże przewidziany okres trwania Umowy łącznie z okresem rękojmi za wady i gwarancji jakości to prawie 5 lat, przy czym termin ten może ulec znacznemu wydłużeniu. Wykonawca zostaje dodatkowo pozbawiony możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej, co stoi w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu. Zamawiający zawarł we wzorze umowy klauzule określone w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie pozostaje zobowiązany na podstawie jakiegokolwiek przepisu prawa do stosowania innych klauzul waloryzacyjnych w umowach z wykonawcami. Wprowadzenie tego rodzaju klauzuli nie jest

uzasadnione ani długością trwania umowy ani specyfiką jej przedmiotu. Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy w okresie 584 dni, tj. niecałych dwóch lat.

W tak krótkim horyzoncie każdy profesjonalny Wykonawca jest w stanie określić możliwy wzrost lub spadek cen usług objętych przedmiotem umowy i w kalkulować ryzyko wzrostu kosztów w cenę oferty. Bezzasadne są twierdzenia jakoby wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej było uzasadnione rzekomo 5-letnim okresem realizacji umowy, do którego Odwołujący wlicza okresy rękojmi i gwarancji. Klauzula waloryzacyjna ma znaczenie jedynie do płatności dokonywanych w okresie obowiązywania umowy. Ostatniej z płatności Zamawiający dokona po dokonaniu odbioru końcowego. Odbiór zostanie dokonany przed upływem terminu realizacji umowy. Po upływie tego okresu, w okresie rękojmi i gwarancji, umowa nie przewiduje żadnych płatności, do których klauzula waloryzacyjna mogłaby potencjalnie znaleźć zastosowanie. Również charakter świadczeń zamówienia nie pozwala na stwierdzenie, iż ceny tych świadczeń są na tyle nieprzewidywalne i podlegają wahaniom na tyle znacznym, iż konieczna i uzasadniona byłaby ochrona interesów wykonawcy poprzez wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej do umowy.

5) § 6 ust. 1, ust. 3 pkt 2, 4, 5, 6, 8, 10, dodanie ust. 11

Zgodnie z postanowieniami projektu umowy:

1. Przedmiot Umowy zostanie dostarczony Zamawiającemu przez Wykonawcę w sposób ustalony w pkt. 8.4 OPZ oraz w terminach określonych w Harmonogramie Realizacji Projektu i Umowie. Terminem realizacji poszczególnych Etapów Przedmiotu Umowy, jest data zatwierdzenia poszczególnych Etapów Przedmiotu Umowy w procedurze opisanej w niniejszym paragrafie. Terminem realizacji Projektu (tj. wykonania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego z wykonaniem studium geologicznego oraz opracowaniem map do celów projektowych), jest data zatwierdzenia przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego w procedurze opisanej w niniejszym paragrafie.

3. Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego będzie sporządzony i zatwierdzony przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego:

2) Protokół Odbioru Końcowego (w odniesieniu do Projektu) z adnotacją „bez Wad”.

4. Zasady dotyczące odbioru poszczególnych Etapów (w ramach Protokołu Odbioru Częściowego) oraz Przedmiotu Umowy (w ramach Protokołu Odbioru Końcowego) zostały określone w ust. 5 poniżej. Przed przystąpieniem do procedury odbioru opisanej w ust. 5 poniżej, Strony będą współdziałać w ramach Zespołu Zintegrowanego i Grup Roboczych, o których mowa w OPZ, na bieżąco wymieniając korespondencję. W toku wymiany korespondencji, Zamawiający będzie miał prawo zgłaszać zastrzeżenia do przedstawionej przez Wykonawcę dokumentacji, a Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego albo – w przypadku odmowy uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego – każdorazowo przedstawi szczegółową argumentację merytoryczną uzasadniającą odmowę uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego. W razie podtrzymania choćby części zastrzeżeń przez Zamawiającego, pomimo przedstawienia przez Wykonawcę argumentacji merytorycznej, o której mowa w zdaniu poprzednim, Wykonawca niezwłocznie wprowadzi zmiany do dokumentacji uwzględniające te zastrzeżenia. W toku bieżącej współpracy w ramach Zespołu Zintegrowanego i Grup Roboczych, Wykonawca doprowadzi dokumentację składającą się na poszczególne Etapy oraz Przedmiot Umowy, w terminach określonych w Umowie do stanu umożliwiającego formalny odbiór, o którym mowa w ust. 5.

5. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dokumentację przetargową zgodnie z ust. 4, a Zamawiający w terminie 14 Dni kalendarzowych dokona odbioru tej dokumentacji albo odmówi dokonania odbioru wyłącznie w przypadku, gdy w przekazanej dokumentacji składającej się na dany Etap istnieją Wady istotne albo jakiekolwiek Wady w przypadku odbioru Przedmiotu Umowy w ramach Protokołu Odbioru Końcowego.

6. Wykonawca nie może rozpocząć prac związanych z realizacją kolejnego Etapu, dopóki Zamawiający nie zatwierdzi Protokołu Odbioru Częściowego z adnotacją „bez Wad istotnych” dotyczącego poprzedniego Etapu, chyba, że Zamawiający postanowi inaczej składając Wykonawcy swoje stanowisko w tej sprawie na piśmie. Niezależnie od powyższego, rozpoczęcie wykonywania Etapu IV następuje zgodnie z Harmonogramem Realizacji Projektu, tj. po zatwierdzeniu Protokołu Odbioru Częściowego dotyczącego Etapu I z adnotacją „bez Wad istotnych”. Działania określone w ust. 4-5 powyżej nie powodują wydłużenia terminu realizacji Umowy bądź poszczególnych Etapów

Zatwierdzenie poszczególnych Etapów, po usunięciu ewentualnych Wad istotnych, zostaje potwierdzone w Protokole Odbioru Częściowego. Zatwierdzenie opracowań składających się na Projekt, po usunięciu ewentualnych Wad, zostaje potwierdzone w Protokole Odbioru Końcowego. Zatwierdzenie Protokołu Odbioru Częściowego jak i Protokołu Odbioru Końcowego dokonuje Lider Projektu. Wzór Protokołu Odbioru Częściowego stanowi Załącznik nr 8 do Umowy, zaś wzór Protokołu Odbioru Końcowego stanowi Załącznik nr 9 do Umowy

10. Zatwierdzenie opracowań składających się na Projekt w Protokole Odbioru Końcowego stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury obejmującej płatność, o której mowa w § 5 ust. 2 pkt 5) Umowy.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniom następującego brzmienia:

1. Przedmiot Umowy zostanie dostarczony Zamawiającemu przez Wykonawcę w sposób ustalony w pkt. 8.4 OPZ oraz w terminach określonych w Harmonogramie Realizacji Projektu i Umowie. Terminem realizacji poszczególnych Etapów Przedmiotu Umowy jest data przekazania tych Etapów do Odbioru Częściowego zgodnie z Harmonogramem Realizacji Projektu, co wyłącza prawo Zamawiającego naliczania kar umownych za zwłokę w realizacji Etapów za okres od dnia przekazania Etapów do odbioru do dnia ich zatwierdzenia, w procedurze opisanej w niniejszym paragrafie, chyba, że stwierdzono Wady istotne. Terminem realizacji Projektu (tj. wykonania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego z wykonaniem studium geologicznego oraz opracowaniem map do celów projektowych) jest data przekazania Projektu do Odbioru Końcowego, zgodnie z Harmonogramem Realizacji Projektu, co wyłącza prawo Zamawiającego naliczania kar umownych za zwłokę w realizacji Projektu za okres od dnia przekazania Projektu do odbioru do dnia jego zatwierdzenia w procedurze opisanej w niniejszym paragrafie, chyba że stwierdzono Wady istotne.

3. Dniem wykonania prac objętych Przedmiotem Umowy w rozumieniu przepisów prawa podatkowego, będzie dzień sporządzenia i zatwierdzenia przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego, tj. (...)

2) Protokół Odbioru Końcowego (w odniesieniu do Projektu) z adnotacją „bez Wad istotnych”.

4. Zasady dotyczące odbioru poszczególnych Etapów (w ramach Protokołu Odbioru Częściowego) oraz Przedmiotu Umowy (w ramach Protokołu Odbioru Końcowego) zostały określone w ust. 5 poniżej. Przed przystąpieniem do procedury odbioru opisanej w ust. 5 poniżej, Strony będą współdziałać w ramach Zespołu Zintegrowanego i Grup Roboczych, o których mowa w OPZ, na bieżąco wymieniając korespondencję. W toku wymiany korespondencji, Zamawiający w terminie 21 Dni kalendarzowych od otrzymania dokumentacji, będzie miał prawo zgłaszać zastrzeżenia do przedstawionej przez Wykonawcę dokumentacji, a Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego w terminie 21 Dni kalendarzowych albo – w przypadku odmowy uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego

– każdorazowo w terminie 7 Dni kalendarzowych przedstawi szczegółową argumentację merytoryczną uzasadniającą odmowę uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego, do której Zamawiający odniesie się w terminie 7 Dni kalendarzowych. W razie podtrzymania choćby części zastrzeżeń przez Zamawiającego, pomimo przedstawienia przez Wykonawcę argumentacji merytorycznej, o której mowa w zdaniu poprzednim, Wykonawca niezwłocznie wprowadzi zmiany do dokumentacji uwzględniające te zastrzeżenia. W toku bieżącej współpracy w ramach Zespołu Zintegrowanego i Grup Roboczych, Wykonawca doprowadzi dokumentację składającą się na poszczególne Etapy oraz Przedmiot Umowy, w terminach określonych w Umowie do stanu umożliwiającego formalny odbiór, o którym mowa w ust. 5. Nowe zastrzeżenia zgłaszane w terminie późniejszym niż pierwotny termin na przedstawienie uwag do dokumentacji, niewynikające z korekty opracowań przez Wykonawcę ani niebędące Wadami mogą być uwzględnione przez Wykonawcę, z tym zastrzeżeniem, iż w takim wypadku Wykonawca będzie uprawniony do żądania wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia.

5. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu dokumentację przetargową zgodnie z ust. 4, a Zamawiający w terminie 14 Dni kalendarzowych dokona odbioru tej dokumentacji albo odmówi dokonania odbioru wyłącznie w przypadku, gdy w przekazanej dokumentacji składającej się na dany Etap lub Przedmiot Umowy istnieją Wady istotne, albo jakiegokolwiek Wady w przypadku odbioru Przedmiotu Umowy w ramach Protokołu Odbioru Końcowego. W przypadku stwierdzenia Wad istotnych, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie tych Wad istotnych nie krótszy niż 21 Dni kalendarzowych. Opisana wyżej procedura może się powtarzać.

6. Wykonawca nie może rozpocząć prac związanych z realizacją kolejnego Etapu, dopóki Zamawiającym nie zatwierdzi Protokołu Odbioru Częściowego z adnotacją „bez Wad istotnych” dotyczącego poprzedniego Etapu, chyba że Zamawiającym postanowi inaczej składając Wykonawcy swoje stanowisko w tej sprawie na piśmie. Niezależnie od powyższego, rozpoczęcie wykonywania Etapu IV następuje zgodnie z Harmonogramem Realizacji Projektu, tj. po zatwierdzeniu Protokołu Odbioru Częściowego dotyczącego Etapu I z adnotacją „bez Wad istotnych”. Działania określone w ust. 4-5 powyżej nie wliczają się w czas realizacji Przedmiotu Umowy, chyba że Zamawiający stwierdzi Wady istotne.

8. Zatwierdzenie poszczególnych Etapów, po usunięciu ewentualnych Wad istotnych, zostaje potwierdzone w Protokole Odbioru Częściowego. Zatwierdzenie opracowań składających się na Projekt, po usunięciu ewentualnych Wad istotnych, zostaje potwierdzone w Protokole Odbioru Końcowego. Zatwierdzenie Protokołu Odbioru Częściowego jak i Protokołu Odbioru Końcowego dokonuje Lider Projektu. Wzór Protokołu Odbioru Częściowego stanowi Załącznik nr 8 do Umowy, zaś wzór Protokołu Odbioru Końcowego stanowi Załącznik nr 9 do Umowy.

10. Zatwierdzenie opracowań składających się na Projekt w Protokole Odbioru Końcowego powinno nastąpić niezwłocznie po podpisaniu protokołu odbioru ostatniego z Etapów. Odmowa podpisania Protokołu Odbioru Końcowego uzasadniona jest wyłącznie w przypadku stwierdzenia w Przedmiocie Umowy Wad istotnych. Pozostałe Wady będą usuwane przez Wykonawcę na podstawie § 12 Umowy.

Dodanie ust. 11:

Wykonawca uprawniony jest do sporządzenia jednostronnego Protokołu Odbioru Częściowego / Końcowego / Ostatecznego w przypadku zwłoki Zamawiającego w dokonaniu odbioru trwającej, co najmniej 14 Dni kalendarzowych.

Zdaniem Odwołującego zasadnym jest takie skonstruowanie procedury odbioru, aby zapewnić zgodność postanowień Umowy z orzecnictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, zgodnie z którymi Zamawiający dokona odbioru częściowego i końcowego, gdy nie stwierdzi Wad istotnych, a także Wady nieistotne, stwierdzone w toku odbioru częściowego lub końcowego usuwane będą na podstawie rękojmi za wady / gwarancji, jakości.

Ust. 1 - Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i żądania wyłączenia możliwości naliczenia kar umownych za niedotrzymanie terminów Etapów Przedmiotu Umowy

w związku z procedurą odbiorową. Wyłączanie możliwości naliczenia kar umownych

w przypadkach odbiorów, których terminy wliczone są w terminy wykonania poszczególnych Etapów, eliminuje logiczność i słuszność zastrzeżonych kar umownych w § 9. Odbiór Przedmiotu Umowy są integralną częścią składową poszczególnych Etapów, a kary umowne zastrzeżone na tę okoliczność mają funkcję prewencyjną i odstraszącą.

Zamawiający podkreślił, że dokonał modyfikacji procedury odbiorowej w § 6 ust 4 i 5. Aby uniknąć formalnego i potencjalnie długotrwałego odbioru każdego Etapu, przewidziano fazę odbioru właściwego pozostawiając na nią 14 dni lecz przed nią przewidział współpracę w ramach Zespołu Zintegrowanego i Grup Roboczych, na których Strony wzajemnie wskażą zastrzeżenia i uzgodnią termin ich usunięcia. Takie działania będą stanowiły pewnego rodzaju „przedodbior” w ramach grup roboczych, w których nastąpi zatwierdzanie przekazanych efektów prac, zgłaszanie w odpowiedni sposób uwag

i zastrzeżeń a następnie formalny odbiór całości Etapu. Tym samym nie powinno budzić obaw Wykonawcy, że procedura odbiorowa ulegnie nieoczekiwanemu przedłużeniu.

Zamawiający ma prawo ustalenia kar umownych wobec przekroczenia terminów poszczególnych Etapów. Każdy Etap ma przewidziany czas na spotkania zespołów i prace

w grupach roboczych a także czas na odbiór każdego Etapu. Terminy realizacji poszczególnych Etapów są na tyle długie, iż pozwalają na odbiór Przedmiotu Umowy bez narażania Wykonawcy na zwłokę.

W nowo dodanym postanowieniu § 19 ust 3 pkt 12 Umowy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie terminów realizacji, w przypadku przedłużających się odbiorów, co w sposób dodatkowy i wcześniej niezaplanowany zabezpiecza wykonawcę.

Ust 3 - Zamawiający dokonał modyfikacji częściowo odpowiadającej żądaniom Odwołującego. Zamawiający przewidział że dokumentem potwierdzającym wykonanie Przedmiotu Umowy będzie Protokół Odbioru Częściowego „bez Wad istotnych”. Dla stron umowy nie ma natomiast znaczenia dzień powstania zobowiązań podatkowych po stronie Wykonawcy, lecz dzień potwierdzenia prawidłowości wykonania prac (podpisanie protokołu odbioru), który stanowi następnie podstawę do wzajemnych rozliczeń stron.

Ust. 4 - Zamawiający dokonał modyfikacji częściowo odpowiadającej żądaniom Odwołującego.

Zamawiający dokładnie opisał procedury odbiorowe i wydłużył w sposób odpowiedni terminy odbiorowe, w tym wprowadzając mechanizmy wzajemnych uzgodnień, co do zakresu uwzględnienia zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń. Wykonawca

i Zamawiający będą na bieżąco kontrolować wyniki prac i wzajemnie uzgadniać terminy. Zgodnie z ust 5 Zamawiający w terminie 14 dni kalendarzowych dokonuje odbioru dokumentacji albo odmawia dokonania odbioru, ale wyłącznie w takim przypadku, gdy stwierdzi Wady istotne w przypadku odbiorów częściowych, lub Wady w przypadku Odbioru Końcowego. Pozostałe Wady muszą jednak zostać usunięte do czasu Odbioru Końcowego, bowiem finalnie Zamawiający chce zapłacić całość umówionego wynagrodzenia za prawidłowo wykonany produkt, będący jednocześnie na odpowiednim a wymaganym poziomie jakości.

Ust. 5 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający nie może odebrać

i zapłacić za Etap w sytuacji, kiedy jego wady uniemożliwiają mu lub istotnie ograniczają możliwość korzystania z Przedmiotu Umowy. Nie ma znaczenia przy tym czy są to te same a nieusunięte Wady istotne, czy inne stwierdzone na Etapie odbioru. Wykonawca, jako profesjonalista, winien dochować należytej staranności, aby przekazać dzieło najwyższej jakości, bez Wad. Zamawiający doprecyzował, że odbierze poszczególny Etap nawet jak wystąpią Wady, ale nie będą one istotne.

Ust 6 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu Procedura odbiorowa, zwłaszcza realizowana w ramach Zespołów Zintegrowanych i Grup Roboczych jest częścią realizacji obowiązków wynikających z Umowy i jej czas został wliczony do czasu jej trwania. Wyłączenie takiej procedury tworzy puste i niczym nieograniczone presteje w realizacji zamówienia jak i stanowi pole do nadużyć w postaci zgłaszania do odbioru półproduktów lub prac obciążonych licznymi błędami, tylko po to aby wydłużyć sobie czas realizacji Umowy.

Ust. 8 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu, bowiem dokonał modyfikacji odpowiadającej co do istoty żądaniom Odwołującego, tym samym żądanie stało się bezprzedmiotowe. Zamawiający przewidział możliwość odbioru częściowego nawet jak dany efekt prac ma Wady, co oznacza że mają one być wyeliminowane do czasu odbioru końcowego. Protokół odbioru końcowego będzie sporządzany w momencie wyeliminowania nie tylko Wad istotnych ale wszystkich dostrzeżonych Wad w Przedmiocie Umowy.

Ust 10 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Żądanie sprowadza się do braku możliwości dokonania niezbędnych weryfikacji przed odbiorem końcowym Przedmiotu Umowy, który zasadniczo do tego służy. Zamawiający nie może ograniczać swoich praw lub uprawnień do sprawdzenia otrzymanego rezultatu prac wobec niczym nieopartych postulatów Odwołującego. Zapis taki jest standardem w umowach, a przy tym nie narusza żadnego przepisu prawa ani zasad kontraktowania.

Ust. 11 (żądanie dodania zapisu) Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Postanowienie zawiera w sobie niedookreślone sytuacje niewynikające z umowy, których potencjalnie dopatruje się Odwołujący. Wobec jasno opisanej procedury a także zastosowanej semantyki nie ma pola do nieprzewidzianych sytuacji braku woli czy współpracy drugiej strony. Wykonawca ma przewidziane kary umowne za zwłokę, a nie opóźnienia, co oznacza że nie będzie ponosił odpowiedzialności za zaniechania osób od niego niezależnych, w tym za działania i zaniechania Zamawiającego. Brak jednostronnych odbiorów po stronie wykonawcy w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku współpracy w ramach umowy bowiem jest to umowa dwustronnie zobowiązująca. Zamawiający, tak samo jak wykonawca, ponosi odpowiedzialność na gruncie kodeksu cywilnego. Odbiór jednostronny w realiach Umowy i regulacji kodeksowych jest narzędziem zbyt czynnym ale i niedopuszczalnie ustalającym dominujące zasady kontraktowania wyłącznie po stronie wykonawcy. W nowo dodanym postanowieniu § 19 ust 3 pkt 12 Umowy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie terminów realizacji, w przypadku przedłużających się odbiorów, co w sposób dodatkowy i pierwotnie nieprzewidziany zabezpiecza wykonawcę.

6) § 7 ust. 1, 2

Zgodnie z zaskarżonymi postanowieniami:

1. W ramach Wynagrodzenia Maksymalnego, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy z należytą starannością, wiedzą techniczną, normami technicznymi oraz innymi przepisami prawa, obowiązującymi na dzień przekazania Zamawiającemu ostatniego Etapu składającego się na Projekt. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że w przypadku, gdy na dzień zatwierdzenia ostatniego Etapu opracowań składających się na Projekt konieczne będzie dokonanie aktualizacji wcześniejszych Etapów, Wykonawca zobowiązuje się do dokonania takiej aktualizacji, w szczególności celem zapewnienia zgodności z prawem lub spójności Przedmiotu Umowy. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie powyższej aktualizacji Przedmiotu Umowy będzie uznane za Wadę istotną Przedmiotu Umowy.

2. Dokumentacja opracowana w ramach Przedmiotu Umowy powinna być kompletna z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, w szczególności określonego w pkt 1.3 OPZ.

Odwołujący wniósł o nadanie postanowieniom następującego brzmienia:

1. W ramach Wynagrodzenia Maksymalnego, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy z należytą starannością, wiedzą techniczną, normami technicznymi oraz innymi przepisami prawa, obowiązującymi na dzień przekazania Zamawiającemu ostatniego Etapu składającego się na Projekt. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że w przypadku, gdy na dzień zatwierdzenia ostatniego Etapu opracowań składających się na Projekt konieczne będzie dokonanie aktualizacji wcześniejszych Etapów, Wykonawca zobowiązuje się do dokonania takiej aktualizacji, w szczególności celem zapewnienia zgodności z prawem lub spójności Przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, iż konieczność aktualizacji opracowań stanowi przesłankę wydłużenia terminu realizacji Umowy i zwiększenia wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie powyższej aktualizacji Przedmiotu Umowy będzie uznane za Wadę istotną Przedmiotu Umowy.

2. Dokumentacja opracowana w ramach Przedmiotu Umowy powinna być kompletna, tj. powinna zawierać opracowania merytoryczne określone w SIWZ, w szczególności określone w punkcie 2.2 OPZ

W ocenie Odwołującego Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, że ten uwzględni w cenie wszelkie koszty i ryzyka wynikające ze zmian przepisów prawa, norm technicznych itp., które mogą pojawić się w toku realizacji Umowy. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca skalkulował wszelkie ryzyko związane ze zmianami i w konsekwencji oszacował cenę na etapie składania oferty, pomimo iż w istocie nie można przewidzieć, jakie będą uwarunkowania prawne na dzień przekazania Zamawiającemu ostatniego Etapu składającego się na Projekt.

Ust. 1 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Wykonawca w sposób niezrozumiały próbuje z zakresu podstawowego obowiązków w ramach umowy zrobić zakres dodatkowo płatny. Aktualizacja opracowań czy wytworów prac jest oczywistą konsekwencją umowy rezultatu, za który wykonawca otrzymuje wynagrodzenie. Zamawiający oczekuje, aby dokumentacja była aktualna na moment przekazania Zamawiającemu ostatniego Etapu i takie czynności winien Wykonawca uwzględnić w swojej ofercie i wycenie. Tak sformułowany obowiązek nie jest ponadto ani nadmierny ani nadzwyczajny w stosunku do Przedmiotu Umowy, nie narusza żadnego interesu wykonawcy oraz jest zgodny z przepisami prawa, w tym ustawy Pzp.

Ust 2 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający ma prawo oczekiwać zrealizowania celu, a nie tylko wykonania literalnie wskazanych czynności. Zamawiający słusznie odwołał się do pkt 1.3 OPZ, który wskazuje cel: przygotowanie dokumentacji, wraz ze wskazaniem rekomendowanego przebiegu linii kolejowej w ramach Projektu, w zakresie koniecznym do prowadzenia działań w kolejnych etapach procesu inwestycyjnego. Opracowanie dokumentacji jest wytworem (dziełem) konkretnego wykonawcy, który przedkłada w niej nie tylko wymogi Zamawiającego, ale także własne know-how, wiedzę i doświadczenie. Gdyby Zamawiający opisał produkt w postaci gotowej dokumentacji 1:1, nie

potrzebowałby wsparcia wykonawcy. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że dostarczony przez wykonawcę produkt będzie zgodny nie tylko z literalnym wymogiem dokumentacji, ale właśnie z postawionymi założeniami i kierunkami jasno zakomunikowanymi przez Zamawiającego.

7) § 8 ust. 1 pkt 5, ust. 2 pkt 1, ust. 3 zdanie 1, ust. 9 zdanie 1

Zgodnie z postanowieniami:

1. W ramach Wynagrodzenia Maksymalnego Wykonawca z chwilą przekazania Zamawiającemu poszczególnych utworów lub ich części:

5) najpóźniej na dzień przekazania Utworów Zamawiającemu zobowiązuje się do uzyskania oświadczeń twórców, zgodnych ze wzorem określonym w ust. 3 pkt 2) Umowy

2. Nabycie przez Zamawiającego praw, o których mowa w ust. 1, następuje:

1) z chwilą przekazania Zamawiającemu poszczególnych Utworów lub ich części, oraz (...)

3. Wykonawca jest zobowiązany (na zasadzie gwarancyjnej) zapewnić, nie później niż na dzień przekazania Zamawiającemu danych Utworów, odpowiednio części Utworów, w odniesieniu do tych Utworów / części Utworów (...)

9. Na zasadach opisanych poniżej Wykonawca zapewni (Odpowiedzialność gwarancyjną), aby osoby trzecie nie wносиły wobec Zamawiającego Roszczeń z Tytułu Naruszenia Praw Własności Intelektualnej. Dla uniknięcia wątpliwości, postanowienia niniejszego ustępu, nie wyłączają ani nie ograniczają praw przysługujących Zamawiającemu w ramach rękojmi (...).

Odwolujący wniósł o nadanie postanowieniom następującego brzmienia:

1. W ramach Wynagrodzenia Maksymalnego Wykonawca:

5) najpóźniej zobowiązuje się do uzyskania oświadczeń twórców, zgodnych ze wzorem określonym w ust. 3 pkt 2) Umowy.

2. Nabycie przez Zamawiającego praw, o których mowa w ust. 1, następuje:

1) z chwilą zapłaty wynagrodzenia za poszczególne Utwory lub ich części, oraz (...)

3. Wykonawca jest zobowiązany (na zasadzie gwarancyjnej) zapewnić, nie później niż na dzień podpisania przez Zamawiającego protokołów odbioru danych Utworów, odpowiednio części Utworów, w odniesieniu do tych Utworów / części Utworów (...)

9. Na zasadach opisanych poniżej Wykonawca zapewni, że podejmie odpowiednie działania w przypadku, gdy, osoby trzecie wniosą wobec Zamawiającego Roszczenia z Tytułu Naruszenia Praw Własności Intelektualnej. Dla uniknięcia wątpliwości, postanowienia niniejszego ustępu, nie wyłączają ani nie ograniczają praw przysługujących Zamawiającemu w ramach rękojmi. Strony uzgadniają, iż niespełnienie obowiązku zawiadomienia Wykonawcy o roszczeniach osób trzecich zgodnie z punktem 1) poniżej wyłącza prawo żądania od Wykonawcy naprawienia szkody, jeżeli Wykonawca nie miał prawnych i faktycznych możliwości oponowania roszczeniu osoby trzeciej. Obowiązek naprawienia szkody (w tym zwrotu kosztów pomocy prawnej) będzie dotyczył wyłącznie kosztów udokumentowanych i uzasadnionych przez Zamawiającego.

Pozostawienie zapisu w obecnym brzmieniu powoduje w ocenie Odwołującego, iż z chwilą faktycznego wydania dokumentacji, Wykonawca wyzbyłby się wszelkich praw do dokumentacji, bez gwarancji dokonania odbioru tej dokumentacji i otrzymania za nią wynagrodzenia, które musi być także zapłacone twórcom tej dokumentacji.

Ponadto w ocenie Odwołującego postanowieniem nieważnym jest zapis

o przyjmowaniu przez Wykonawcę nierealnego zobowiązania do zapewnienia, że osoby trzecie nie będą wносиły wobec Zamawiającego roszczeń z tytułu naruszenia praw własności intelektualnej.

Ust 1 pkt 5 - Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Odwołujący nie sprecyzował zarzutu ani żądania.

Żądanie złożenia oświadczeń przez wszystkich twórców jest prawnie dopuszczalne i w pełni możliwe przez wykonawcę, nie narusza żadnych przepisów prawa. Zamawiający nie pozbawia na zasadzie zrzeczenia się lub zbycia - praw osobistych do utworów. Zamawiający nie wyłączył prawa twórcy do wskazywania go, jako autora Utworu.

Ust. 2, 3 - Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Moment przejścia majątkowych praw autorskich powinien być zbieżny z celem, jaki ma być osiągnięty

w ramach realizacji Umowy. Po pierwsze w większości umów tego typu przeniesienie majątkowych praw autorskich następuje w momencie przekazania utworu i jest to zgodne

z ustawą o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 marca 2019 r. I CSK 104/18)

Żądanie przesunięcia momentu przejścia praw na moment zapłaty nie spełni celu, jakim jest przekazanie i korzystanie z utworów na potrzeby dalszych etapów prac już w momencie przekazania danego dzieła/Utworu. Dokumentacja posłuży bowiem do wszczęcia kolejnych etapów inwestycji. Potrzeba wykorzystania materiałów przygotowanych przez Wykonawcę może pojawić się na wczesnym etapie i może dotyczyć potrzeb wewnętrznych Spółki, jak i zewnętrznych, np. przekazywania do konsultacji zewnętrznych

Ust. 9 - Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zapis typowo gwarancyjny

i stanowi prawnie dopuszczalną konstrukcję zobowiązań typu gwarancyjnego. Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy, że zapewni, iż nie pojawią się żadne roszczenia ze strony osób trzecich. Na zasadzie gwarancyjnej Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy za tego typu przypadki. Wykonawca – gwarantując niewystąpienie takiego ryzyka – jedynie zobowiązuje się do spełnienia określonych świadczeń (zwłaszcza naprawienia szkody), gdyby takie ryzyko rzeczywiście wystąpiło. To Wykonawca – a nie Zamawiający – powinien być obciążony ryzykiem wystąpienia roszczeń dotyczących dokumentacji sporządzonej przez Wykonawcę. Uzależnianie obowiązku naprawienia szkody od udokumentowanych

i uzasadnionych kosztów Zamawiającego jest sprzeczne z naturą zobowiązania gwarancyjnego i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

8) § 9 ust. 1 pkt 1, 3, 5, 6, 7, 9, ust. 2, 4, 5, 8 zdanie 1, ust. 9 zdanie 2, dodanie ust. 11

Postanowienia projektu umowy stanowią:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) w razie zwłoki w wykonaniu poszczególnych Etapów Przedmiotu Umowy – w wysokości 0,05% Wynagrodzenia Maksymalnego netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminu wykonania każdego Etapu określonego odpowiednio w Harmonogramie Realizacji Projektu, lecz nie więcej niż 30% kwoty określone odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) - 4) Umowy;

3) za zwłokę w usunięciu Wady w dokumentacji opracowywanej w toku wykonywania Umowy, stwierdzonych w czasie odbioru – w wysokości 0,02 % Wynagrodzenia Maksymalnego netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Wady w stosunku do terminu w § 6 ust. 4 Umowy, lecz nie więcej niż 30% kwoty określonej odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) - 4) Umowy (...)

5) za zwłokę w usunięciu Wady ujawnionych w okresie rękojmi lub gwarancji – w wysokości 0,02% Wynagrodzenia Maksymalnego netto, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki względem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na

usunięcie Wady, lecz nie więcej niż 10% Wynagrodzenia Maksymalnego;

6) za zwłokę w przedłożeniu Zamawiającemu dowodu zapłaty składki lub polisy (w tym za zwłokę w terminie przedłożenia dowodu opłaty składki z tytułu zawarcia ubezpieczenia na kolejne okresy) w wysokości 1.000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki względem terminu określonego w § 13 ust. 3 lub 5 Umowy, lecz nie więcej niż 5% Wynagrodzenia Maksymalnego;

7) za zwłokę w udzieleniu odpowiedzi lub wyjaśnień na wszelkie pytania Zamawiającego dotyczące Przedmiotu Umowy w okresie trwania rękojmi i gwarancji – w wysokości 500 PLN (słownie: pięćset złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki względem terminu określonego w § 7 ust. 4 Umowy, lecz nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Maksymalnego; (...)

9) za każdy przypadek:

A) niewyznaczenia przez Wykonawcę zastępców członków Personelu Kluczowego lub w przypadku wyznaczenia zastępców członków Personelu Kluczowego po terminie określonym w § 16 ust. 5 zd. 3 Umowy – w wysokości 5.000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień nieobecności zastępcy członka Personelu Kluczowego, lecz nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Maksymalnego;

B) w przypadku niedokonania zmiany członka Personelu Kluczowego w terminie określonym w § 16 ust. 5 zd. 3 Umowy – w wysokości 5.000 zł (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień nieobecności nowego członka Personelu Kluczowego, lecz nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Maksymalnego;

C) ujawnienia twórcy Utworu, dla którego to twórcy nie zostało prze5.kazane Zamawiającemu, w terminie wynikającym z Umowy, zgodne z Umową Oświadczenie Twórcy – w wysokości 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy przypadek, lecz nie więcej niż 10% Wynagrodzenia Maksymalnego; (...)

2. Kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego została zastrzeżona pod warunkiem rozwiązującym, którym jest terminowe wykonanie Etapu, (w którego skład wchodzi ten Kamień Milowy), zgodnie z Harmonogramem Realizacji Projektu. Kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego staje się wymagalna z chwilą wymagalności kary umownej za zwłokę w wykonaniu Etapu II.

4. Całkowita maksymalna Odpowiedzialność Wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy jest ograniczona do wysokości 30% Wynagrodzenia Maksymalnego. Powyższe ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania do niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy spowodowanego winą umyślną lub rażącym niedbalstwem Wykonawcy lub osób, za które ponosi Odpowiedzialność w związku z wykonywaniem Umowy, w szczególności osób, o których mowa w ust. 1 pkt 9) powyżej.

5. Zamawiający może dochodzić odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych na zasadach ogólnych. W tym przypadku Zamawiającego nie dotyczy ograniczenie odpowiedzialności, o którym mowa w ust. 4

8. Kary umowne mogą być dochodzone z każdego tytułu odrębnie i podlegają kumulacji, z zastrzeżeniem ich maksymalnej wysokości wskazanej w ust. 4. (...)

9. (...) Potrącenie jest również możliwe w sytuacji, w której wierzytelności przedstawione do potrącenia nie są jeszcze wymagalne. (...)

Odwolujący wniósł o określenie kar umownych w następujący sposób:

–kara określona w ust. 1 pkt 1: w wysokości 0,05% kwoty określonej odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) - 4) Umowy;

–kara określona w ust. 1 pkt 3: w wysokości 0,02 % kwoty określonej odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) - 4) Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu Wady istotnej w stosunku do terminu w § 6 ust. 5 Umowy;

–kara określona w ust. 1 pkt 5: w wysokości 200 PLN, nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Maksymalnego;

–kara określona w ust. 1 pkt 6: w wysokości 500 PLN, lecz nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Maksymalnego;

–kara określona w ust. 1 pkt 7: w wysokości 200 PLN, za zwłokę w udzieleniu odpowiedzi lub wyjaśnień na wszelkie pytania Zamawiającego dotyczące Przedmiotu Umowy w okresie trwania rękojmi;

–kara określona w ust. 1 pkt 9 lit. A: w wysokości 1.000 PLN;

–kara określona w ust. 1 pkt 9 lit. B: wykreślenie;

–kara określona w ust. 1 pkt 9 lit. C: dodanie: z zastrzeżeniem, iż Wykonawca posiadał wiedzę o tym twórcy i nieuzyskanie Oświadczenia Twórcy zostało spowodowane winą umyślną lub rażącym niedbalstwem;

–ust. 2: dodanie: Przed upływem terminu wykonania danego Etapu Zamawiający nie będzie dochodził kary umownej, a po upływie terminu na wykonanie Etapu II, w ramach, którego wykonywany był dany Kamień Milowy, o ile Wykonawca nadal pozostaje w zwłoce w realizacji Etapu II, Zamawiający będzie mógł skorzystać, według swojego wyboru, wyłącznie z jednej z przewidzianych Umową kar (kary za zwłokę w realizacji Kamienia milowego albo kary za zwłokę w realizacji danego Etapu); wykreślenie zdania: Kara umowna za zwłokę w wykonaniu Kamienia Milowego staje się wymagalna z chwilą wymagalności kary umownej za zwłokę w wykonaniu Etapu II;

–ust. 4: kara do wysokości 20% Wynagrodzenia Maksymalnego oraz wykreślenie zdania: Powyższe ograniczenie odpowiedzialności nie ma zastosowania do niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy spowodowanego winą umyślną lub rażącym niedbalstwem Wykonawcy lub osób, za które ponosi Odpowiedzialność w związku z wykonywaniem Umowy, w szczególności osób, o których mowa w ust. 1 pkt 9) powyżej;

–ust. 5: dodanie zdania: Odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy jest ograniczona do wysokości Wynagrodzenia maksymalnego netto;

–ust. 8: dodanie na końcu: oraz z zastrzeżeniem ust. 2;

–ust. 9: wykreślenie zdania: Potrącenie jest również możliwe w sytuacji, w której wierzytelności przedstawione do potrącenia nie są jeszcze wymagalne;

–dodanie ust. 11 o treści:

Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:

1. w przypadku odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 20 % Wynagrodzenia Maksymalnego,

2. w wysokości 0,05% kwoty określonej odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) 4) Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, lecz nie więcej niż 20% kwoty określonej odpowiednio w § 5 ust. 2 pkt 1) - 4) Umowy – w przypadku:

a) zwłoki Zamawiającego w realizacji obowiązków w procedurze odbioru prac,

b) zwłoki Zamawiającego w realizacji obowiązków rozpoznawania wniosków Wykonawcy w procedurze zmiany Personelu Kluczowego.

Zamawiający w kwestionowanych postanowieniach zastrzegł możliwość obciążenia Wykonawcy karami umownymi liczącymi jako określony procent maksymalnego wynagrodzenia netto określonego w § 5 ust. 1 Umowy, a zatem wynagrodzenia za wszystkie Etapy Przedmiotu Umowy. Skoro określone przypadki miałyby miejsce w okresie realizacji jednego Etapu, zasady słusznościowe przemawiają za tym, żeby kara umowna liczona była od wynagrodzenia

nałego za ten właśnie Etap. Katalog kar umownych zawiera kilkanaście przypadków i każdy z przypadków zawiera wysokie kary, w części liczone od wynagrodzenia maksymalnego netto. Ponadto Zamawiający zastrzegł dodatkowo nieograniczone prawo żądania zapłaty odszkodowania przewyższającego kary umowne, a także nieograniczone prawo naliczania kar umownych w przypadku winy umyślnej czy rażącego niedbalstwa Wykonawcy. Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, że ten zobowiąże się do zapłaty kar umownych naliczanych według ww. zasad niezależnie od rzeczywiście poniesionej szkody, co w istocie mogłoby zostać uznane za zrzeczenie się Wykonawcy

z uprawnienia do miarkowania kar umownych. Mając na uwadze nowe przepisy Pzp, zasadne jest zdaniem Odwołującego ograniczenie maksymalnej wysokości kar umownych do 20%. Obecny katalog kar i ich wysokość wydaje się przekraczać granice motywacji Wykonawcy do realizacji zamówienia, narusza zasadę proporcjonalności udzielania zamówień.

Ust. 1 pkt 1 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Mimo liczenia wartości kary od wynagrodzenia maksymalnego w wysokości 0,05 % za każdy dzień zwłoki, kara ta nie jest oderwana ani rażąco zawyżona w stosunku do Przedmiotu Zamówienia. Kary umowne są przewidziane za zwłokę. Wysokość kar umownych za zwłokę jest limitowana do kwoty za dany Etap (do 30% jego wartości). Zmiana sposobu naliczania kary tylko od wynagrodzenia Etapu a nie całości wynagrodzenia spowoduje, że Wykonawca będzie mógł się dopuścić dużo większej zwłoki, dużo później wyczerpie się limit 30%. Taki zapis nie spełni swojego celu. Ustalanie kar w sposób symboliczny lub niemotywuujący dla wykonawcy jest bezcelowe i nie spełni swojej funkcji. Przewidziany przez Zamawiającego sposób liczenia kary jest jasny i nie zawiera wewnętrznych sprzeczności. Wartość kar nie naruszy żadnych przepisów prawa lub zasad.

Ust 1 pkt 3) - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający przewidział kary umowne za zwłokę w przypadku nieusunięcia jakiegokolwiek Wady w dokumentacji a nie tylko Wady istotnej. Choć istnienie jakiegokolwiek Wady (w tym nieistotnej) nie wstrzymuje odbioru danego Etapu, nie oznacza, że Wykonawca ma pozostawać bez sankcji za nieusunięcie stwierdzonych Wad w dokumentacji. Wada została zdefiniowana w Umowie, nie ma wątpliwości, o jakie zdarzenia czy zachowania chodzi. Zamawiający ma prawo nakładać kary za niewykonanie jasno określonego obowiązku. Wykonawca ma obowiązek usuwać wszystkie Wady dzieła, a nie tylko Wady istotne. Ograniczenie zapisu kary umownej tylko do nieusunięcia Wad istotnych bezzasadnie zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności za nieusunięcie innych Wad.

Ust 1 pkt 5), 6), 7),9) a, - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Kary umowne są adekwatne zarówno do Przedmiotu Umowy, jak i jej wartości. Propozycja zmian kwot kar jest absurdalna biorąc pod uwagę wartość zamówienia. Projekt realizowany przez Zamawiającego jest strategiczny. To kluczowe zadanie w procesie inwestycyjnym Zamawiającego. Należyte wykonanie projektu znajduje się na ścieżce krytycznej w kontekście dalszych, zaplanowanych działań zmierzających do realizacji przedsięwzięcia, jakim jest budowa całkiem nowej linii kolejowej, co ze względu na zaistniałe uwarunkowania jest przedsięwzięciem nowatorskim w skali kraju. Kary umowne muszą być adekwatne do całej złożoności projektu a nie oceniane abstrakcyjnie od niego. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów dlaczego w tym konkretnie postępowaniu określona wysokość kwotowa jest rażąco wygórowana. Wszelkie żądania w zakresie zmniejszenia kar nie są podyktowane nadmiernym ryzykiem czy brakiem możliwości złożenia oferty a nieustanną próbą wyłączenia odpowiedzialności za działania wykonawcy. Zamawiający nie przewidział kar za abstrakcyjne działania lub zaniechania, a także nie sprowadził ich do przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy kontraktu. Zmniejszenia kar nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Ust. 1 pkt 9 b) i c) - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Żądania są bezzasadne. Odwołujący nie wykazał, z czego wynika brak możliwości przewidzenia kar za takie uchybienia lub który przepis ustawy bądź innych aktów prawnych został przez to naruszony. Wykonawca nie został obciążony nieprzewidywalnym ryzykiem. Zarzutu ma charakter niesprecyzowany.

Ust. 2 – Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Kamienie Milowe są bardzo istotne dla Zamawiającego. Zamawiający ma prawo przewidywać sankcję za niedotrzymanie terminów Umowy. Sankcje te mogą dotyczyć zarówno terminów końcowych tzw. zbiorczych, jak i podterminów, w sytuacji kiedy dotyczą jasno określonych obowiązków. Nie ma prawnych przeszkód, aby takie kary umowne przewidzieć. Żądanie Odwołującego nie jest poparte żadnym racjonalnym argumentem poza uchylaniem się od odpowiedzialności i układaniem stosunku umownego w sposób niezasadnie chroniącego wykonawcę nawet za jego zawinione działania. Sposób karania z winy wykonawcy terminu Kamienia Milowego został doprecyzowany przez Zamawiającego tak, aby stał się przejrzysty i obiektywny, tj. od dnia kiedy miał być zgodnie z Umową wykonany aż do dnia wykonania Etapu II. W modyfikacji § 9 ust 2, by nie dopuścić do sytuacji tzw. podwójnego karania, przewidziano, że w sytuacji wykonania danego Etapu w terminie Wykonawca nie będzie karany za Kamień Milowy.

Ust. 4 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający ustanowił adekwatny limit kar umownych na poziomie 30% wynagrodzenia maksymalnego. Żądanie obniżenia do 20 % zdaje się nie wynikać z żadnego racjonalnego argumentu nie podano dlaczego ustalony limit jest za wysoko. Postanowienie to określa, że limit nie dotyczy niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, spowodowanego winą umyślną lub rażącym niedbalstwem. Wprowadzenie limitu kar umownych czy to pod jasnym i klarownym warunkiem, czy też nie, jest zapisem prawnie dopuszczalnym i nie narusza żadnych zasad w tym równowagi stron.

Ust. 5) oraz Ust. 6) - Zamawiający wnosil o oddalenie obu zarzutów. Możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych wynika z art. 484 § 1 kc. Nie ma przeszkód prawnych aby regulacje kodeksowe miały zastosowanie w tym konkretnym przypadku. Postanowienia te nie naruszają zasad kontraktowania i nie są nadmierne. Zapisy takie wpisują się w zwyczajne ryzyko kontraktowe i jest praktykowane w większości umów. Ochrona kodeksowa nie ogranicza się do odszkodowania zależnego od wynagrodzenia umownego, tym samym żądanie Wykonawcy aby odszkodowanie ograniczyć do wynagrodzenia umownego nie znajduje podstaw prawnych. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że kara umowna przysługuje także w przypadku, gdy zamawiający nie poniósł żadnej szkody z powodu nienależytego wykonania umowy, mimo że przepis mówi o prawie do kary "bez względu na wysokość poniesionej szkody" (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14).

Ust. 8) - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający nie widzi sprzeczności z prawem ani nadmierności kumulacji kar umownych w ust 2 (za zwłokę w Etapach, jak i realizacji Kamieni Milowych), tym samym czynienie odwołania do tego ustępu jest bezprzedmiotowe. Zamawiający podtrzymał w całości argumentację przedstawioną do § 9 ust 2.

Ust. 9) - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający nie widzi żadnej sprzeczności z prawem ani nadmierności wymogu w przypadku możliwości potrącenia wierzytelności jeszcze nie wymaganych. Taką możliwość dopuszcza na przykład wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2005 r.

III CK 90/05. Pozostałe brzmienie zapisu jest zgodne z prawem i Zamawiający nie znalazł podstaw do zmiany postanowienia w sposób uniemożliwiający potrącanie kar także z wierzytelności jeszcze niewymagalnych w ramach Umowy.

Dodanie ust 11 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. W przypadku braku uregulowania danej kwestii w umowie, każda ze stron umowy odpowiada za naruszenie zobowiązań umownych na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej, określonych przepisami kodeksu cywilnego. Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia

w przyszłej umowie kar umownych dla siebie samego (tak KIO w wyroku z dnia 10 maja 2016 r., KIO 654/16 oraz KIO w wyroku z dnia 23 czerwca 2017 roku, KIO 1117/17, KIO 1128/17). Zamawiający w przyszłym kontrakcie ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego. Wykonawcy może dochodzić roszczeń na gruncie chociażby art. 493 § 1 czy art. 494 ¹§ 1 kc.

9)§ 10 ust. 1, ust. 5 pkt 4, ust. 6, ust. 8 pkt 1 i 4, ust. 9, dodanie ust. 11

Zgodnie z postanowieniami:

1. W terminie, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy w całości lub w części, w przypadku zwłoki Wykonawcy trwającej dłużej niż 14 dni kalendarzowych w wykonaniu któregośkolwiek Etapu określonego w Umowie.

5. Ponadto Zamawiający ma prawo odstąpienia od Umowy, niezależnie od przypadków przewidzianych w obowiązujących przepisach prawa, w następujących przypadkach:

4) Wykonawca jest w zwłoce w stosunku do wyznaczonego mu przez Zamawiającego terminu w usunięciu zgłoszonych Wad wykonanych prac i mimo pisemnego wezwania przez Zamawiającego do należytego wykonywania Umowy w wyznaczonym dodatkowym terminie nie usuwa naruszenia;

8. W każdym przypadku odstąpienia od Umowy, niezwłocznie po otrzymaniu przez Wykonawcę stosownego oświadczenia, Strony wspólnie dołożą starań mających na celu uzgodnienia stanowisk w zakresie określenia wartości wyników wykonanego Przedmiotu Umowy na datę dokonania odstąpienia od Umowy. Strony obciążają następujące obowiązki szczegółowe:

4) Strony potwierdzają, że z chwilą dostarczenia, zgodnie z pkt 1) powyżej, Zamawiającemu przez Wykonawcę rezultatów jego prac – przechodzi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych do Utworów, a także pozostałe prawa określone w § 8 ust. 3 Umowy, na zasadach wskazanych w § 8 Umowy;

9. Strony potwierdzają, że Przedmiot Umowy ma charakter podzielný. Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy, wedle własnego uznania, ze skutkiem wstecznym (ex tunc) w całości albo ze skutkiem na przyszłość (ex nunc) w odniesieniu do całości niewykonanej części Umowy lub w odniesieniu do poszczególnych części niewykonanej Umowy.

Odwolujący wniósł o dokonanie w postanowieniach następujących zmian:

– ust. 1 ograniczenie do terminu określonego w ust. 1, po uprzednim wyznaczeniu dodatkowego 14 dniowego terminu do wykonania Etapu.

–ust. 5 pkt 4: ograniczenie do zwłoki trwającej dłużej niż 14 Dni kalendarzowych i dotyczącej wad istotnych;

–ust. 8 pkt 4: określenie, że całość praw autorskich przechodzi na Zamawiającego z chwilą zapłaty wynagrodzenia;

–ust. 9: wykreślenie fragmentu: *wedle własnego uznania, ze skutkiem wstecznym (ex tunc) w całości albo (...);*

–dodanie ust. 11 o treści: *Wykonawca, w terminie, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy, ma prawo odstąpienia od Umowy w całości lub w części w przypadku zwłoki Zamawiającego trwającej co najmniej 14 Dni kalendarzowych w dokonaniu odbioru, pod warunkiem uprzedniego wezwania Zamawiającego do odbioru w terminie dodatkowych 14 Dni kalendarzowych. Do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę stosuje się odpowiednio postanowienia niniejszego § 10.*

Odwolujący zauważył, że w obecnym brzmieniu Umowa nie daje Wykonawcy prawa poprawy. Dodatkowo odstąpienie powinno być wykonane w terminie i na zasadach określonych w ust. 7. W ocenie Odwołującego dla zachowania równowagi kontraktowej stron, Wykonawca powinien mieć możliwość odstąpienia od Umowy w przypadku, gdy Zamawiający pozostaje w zwłoce z dokonywaniem odbioru prac Wykonawcy. Nadużyciem prawa Zamawiającego jest też jego niczym nieograniczone uprawnienie do odstąpienia od Umowy w całości ze skutkiem wstecznym, a także uprawnienie do odstąpienia w przypadku bliżej nieokreślonej co do czasu trwania zwłoki w usuwaniu jakichkolwiek wad, a zatem także wad nieistotnych pozostających bez wpływu na użytkowanie Przedmiotu Umowy.

Ust. 1 - Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut Dopisano drugą część żądania dotyczącego dodatkowego terminu do wykonania Etapu przed odstąpieniem. Zamawiający nie zgadza się natomiast z terminem odstąpienia, bowiem odesłanie do § 4 ust 1 Umowy determinuje czas na odstąpienie do końca realizacji Przedmiotu Umowy. Termin z § 10 ust. 7 mówi zaś o biegu terminu od konkretnego zdarzenia, który może mieć miejsce w czasie trwania Umowy.

Ust. 5 pkt 4) - Zamawiający częściowo zmodyfikował zapis. Prawo do odstąpienia od umowy powinno dotyczyć przypadku nieusunięcia każdej a nie tylko Wady istotnej. Zamawiający nie widzi sprzeczności zapisu z powszechnie obowiązującym prawem. Nie jest to żaden nadmierny wymóg a zapis zabezpieczający i gwarancyjny otrzymania rezultatów prac na odpowiednim poziomie jakości. Zapis został dookreślony poprzez wskazanie, że dodatkowy termin na usunięcie wad będzie „uwzględniający realny czas niezbędny do usunięcia Wad” zamiast postulowanego przez Odwołującego sztywnego terminu 7 dni. Dokonana modyfikacja częściowo odpowiada żądaniom Odwołującego.

Ust 6) - Zamawiający zmodyfikował zapis w sposób częściowo uwzględniający żądanie. Doprecyzowano, że zwłoka w płatności wynagrodzenia dotyczyć będzie zatwierdzonego Etapu „bez Wad istotnych”, a także zgodnie z żądaniem przewidziany został 30 dniowy termin na odstąpienie od Umowy przez wykonawcę. Zamawiający nie uwzględnił skrócenia terminów liczonej zwłoki po stronie Zamawiającego.

Ust. 8) pkt 1 - Zamawiający uwzględnił zarzut i dokona modyfikacji zgodnie z żądaniem

Ust. 8 pkt 4 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Zamawiający żąda przekazania majątkowych praw autorskich w momencie przekazania utworu a nie dopiero w momencie zapłaty wynagrodzenia.

Ust 9) - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Umowa przewiduje możliwość odstąpienia zarówno do części wykonanej jak i niewykonanej (ex tunc i ex nunc), co jest zgodne z przepisami kodeksu cywilnego. Ograniczenie możliwości odstąpienia nie ma poparcia w żadnych przepisach prawa. Odwołujący zaniechał wykazania dlaczego mechanizmy i regulacje powszechnie obowiązującego go prawa nie pozwalają mu złożyć oferty w postępowaniu lub też jak niezasadnie naruszają równowagę stosunku prawnego. Zarzut taki jest gołosłowny, bez uzasadnienia a żądana modyfikacja nie ma umocowania w przepisach obowiązującego prawa.

Żądanie dodania ust 11 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu i żądania wprowadzenia niejasnych i niewystępujących w Umowie podstaw do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę. Zamawiający nie przewiduje ograniczenia zamawianych opracowań. Zamawiający nie wyłącza kodeksowej odpowiedzialności stron umowy za swoje działania i zaniechania. W sytuacji zwłoki po stronie Zamawiającego, wykonawcę chronią mechanizmy kodeksu cywilnego w tym chociażby art. 491 § 1 kc.

10)§ 11 ust. 2

Zgodnie z postanowieniem: *Wykonawca przed zawarciem Umowy dostarczył Zamawiającemu zabezpieczenie należytego wykonania Umowy na kwotę 10% Wynagrodzenia Maksymalnego brutto, tj. kwotę: [] zł, (słownie: [] złotych) na okres zgodny z postanowieniami Umowy, w formie []. W przypadku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w sposób inny niż gotówka, Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego co do treści tego zabezpieczenia.*

Odwołujący wniósł o zmniejszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do wysokości 5% Wynagrodzenia Maksymalnego brutto.

Odwołujący zauważył, że taki próg przewiduje ustawa o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19.

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Zgodnie z postanowieniami art. 15 vb ust 5 i 6 ustawy z dnia 2 marca o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych zabezpieczenie może wynosić od 5 do 10%, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający uzasadnił żądanie 10% wartości zabezpieczenia: Wskazał, że *przedmiot zamówienia stanowi kluczowe zadanie w procesie inwestycyjnym*. Wysokość zabezpieczenia pozwoli uzyskać także większe zabezpieczenie w okresie rękojmi. Należyte wykonanie projektu znajduje się na ścieżce krytycznej w kontekście dalszych, zaplanowanych działań zmierzających do realizacji przedsięwzięcia, jakim jest budowa całkiem nowej linii kolejowej, co ze względu na zaistniałe uwarunkowania jest przedsięwzięciem nowatorskim w skali kraju. Poprzez przeoczenie uzasadnienie nie znalazło się w treści SIWZ, lecz stanowiło załącznik do protokołu. Zamawiający dokonał stosownej zmiany w IDW, dodając w/w uzasadnienie.

11)§ 12 ust. 2, 4, 5 zdanie 1, ust. 7, ust. 10, ust. 11, ust. 12 pkt 1

Zgodnie z postanowieniami:

2. Wykonawca udziela rękojmi za Wady dokumentacji stanowiącej Przedmiot Umowy na okres upływający po 36 miesiącach od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego z adnotacją „bez Wad”.

4. W przypadku otrzymania dokumentacji zawierającej Wady, Zamawiający wykonując uprawnienia z tytułu rękojmi może żądać usunięcia Wad w wyznaczonym przez siebie odpowiednim terminie uwzględniającym realny czas niezbędny do usunięcia Wad, bez względu na wysokość związanych z tym kosztów.

5. Jeżeli Wykonawca nie usunie Wad w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający po uprzednim zawiadomieniu Wykonawcy zleci ich usunięcie osobie trzeciej na koszt Wykonawcy, na co Wykonawca wyraża zgodę. (...)

7. Zamawiający powiadomi Wykonawcę o stwierdzonych Wadach Przedmiotu Umowy w ciągu 14 Dni roboczych od ich ujawnienia.

10. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszelkie założenia, wytyczne i instrukcje Zamawiającego, w szczególności wskazane w przekazanej dokumentacji, chyba, że jest to niemożliwe z punktu widzenia zgodności z obowiązującym prawem, dobrymi praktykami rynkowymi bądź ochroną interesów Zamawiającego. W takim wypadku Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Zamawiającego o takiej okoliczności oraz zaproponować alternatywne rozwiązanie pozwalające na spełnienie ww. wymogów.

11. Termin obowiązywania gwarancji wynosi 36 miesięcy i biegnie od dnia zatwierdzenia Protokołu Odbioru Końcowego z adnotacją „bez Wad”. Termin gwarancji jakości biegnie od nowa, jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków Wykonawca dostarczył Zamawiającemu zamiast Projektu wadliwego, Projekt wolny od wad albo dokonał istotnej zmiany Projektu objętego gwarancją.

12. W ramach udzielonej gwarancji Zamawiający może żądać od Wykonawcy, bez dodatkowego wynagrodzenia w szczególności:

1) usunięcia Wad w przekazanym Projekcie, w tym wprowadzenia odpowiednich zmian, poprawek, uzupełnień w odpowiednim terminie wskazanym przez Zamawiającego zgodnie z ust. 4 powyżej;

Odwołujący wniósł o wprowadzenie w postanowieniach następujących zmian:

–ust. 2: udzielenie rękojmi nastąpi od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Końcowego z adnotacją „bez Wad istotnych”;

–ust. 4: dodanie terminu 14 dni roboczych oraz wykreślenie fragmentu: *bez względu na wysokość związanych z tym kosztów*,

–ust. 5: określenie, że zlecenie usunięcia wad osobie trzeciej nastąpi, jeżeli wykonawca nie usunie wad w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, dopuszczając się zwłoki trwającej nie krócej niż 5 Dni kalendarzowych;

–ust. 7: określenie terminu z 14 dni roboczych na 3 dni robocze;

–ust. 10: wykreślenie;

–ust. 11: wykreślenie fragmentu: *dostarczył Zamawiającemu zamiast Projektu wadliwego, Projekt wolny od wad albo (...)*, określenie, że termin obowiązywania gwarancji biegnie od dnia zatwierdzenia Protokołu Odbioru Końcowego z adnotacją „bez Wad istotnych”;

–ust. 12 pkt 1: wykreślenie fragmentu: *w tym wprowadzenia odpowiednich zmian, poprawek, uzupełnień*.

Gwarancja jakości i rękojmi służyć mają naprawie stwierdzonych Wad, w szczególności Wad nieistotnych. Gwarancja jakości i rękojmi w zaproponowanym przez Zamawiającego brzmieniu

zastępują niejako nadzór autorski nad dokumentacją, ponadto ma się to odbywać bez dodatkowego wynagrodzenia.

Ust. 2 Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Protokół odbioru końcowego może być podpisany dopiero w momencie wyeliminowania wszystkich Wad w Przedmiocie Umowy, a nie tylko Wad istotnych. Argumentację przedstawiono przy odpowiedzi na zarzut do § 6 ust 5.

Ust. 4 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Zamawiający dokonał jednak modyfikacji zapisu w ten sposób, że zamiast minimalnego terminu na usunięcie Wad, który jest terminem sztywnym i oderwanym od realiów każdej Wady, przewidział że czas jaki zostanie dany na naprawę Wady będzie realnie niezbędny. Taka modyfikacja daje elastyczność.

Ust 5 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Żadne regulacje kodeksowe nie wymagają uprzedniego wyznaczania terminów dodatkowych na usunięcie Wad w ramach rękojmi, takie zapisy są powszechnie stosowane w tego typu umowach. Zamawiający w postanowieniu § 12 ust 4 zabezpieczył Wykonawcę przed wyznaczeniem mu zbyt krótkiego terminu na usunięcie Wad, co uzasadnia uruchomienie mechanizmu zastępczego wykonania umowy bez kolejnego wezwania w sytuacji, gdy termin ten zostanie przekroczony.

Ust. 7 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Termin dla Zamawiającego na zgłoszenie Wad w terminie 14 dni roboczych jest terminem obiektywnie niezbędnym do należytego przygotowania/ zestawienia i przekazania dostrzeżonych Wad. Termin ten w żaden sposób nie wpływa na sytuację wykonawców, nie uniemożliwia im złożenie ofert czy wycenę ryzyka. Zarzut nie ma żadnych podstaw prawnych do jego uwzględnienia.

Ust. 10 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Odwołujący zaniechał uzasadnienia, dlaczego zapis winien być w całości wykreślony. Zamawiający ma prawo domagać się, także na etapie rękojmi i gwarancji w sytuacji eliminowania Wad opracowań - uwzględnienia nie tylko sztywnych wymagań OPZ ale także jego założeń, wytycznych czy instrukcji, o ile będą zgodne z prawem, dobrymi praktykami itd. Koncepcja ta w pełni odpowiada postanowieniom całości Umowy i jest możliwa do realizacji w ramach grup roboczych (o których mowa w § 6 ust 4 Umowy). Tym samym wykonawca ma możliwość spełnienia takiego obowiązku a obowiązek ten mieści się w granicach ryzyka kontraktowego, nie jest ani nadmierny ani niemożliwy.

Ust 11 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Etap odbioru końcowego jest zwieńczeniem odebrania całości Przedmiotu Umowy. Nie sposób jest odebrać w całości Przedmiotu Umowy, w sytuacji kiedy cechuje się jakimikolwiek brakami, wynikającymi z niewykonania przedmiotu Umowy lub jego części albo wykonania przedmiotu Umowy lub jego części niezgodnie z jego przeznaczeniem. Etap odbioru końcowego potwierdza wykonanie dzieła w całości, zgodnie z założeniami i wymaganiami, a nie tylko w sposób możliwy do przyjęcia w ramach odbiorów częściowych. Nawet jeżeli w trakcie odbioru częściowego zostaną stwierdzone inne, niż istotne, Wady, to niezależnie od możliwości odbioru danego Etapu, Wykonawca będzie musiał poprawić te Wady do czasu zakończenia trwania Umowy. Etap końcowy jest formalnym zwieńczeniem całości wykonania prac w ramach Umowy, zgodnie z jej wymaganiami jak i gwarantowanym poziomem jakości.

Ust. 12 pkt 1 - Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Zamawiający ma prawo wskazać sposób wykonania uprawnień z tytułu gwarancji, stosownie do art. 577 § 1 i 2 kc. Zamawiający przewidział, że sposób wykonania gwarancji obejmuje wprowadzanie odpowiednich zmian, poprawek oraz uzupełnień. Żądanie wykreślenia takich sposobów realizacji roszczeń gwarancyjnych nie znajduje podstaw prawnych.

12)§ 15 ust. 5

Zgodnie z postanowieniem: *Wykonawca posiada uprawnienie do zmiany lub rezygnacji z Podwykonawcy w trakcie realizacji Umowy. Zmiana Podwykonawcy, o którym mowa w ust. 6 i 7 wymaga uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Zamawiającego.*

Odwołujący wniósł o nadanie brzmienia: *Wykonawca posiada uprawnienie do zmiany lub rezygnacji z Podwykonawcy w trakcie realizacji Umowy. Zmiana Podwykonawcy, o którym mowa w ust. 6 i 7 (z ograniczeniem do Podwykonawcy, któremu powierzono wykonanie całości usług) wymaga uzyskania wcześniejszej pisemnej zgody Zamawiającego.*

Przewidziane obostrzenie działalności Wykonawcy nie jest uzasadnione w przypadku podwykonawców innych niż wskazani w ust. 6, czyli podwykonawców, na których zasoby Wykonawca się powołał i tych którym powierzył wykonanie całości usług. Zgoda Zamawiającego nie powinna warunkować możliwości zmiany pozostałych kontrahentów Wykonawcy.

Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu. Ograniczenie zgody Zamawiającego tylko do zmian podwykonawców realizujących całość usług jest niezrozumiałe i nie wynika

z żadnego przepisu prawa. Zamawiający ma prawo (a nawet obowiązek) każdorazowo badać komu zostały powierzone obowiązki z zakresu udzielonego zamówienia. Zarzut jakoby Zamawiający nie miał prawa do wyboru kontrahentów wykonawcy na etapie realizacji umowy jest chybiony w świetle wymogów art. 36b i art. 36ba ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo badań podwykonawców na etapie postępowania jak i po zawarciu umowy.

13)§ 16 ust. 2 zdanie 2, ust. 3 zdanie 1, ust. 5

Zgodnie z postanowieniem:

2. *Z wyjątkiem przypadków zaakceptowanych na piśmie przez Zamawiającego, nie będzie żadnych zmian, co do składu Personelu Kluczowego. Odmowa wyrażenia zgody na zmianę składu, powinna zostać uzasadniona na piśmie przez Zamawiającego. (...)*

3. *Wykonawca zobowiązuje się, że podczas nieobecności jakiegokolwiek członka Personelu Kluczowego, zapewni mu zastępstwo na cały okres jego nieobecności.*

5. *Zamawiający może wystąpić z wnioskiem w formie pisemnej o zmianę którejkolwiek*

z osób Personelu Kluczowego, jeżeli osoba ta jest nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy lub w jakikolwiek inny sposób narusza postanowienia Umowy. Wykonawca jest obowiązany dokonać zmiany członka Personelu Kluczowego zgodnie

z zadaniem Zamawiającego najpóźniej w terminie 1 (jednego) miesiąca, zgodnie z procedurą określoną w ust. 3 powyżej.

Odwołujący wniósł o nadanie brzmienia:

2. *dodanie „z tym zastrzeżeniem, iż Zamawiający nie może odmówić wyrażenia zgody na zmianę, gdy zmiana składu Personelu wynika z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.(...)”;*

3. *dodanie, że przypadek dotyczy nieobecności trwającej dłużej niż 14 dni;*

5. *Zamawiający może wystąpić z wnioskiem w formie pisemnej o zmianę którejkolwiek z osób Personelu Kluczowego,*

jeżeli osoba ta jest nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy, pomimo uprzedniego wezwania do poprawy w terminie 14 dni. Wezwanie musi określać dokładnie niewykonywane obowiązki umowne. Wykonawca jest obowiązany dokonać zmiany członka Personelu Kluczowego zgodnie z zadaniem Zamawiającego najpóźniej w terminie 1 (jednego) miesiąca, zgodnie z procedurą określoną w ust. 3 powyżej.

Odwolujący zauważył, że okres realizacji Umowy to prawie dwa lata, nie można wykluczyć, że okres ten z różnych przyczyn będzie dłuższy. Zamawiający nie może wykluczać możliwości zmiany Personelu Wykonawcy lub też uzależniać tę zmianę wyłącznie od swojej akceptacji, gdyż zmiana ta może wynikać z przyczyn niezawinionych, leżących całkowicie poza wolą Wykonawcy.

Ust. 2 i ust. 3 - Zamawiający uwzględnił częściowo zarzuty i dokonuje odpowiedniej modyfikacji ust 2 i 3.

Zmiana członka Personelu będzie możliwa

z jakiegokolwiek powodu o obiektywnym charakterze (rezygnacja, zwolnienie, śmierć, choroba itp.). Zamawiający ma prawo odmowy akceptacji kandydatury zastępcy zaproponowanej przez Wykonawcę, wyłącznie w przypadku, gdy zastępca nie legitymuje się doświadczeniem zawodowym i kompetencjami takimi samymi lub wyższymi od kwalifikacji i doświadczenia osób wymaganych postanowieniami SIWZ. Wówczas Wykonawca powinien niezwłocznie zaproponować nową kandydaturę, lecz nie później niż w terminie 4 Dni roboczych od dnia odmowy akceptacji przez Zamawiającego poprzedniej kandydatury. Dodatkowo odmowa wyrażenia zgody na zmianę członka Personelu Kluczowego, powinna zostać uzasadniona na piśmie przez Zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i proponowanej modyfikacji co do wskazania minimalnego okresu nieobecności członka Personelu Wykonawcy (14 dni) aby uruchomić procedurę zastępstwa. Personel Kluczowy pełni ważne i zasadnicze role przy realizacji Umowy. Nie można dopuścić do sytuacji, nawet w krótkich odcinkach czasu, że projekt nie będzie mógł być realizowany z powodu braku kompetentnych i wymaganych zgodnie z SIWZ osób. Czynniki ludzkie jak urlop, zwolnienie chorobowe itd. nie powinny obciążać Zamawiającego i realizowane przez niego zadanie, a powinno być bilansowane racjonalną polityką kadrową wykonawcy. Standardem jest, że wykonawcy wliczają w cenę oferty bufory ryzyka na ewentualne zastępstwa i urlopy pracowników.

Ust. 5 - Zamawiający uwzględnił wnosil o oddalenie zarzutu. Jednak Zamawiający częściowo zmodyfikował zapisy na:

Zamawiający może wystąpić z wnioskiem w formie pisemnej o zmianę którejkolwiek z osób Personelu Kluczowego, jeżeli osoba ta nie wywiązuje się ze swoich obowiązków wynikających z Umowy lub w jakikolwiek inny sposób narusza postanowienia Umowy. Wykonawca jest obowiązany dokonać zmiany członka Personelu Kluczowego zgodnie

z żądaniem Zamawiającego najpóźniej w terminie 1 (jednego) miesiąca, zgodnie z procedurą określoną w ust. 3 powyżej. Zamawiający wykreślił zwroty niedookreślone wskazujące na subiektywną ocenę. Nie ma potrzeby ani zasadności tworzenia konstrukcji pośrednich wzywania do poprawy

14)§ 17 ust. 3, 5

§ 17 projektu umowy stanowi m.in.:

2. W przypadku zaistnienia siły wyższej, Strona powołująca się na tę okoliczność powiadomi niezwłocznie na piśmie drugą Stronę o zaistnieniu zdarzenia o charakterze siły wyższej (jednak nie później niż w ciągu 5 (pięciu) Dni roboczych od zaistnienia takiego zdarzenia, o ile będzie to możliwe) i przedstawi dowody na wystąpienie takiego zdarzenia oraz wyjaśni jego wpływ na wykonanie Umowy. Obowiązek przedstawienia dowodów nie dotyczy sytuacji gdy okoliczność siły wyższej jest faktem powszechnie znanym

3. Niespełnienie wymogu z ust. 2 powyżej, skutkuje utratą prawa do powoływania się na zaistnienie siły wyższej. (...)

5. Po dokonaniu zawiadomienia o sile wyższej zmianie mogą ulec – stosownie do zasad wskazanych w §19 Umowy – w szczególności wskazane w §4 Umowy terminy wykonania Umowy, jednak jedynie o okres nieprzekraczający okresu trwania siły wyższej oraz jedynie wtedy, gdy Strona, która dokonała zawiadomienia, należycie wykonała zobowiązania opisane w ust. 4 niniejszego paragrafu.

Odwolujący wniósł o wykreślenie ust. 3 oraz zastąpienie w ust. 5 słów „mogą ulec” słowem „ulegną”.

Zamawiający wprowadza niezgodne z przepisami prawa terminy zawite dla roszczeń Wykonawcy wynikających z okoliczności siły wyższej przewidując, iż brak zawiadomienia w krótkim terminie 5 dni roboczych powoduje utratę roszczeń.

Ust 3 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Konsekwencją niezachowania terminu zgłoszenia siły wyższej jest brak możliwości powoływania się na te okoliczności

w dalszym okresie trwania umowy. Strona która zaniecha takiego zgłoszenia ponosi odpowiedzialność za ewentualne zaniechania lub nienależyte wykonanie umowy. Zapis taki odpowiada przepisom prawa i nie stanowi naruszenia żadnych zasad. Zamawiający doprecyzował zapis tak, aby stał się jasny i czytelny.

Ust. 5 - Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Nie można z góry założyć, że wystąpienie siły wyższej wiąże się zawsze z koniecznością zmiany terminu realizacji Umowy. Użyty zwrot „mogą ulec stosownie do zasad wskazanych w § 19 Umowy w szczególności wskazane w § 4 Umowy terminy wykonania Umowy” wskazują na elastyczność zmian tam, gdzie będzie konieczna *ad casum*. Żadna ze stron nie jest w stanie przewidzieć siły wyższej ani jej wpływu na Umowę.

15)§ 18 ust. 3 pkt 2-4, ust. 4 pkt 2, 3, 5

Zgodnie z postanowieniami:

3. W szczególności za Konflikt Interesów Strony uznają:

2) taką sytuację, którą można postrzegać jako zagrażającą bezstronności i niezależności Wykonawcy;

3) podjęcie działań sprzecznych z interesem Zamawiającego bądź prowadzących, do jakiegokolwiek uszczerbku w interesie, majątku lub sytuacji procesowej Zamawiającego lub prowadzących do uzyskania określonego rezultatu dla innego podmiotu, w szczególności kontrahenta Wykonawcy, członka zespołu, za którego Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w tym jego podwykonawców kosztem interesu Zamawiającego;

4) przekazanie innemu podmiotowi lub ułatwienie uzyskania przez inny podmiot informacji uzyskanych przez Wykonawcę od Zamawiającego, w szczególności Informacji Poufnych, które mogłyby zostać wykorzystane przez ten inny podmiot w sposób prowadzący do poprawy jego sytuacji lub uzyskania korzyści majątkowych kosztem Zamawiającego;

4. W okresie wykonywania Umowy Wykonawca jest zobowiązany:

2) nie przyjmować żadnej prowizji, upustu lub podobnej korzyści w związku z czynnościami wykonywanymi w ramach niniejszej Umowy, jak również Wykonawca zobowiązany jest podjąć wszelkie możliwe czynności, aby zapewnić, że członkowie zespołu Wykonawcy, za których Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w tym jego Podwykonawcy, których kieruje do realizacji Umowy nie będą otrzymywać takich korzyści;

3) dochować należytej staranności w celu zapewnienia, że ani on ani członkowie zespołu Wykonawcy, za których Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w tym jego podwykonawcy nie będą zaangażowani, bezpośrednio lub pośrednio, w żadną działalność biznesową zawodową lub jakąkolwiek inną działalność, która stanowiłaby konflikt interesów z działaniami wyznaczonymi im w ramach niniejszej Umowy, w szczególności, w okresie obowiązywania Umowy w tym w okresie obowiązywania gwarancji/rękojmi, członkowie zespołu Wykonawcy, za którego Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w tym jego Podwykonawcy nie będą podejmować zatrudnienia na jakiegokolwiek podstawie (w tym wolontariatu) w podmiotach posiadających sprzeczne z Zamawiającym interesy;

5) dochować należytej staranności w celu zapewnienia, że członkowie zespołu Wykonawcy, w tym jego podwykonawcy nie będą brać udziału w postępowaniach przed sądami, organami administracji publicznej oraz innymi organami oraz w toku jakichkolwiek negocjacji handlowych lub czynności w sprawach innych podmiotów oraz organizacji, sprzecznych z interesami Zamawiającego, bądź prowadzących do jakiegokolwiek uszczerbku w interesie lub sytuacji procesowej Zamawiającego, o ile Zamawiający nie wyrazi na to uprzedniej zgody dokonanej w formie pisemnej pod rygorem nieważności lub taki obowiązek wynika z przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie następujących zmian w postanowieniach:

–ust. 3 pkt 2: wykreślenie;

–ust. 3 pkt 3: określenie, że chodzi o interes Zamawiającego polegający na otrzymaniu należycie wykonanego Przedmiotu Umowy, wykreślenie fragmentu: bądź prowadzących do jakiegokolwiek uszczerbku w interesie, majątku lub sytuacji procesowej Zamawiającego;

–ust. 3 pkt 4: wykreślenie fragmentu: informacji uzyskanych przez Wykonawcę od Zamawiającego, w szczególności (...);

–ust. 4 pkt 2: zastąpienie fragmentu: prowizji, upustu lub podobnej korzyści w związku z (...) sformulowaniem: korzyści majątkowej za wykonanie czynnościami wykonywanymi w ramach niniejszej Umowy, które pozostawałyby w sprzeczności z interesem Zamawiającego polegającym na otrzymaniu należycie wykonanego Przedmiotu Umowy;

–ust. 4 pkt 3: wykreślenie fragmentu: w szczególności, w okresie obowiązywania Umowy w tym w okresie obowiązywania gwarancji/rękojmi, członkowie zespołu Wykonawcy, za którego Wykonawca ponosi odpowiedzialność, w tym jego Podwykonawcy nie będą podejmować zatrudnienia na jakiegokolwiek podstawie (w tym wolontariatu) w podmiotach posiadających sprzeczne z Zamawiającym interesy;

–ust. 4 pkt 5: zastąpienie fragmentu: sprzecznych z interesami Zamawiającego, bądź prowadzących do jakiegokolwiek uszczerbku w interesie lub sytuacji procesowej Zamawiającego sformulowaniem: które pozostawałyby w sprzeczności z interesem Zamawiającego polegającym na otrzymaniu należycie wykonanego Przedmiotu Umowy.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Odwołujący przytacza uzasadnienie do zarzutu z poprzednich odwołań, gdzie Zamawiający wskazał okres 5 letni po zakończeniu umowy podczas którego nadal miała obowiązywać klauzula. Obecnie konflikt interesów dotyczy tylko etapu realizacji umowy, wobec czego twierdzenia o wieloletnim zakazie konkurencji jest niczym nieoparte. Odwołujący nie wskazał na czym konkretnie polega niemożność złożenia przez niego oferty albo z jakim konkretnie przepisem ustawy jest niezgodny każdy poszczególny zapis, którego żąda wykreślenia. Postanowienia § 18 mają charakter prewencyjny i zabezpieczający, zbliżony nieco do kar umownych czy gwarancji. Jego występowanie nie jest naturalnym zjawiskiem lub pewnym zobowiązaniem Wykonawcy, a sytuacją, której Wykonawca winien unikać, co uzasadnia opisanie w tych postanowieniach w sposób ogólny i futurystyczny.

16)§ 19 ust. 3. dodanie w ust. 2 pkt 7 lit. c- h. dodanie ust. 6

Zgodnie z postanowieniami:

3. Na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 uPZP zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty możliwa jest także w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności i w zakresie określonym poniżej:

2) w przypadku zmiany istniejących lub powstania nowych obowiązków wynikających z wytycznych wdrażania funduszy unijnych, z których Umowa będzie finansowana, zmianie może ulec sposób realizacji Umowy lub zakres obowiązków Stron lub wynagrodzenie w zakresie odpowiadającym powyższym zmianom;

3) w przypadku, jeżeli w trakcie wykonywania Umowy wystąpią okoliczności związane ze zmianą prawa powszechnie obowiązującego lub regulacji wewnętrznych Zamawiającego, która powoduje konieczność wprowadzenia zmian w wykonanej części Umowy, zmianie może ulec sposób realizacji Umowy lub zakres obowiązków Stron, a także odpowiednio termin wykonania Umowy lub Etapów;

4) w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania Przedmiotu Umowy, w szczególności:

a) przewlekłości postępowania w sprawie wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

b) odmowa wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

- w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych powyżej w pkt 4) lit. a) -b) powyżej, o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, jeśli okoliczność ta miała wpływ na Przedmiot Umowy, zmianie może ulec termin wykonania Umowy lub Etapów, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o której mowa powyżej, a która uniemożliwia realizację Przedmiotu Umowy zgodnie z jej treścią i w sposób należyty;

5) w przypadku zmiany założeń w trakcie realizacji Umowy, np. w związku z nowymi planami inwestycyjnymi, nowymi prognozami ekonomicznymi;

6) w przypadku zmiany wytycznych i instrukcji instytucji nadrzędnych w strukturze zarządzania Funduszami Europejskimi i/lub konieczności dokonania zmiany lub przygotowania innych niż wyspecyfikowane w OPZ analiz w wyniku wymagań innych instytucji;

- w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w pkt 5) – 6) powyżej, zmianie ulec może sposób realizacji Umowy lub zakres obowiązków Stron lub wynagrodzenie (...);

7) pozostałe zmiany spowodowane następującymi okolicznościami: (...)

- w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych powyżej w pkt 7) powyżej możliwa jest zmiana terminu lub sposobu wykonania Umowy lub Etapów;

8) w przypadku gdy prowadzone przez Zamawiającego działania związane z realizacją Przedsięwzięć w rozumieniu uCPK, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, skutkujące niemożliwością wykonania lub należytego wykonania Umowy zgodnie z jej postanowieniami to zmianie może ulec sposób realizacji Umowy lub zakres obowiązków Stron, termin wykonania Umowy lub Etapów lub wynagrodzenie w odpowiednim zakresie, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne dla zapewnienia możliwości i prawidłowego wykonania Umowy i osiągnięcia celów zamówienia

określonych w OPZ;

9) w przypadku zmiany Zasad Zarządzania, która wpływa na zakres obowiązków Stron, sposób wykonania (w tym terminy wykonania) lub koszt wykonania Umowy, zmianie może ulec zakres obowiązków Stron, sposób wykonania (w tym terminy wykonania) Umowy lub wynagrodzenie Wykonawcy, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne dla zapewnienia dostosowania Umowy do zmian Zasad Zarządzania oraz odzwierciedlenia w Umowie powyższego wpływu zmiany Zasad Zarządzania;

10) w przypadku zaistnienia innych okoliczności prawnych, ekonomicznych, technicznych lub środowiskowych niemożliwych do przewidzenia w momencie zawarcia Umowy, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, a skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania Umowy zgodnie z jej postanowieniami – zmianie może ulec sposób realizacji Umowy lub zakres obowiązków Stron, wynagrodzenie lub termin wykonania Umowy lub Etapów, jednakże tylko w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne dla zapewnienia możliwości i prawidłowego wykonania Umowy i osiągnięcia celów zamówienia określonych w OPZ;

11) w przypadku wystąpienia okoliczności związanych z COVID - 19 mających wpływ na realizację umowy Strony stosują procedurę określoną w art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020 poz. 374 z późn. zm), która przewiduje, że po spełnieniu określonych w tej ustawie przesłanek związanych z występowaniem COVID-19 mających wpływ na należyte wykonanie Umowy, możliwe są w szczególności (a) zmiany terminu wykonania Umowy lub jej części lub czasowe zawieszenie wykonywania Umowy lub jej części, (b) zmiany sposobu wykonywania Usług (c) zmiany zakresu świadczenia Wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia Wykonawcy; Strony w takich przypadkach dokonują w tym zakresie koniecznych i uzasadnionych zmian Umowy;

12) w przypadku, gdy z przyczyn niedających się przypisać Wykonawcy, procedura odbiorowa określona w § 6 ust. 5 przedłuży się w taki sposób, że niemożliwe będzie wykonanie poszczególnych Etapów lub Przedmiotu Umowy w terminach określonych w Umowie, możliwe są zmiany w zakresie terminu wykonania Umowy;

13) w przypadku zmiany bazowych założeń projektowych dla Przedmiotu Umowy, w szczególności w zakresie zasilania elektrycznego, możliwe są zmiany Umowy w zakresie zmiany terminu wykonania Umowy lub jej części, zmiany sposobu wykonywania Umowy lub zmiany zakresu świadczenia Wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia Wykonawcy;

14) w przypadku zmiany lub wprowadzenia nowych standardów technicznych dotyczących kolei, w szczególności w przypadku opracowania przez Instytut Kolejnictwa Standardów Technicznych – warunków technicznych dla budowy infrastruktury kolejowej CPK, możliwe są zmiany Umowy w zakresie zmiany terminu wykonania Umowy lub jej części, zmiany sposobu wykonywania Umowy lub zmiany zakresu świadczenia Wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia Wykonawcy;

15) w przypadku, gdy wykorzystanie przez Wykonawcę do sporządzenia analizy na podstawie określonych danych stanie się niemożliwe z uwagi na brak dostępności tych danych dla Wykonawcy, z przyczyn nieleżących po jego stronie, możliwe są zmiany w zakresie terminu wykonania Umowy.

Odwolujący wniósł o wprowadzenie do postanowień następujących zmian:

–ust. 3 pkt 2: wykreślenie słów może ulec i wprowadzenie sformułowania ulegnie odpowiednio czas realizacji Umowy;

–ust. 3 pkt 3: zastąpienie słów może ulec słowem ulegnie i wprowadzenie sformułowania ulegnie odpowiednio czas realizacji Umowy; dopisanie na końcu: lub wynagrodzenie w zakresie odpowiadającym powyższym zmianom;

–ust. 3 pkt 4 lit b: zastąpienie słów może ulec słowem ulegnie i wprowadzenie sformułowania: oraz wynagrodzenie poprzez jego zwiększenie;

–ust. 3 pkt 6: zastąpienie słów może ulec słowem ulegnie;

–ust. 3 pkt 7: dodanie postanowień w brzmieniu:

c) zwłoka Zamawiającego w przekazaniu Wykonawcy dokumentów niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy, których obowiązek przekazania Wykonawcy wynika z Umowy lub OPZ,

d) uzasadnionych trudności w pozyskiwaniu materiałów i danych niezbędnych dla prawidłowej realizacji Przedmiotu Umowy,

e) wszczęcia przez jakiegokolwiek podmiot postępowania sądowego lub administracyjnego uniemożliwiającego tymczasowo wykonanie Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, w szczególności wstrzymujące możliwość uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych, uzgodnień, zezwoleń, ekspertyz lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy,

f) konieczność uzyskania wyroku sądu lub innego orzeczenia sądu albo organu administracji publicznej, którego uzyskanie nie było przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia (ani w żadnym innym dokumencie stanowiącym element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), a jest niezbędne celem wykonania obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy,

g) wystąpienia osób trzecich z roszczeniami lub ujawnienia się roszczeń osób trzecich, które uniemożliwiają tymczasowo dalsze wykonanie Przedmiotu Umowy, w szczególności uzyskanie odpowiednich decyzji, zezwoleń, uzgodnień wydawanych przez organy administracji publicznej

h) konieczność przeprowadzenia procedury ustalania granic zgodnie z § 31 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 18 sierpnia 2020 r. w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowywania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz.U.2020.1429 z dnia 2020.08.21) oraz określenie, że: w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych w pkt 7) powyżej Strony uzgodnią w niezbędnym zakresie zmianę terminu lub sposobu wykonania Umowy lub Etapów oraz zmianę wynagrodzenia w odpowiednim zakresie;

–ust. 3 pkt 8-10: zastąpienie słów może ulec słowem ulegną;

–ust. 3 pkt 12-15: zastąpienie słów możliwe są zmiany sformułowaniem dokonane zostaną zmiany.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ukształtował postanowienia Umowy dotyczące możliwości zmiany Umowy w sposób znacznie ograniczający możliwość uzyskania przez Wykonawcę dodatkowego wynagrodzenia w przypadku, gdy na skutek zaistnienia okoliczności pozostających poza wpływem Wykonawcy nastąpi zwiększenie kosztów wykonania zamówienia. Okoliczności opisane w § 19 ust. 3 Umowy mają wpływ nie tylko na potencjalne wydłużenie terminu realizacji Umowy czy sposobu realizacji Przedmiotu Umowy, ale również generują po stronie wykonawców dodatkowy koszt. Zamawiający odbiera Wykonawcy możliwość racjonalnej wyceny oferty, gdyż Wykonawca właściwie jest zobowiązany do uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych. Może to prowadzić do złożenia ofert nieporównywalnych celowo, bowiem każdy Wykonawca wyceni i ujmie w cenie oferty inne ryzyka.

Na wstępie **Zamawiający** zaznaczył, że zmiany przyszłej Umowy są wyjątkiem od zasady niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego. Postanowienia co do zmiany umowy nie mogą narzucać konieczności danej zmiany, bowiem ta jest zależna od woli obu stron ale dodatkowo od konkretnych uwarunkowań i konkretnych okoliczności. Wszelkie żądania Odwołującego wprowadzenia zmian sztywnych i koniecznych tj. „zmiany” a nie „możliwości zmiany” nie odpowiada charakterowi warunkowości zmian, zależnych od czynników przyszłych i na ten moment niepewnych. Odwołujący poprzez swoje modyfikacje w zakresie § 19 chce wprowadzić pewność zmiany terminów realizacji umowy poprzez ich wydłużenie niezależnie od okoliczności. Podobnie też kwestia wynagrodzenia. Odwołujący wyłącza wszelkie ryzyka ale i obowiązki wynikające wprost z umowy do zmian dodatkowo płatnych, co jest niedopuszczalne i sprzeczne z naturą zobowiązań w sprawie zamówienia publicznego. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, że wykonawca musi przewidzieć i wycenić pewnego rodzaju ryzyka, a nie wszelkie wyłączać i żądać dodatkowego, niesprecyzowanego na ten moment wynagrodzenia. Należy odróżnić sytuacje, których przewidzieć się nie dało i które istotnie zwiększają nakład czy ryzyko pracy po stronie Wykonawcy a okoliczności które wykonawca jako profesjonalista winien przewidzieć w swojej ofercie i wycenić. § 19 Umowy zachowuje równowagę Stron, a tam gdzie jest to obiektywnie uzasadnione, przewiduje zmianę wynagrodzenia. Zamawiający nie zgadza się natomiast z arbitralnym żądaniem zmiany wynagrodzenia w każdym możliwym aspekcie.

Ust 3. Pkt 1 Zamawiający żądał oddalenia zarzutu. Zmiany umowy są możliwe, co wynika z istoty art. 144 ustawy Pzp. Obligatoryjna zmiana terminów nie może być oderwana od konkretnych zdarzeń ad casum.

Ust. 3 pkt 3 Zamawiający żądał oddalenia zarzutu. Zmiany umowy są możliwe, co wynika z istoty art. 144 ustawy Pzp. Wykonawca nie może otrzymywać wynagrodzenia dodatkowego za realizację podstawowego zakresu umowy. Przypadek, o którym mowa w tym postanowieniu odnosi się do konieczności aktualizacji zgodnie z § 7 ust 1 i wykonawca ma go wycenić w cenie ryczałtowej umowy.

Ust. 3 pkt 4 a) b) Zamawiający żądał oddalenia zarzutu. Zmiany umowy są możliwe, co wynika z istoty art. 144 ustawy Pzp. Co do zmiany wynagrodzenia zarzut jest całkowicie bezpodstawny, bowiem opóźnienia w wydawaniu decyzji nie wpływają na zakres umowy ani wycenę. O ile jest konieczność zmiany terminu w takich przypadkach o tyle nie ma podstaw do zmiany wynagrodzenia. W przypadku zmian terminów z powodu przewlekłości postępowania czy nie wydania decyzji w terminie nie zachodzi konieczność zwiększania wynagrodzenia wykonawcy. W sytuacji przestojów spowodowanych przez działania organów, za które żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności zarówno Wykonawca, jak i Zamawiający ponoszą koszty we własnym zakresie co nie wykracza poza zasady kontraktowania i jest zgodne z prawem.

Ust. 2 pkt 8) (obecny ust 3 pkt 7) ppkt c- h postulowane do dodania przez Odwołującego. Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Przesłanki zmiany umowy dodane przez Odwołującego są niedookreślone, nie występują w realiach Umowy, ani nie mają związku ze zmianami umowy.

Zmiany umowy z **pkt c)** dotyczą zwłoki lub zaniechania wykonania obowiązków po stronie Zamawiającego, co nie jest przesłanką do zmiany Umowy a ewentualną odpowiedzialnością Zamawiającego i brakiem winy po stronie Wykonawcy. W przypadku zwłoki Zamawiającego, wykonawca może uchylić się od odpowiedzialności powołując się na regulacje kodeksowe. Podobnie Zamawiający ponosi odpowiedzialność kontraktową na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego.

Pkt d) jest całkowicie niedookreślony i dotyczy „uzasadnionych trudności”, które są pojęciem nieostrym a postanowienie takie jest niezgodne z wymogiem art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, który dla swej skuteczności wymaga, aby przesłanki zmiany były precyzyjne i jednoznaczne.

Pkt e) i f) nie przewiduje się żadnych postępowań wpływających na prace wykonawcy, w szczególności takich, które by tą prace wstrzymywały. Dodanie postanowień nie ma związku z Umową. Zamawiający przewidział już przesłanki zmiany Umowy w sytuacji przedłużających się postępowań administracyjnych lub odmowy wydania decyzji, zezwoleń, uzgodnień z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę w ust. 3 pkt 4 a i b. Zamawiający nie przewiduje konieczności uzyskania wyroku sądu w celu realizacji zadań z OPZ lub których postępowania wstrzymywałyby prace związane z Umową. Wobec dużej ogólności żądanej przesłanki i braku bezpośredniego wpływu na Umowę, Zamawiający nie uwzględnił zarzutu w tym zakresie.

Pkt g) również nie będzie miał wpływu na zakresu Umowy, z drugiej strony opóźnienia po stronie administracji reguluje już ust 3 pkt 4 pkt a i b.

Pkt h) nie ma związku z Umową. Wykonawca wielokrotnie powołuje się na przeprowadzanie procedury ustalania granic zgodnie z rozporządzeniem Ministra rozwoju

z dnia 18.08.2020 roku w sprawie standardów technicznych wykonywania geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych oraz opracowywania i przekazywania wyników tych pomiarów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (Dz.U.2020.1.429 z dnia 2020.08.21.). Zamawiający stoi na stanowisku, iż § 31. w/w rozporządzenia nie znajdzie zastosowania do żadnego Etapu w ramach Umowy ani też do jakichkolwiek świadczeń stanowiących przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia (por. stanowisko Głównego Geodety Kraju w tej sprawie KN-IRP.071.101.2020 z dnia 11-09-2020).

Tym samym postulowane na końcu ust 3 pkt 7 a) i b) okoliczności zmiany terminu wykonania Umowy zostały uwzględnione (dotyczy to sytuacji działania siły wyższej lub przedłużającym się wydaniem decyzji, co do dalszej realizacji kontraktu przez Zamawiającego). Zamawiający nie znalazł żadnych podstaw do zmiany wynagrodzenia w takiej sytuacji, z uwagi, iż jest to zwykłe ryzyko kontraktowe i nie zwiększa zakresu działań ani obowiązków Wykonawcy w sposób pierwotnie niezaplanowany.

Zarzuty w zakresie ust 3 pkt 8), 9), 10) 12), 13), 14) Zamawiający żądał oddalenia zarzutu. Zmiany umowy są możliwe co wynika z istoty art. 144 ustawy Pzp.

Ust. 6 Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu. Kolejna przesłanka zmiany Umowy jest niejasna, nieprecyzyjna i nie może być prowadzona w świetle wymogu art. 144 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przesłanka referuje do bliżej nieokreślonych czynności i zakresu rzeczowego OPZ, nie określonego na etapie jego sporządzania, co oznacza, że możemy mieć do czynienia z zupełnie nowym zamówieniem lub co najmniej zamówieniem dodatkowym, nie planowanym na obecnym etapie postępowania. Taki zakres może być wprowadzony wyłącznie na podstawie art. 144 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp lub być przedmiotem osobnego postępowania.

17) § 22 ust. 4

Zgodnie z postanowieniem: *Strony zgodnie ustalają, że wynikające z Umowy wierzytelności Wykonawcy nie mogą*

być przedstawiane do potrącenia ustawowego (art. 498 Kodeksu cywilnego) z wierzytelnościami Zamawiającego.

Odwolujący wniósł o określenie, że dotyczy to wierzytelności spornych.

Zdaniem Odwołującego brak jest uzasadnienia dla wyłączenia możliwości ustawowego potrącenia wierzytelności niespornych Wykonawcy. Zamawiający korzysta ze swojej uprzywilejowanej pozycji przyznając wyłącznie sobie określone uprawnienia. Zamawiający ma bowiem prawo potrącać kary umowne z wynagrodzenia Wykonawcy, nawet gdy kary te są niewymagalne. Wykonawcę natomiast pozbawia możliwości skorzystania z ustawowego prawa nawet w sytuacji, gdy wierzytelność Wykonawcy nie jest kwestionowana przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu. Zamawiający nie wyraził zgody na potrącanie wierzytelności wykonawcy z wierzytelnościami Zamawiającego. Taki zapis jawi się jako dopuszczalne umowne wyłączenie prawa potrącenia wierzytelności jednej ze stron stosunku obligacyjnego, i nie sprzeciwia się to właściwości tego stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ kc). O dopuszczalności takiego wyłączenia wskazywał wyrok SN z 25.7.2013 r., II CSK 191/13.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, modyfikacjach dokumentacji projektowej, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości w trybie art. 528 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę.

Izba uznała, iż Odwołujący jako podmiot zrzeszający członków zainteresowanych ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz deklarujących potencjał do jego realizacji, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, wyznaczenie warunków udziału w postępowaniu, sporządzenie opisu w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, a także określenie warunków kontraktowych godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy

w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 89/21 zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

5) Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie;

6) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

7) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

8) Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W sprawie KIO 90/21:

1) IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

2) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

3) Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Sygn. KIO 89/21

Izba ustaliła, że postępowania odwoławcze w części podlegały umorzeniu na skutek cofnięcia przez Odwołującego części zarzutów, co znalazło odzwierciedlenie w punktach A.I oraz B.I sentencji.

Izba, biorąc pod uwagę obszerność odwołań przyjęła przy omawianiu zarzutów systematykę zgodną z zaprezentowaną w odwołaniach, czyli omówiono w pierwszej kolejności zarzuty z załącznika nr 1 do odwołań (IDW), następnie zarzuty zawarte w załączniku nr 2 (OPZ), na końcu zarzuty znajdujące się w załączniku nr 3 (wzór umowy).

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie zarzuty obu odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie.

Załącznik nr 1 – IDW

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W art. 22 ust. 1b ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że warunki udziału

w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Rozdział VI – termin realizacji przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Przede wszystkim zauważyć należy,

iż Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił wniosku o przedłużenie terminu końcowego realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazuje na szereg terminów w poszczególnych etapach, ale co podkreślił na rozprawie Zamawiający, terminy te sumują się do około 40 dni. Tymczasem Odwołujący wnioskując o przedłużenie terminów końcowych na obu zadaniach o prawie 1000 dni każde. Odwołujący nie przedstawił również propozycji wydłużenia poszczególnych terminów częściowych, by w sumie uzasadniały one wniosek o przedłużenie terminu końcowego o długość prawie 1/3 obecnie zakładanego okresu. Innymi słowy, żądanie zmiany terminu wykonania dokumentacji postępowania nie jest spójne z uzasadnieniem zarzutu, Odwołujący zamiast szczegółowo uzasadnić potrzebę przedłużenia terminu końcowego o co wnosił, skupił się na wybiórczych terminach częściowych, zaś podniesiona argumentacja w zakresie terminów częściowych skupiająca się na około 40 dniach jest niespójna z żądaniem przedłużenia terminu ostatecznego o 1000 dni.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie zauważył, iż zakładane terminy nie odbiegają długością od terminów określonych przez innych zamawiających na zadaniach podobnych rodzajowo. Odwołujący teżom tym nie zaprzeczył. Odwołujący nie wykazał, by przy odpowiednim zaangażowaniu kadrowym i finansowym nie było możliwe dotrzymanie

wyznaczonych terminów. Nie przedstawiono dowodów na okoliczność, że zakładane terminy na wykonanie poszczególnych czynności (np. dokonanie odbiorów) mają nierealne założenia czasowe. Odwołujący nie sporządził choćby przykładowego szczegółowego harmonogramu, z którego wynikałoby, że rzeczywiście terminy zakładane przez Zamawiającego są niemożliwe do dotrzymania. Odwołujący szeroko rozwodził się na temat procesu prowadzenia konsultacji społecznych, jednak także w tym przedmiocie nie przedstawił w jaki sposób terminy na ich przeprowadzenie należałoby wydłużyć. Arbitralnie jedynie stwierdzono, że termin 75 dni jest niewystarczający. Nie wykazano również, iż proponowane terminy są nierealne, czy też niewłaściwie, biorąc pod uwagę założenia przepisów prawa, nie podano, iż w poszczególnych etapach nie uwzględniono chociażby terminów, w których decyzje podejmują organy administracji publicznej.

Rozdział VI ust. 1 pkt 2 a i b oraz Rozdział VI ust. 1 pkt 4b, 4c

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że:

"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom"

(tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś, *"Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne"* (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji

w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, ustalaniu warunków udziału w postępowaniu czy kształtowaniu zapisów przyszłego zobowiązania umownego, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, czy też możliwości pozyskania partnerów biznesowych do wspólnej realizacji danego zamówienia ale uwzględnienie wymagań gwarantujących sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Potrzeby te nie mogą jednak prowadzić do preferowania tylko jednego rozwiązania, podczas gdy na rynku dostępnych jest wiele, funkcjonalnie zbieżnych rozwiązań, które może zaoferować nieograniczony krąg wykonawców.

Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Skład rozpoznający spór przywołane poglądy podziela i uznaje je za własne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanych spraw, Izba uznała, że Zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał i nawet nie uprawdopodobnił, że ustalone wymagania dla zespołu ekspertów oraz progi zdolności finansowej, nie są konieczne do osiągnięcia zakładanych celów danego zamówienia oraz że w postępowaniu naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Celem ustalenia warunków udziału jest wybór wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie ujawnił wartości szacunkowej zamówienia, natomiast Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił do jakich wartości referencyjnych zostały odniesione propozycje podwyższenia progów przedstawione w odwołaniu. Nie wskazano, dlaczego Odwołujący uważa, że wymogi określone przez Zamawiającego mają za niski poziom, nie wyjaśniono dlaczego Wykonawca, który będzie realizował dane zamówienia powinien posiadać zabezpieczenie finansowe właśnie we wnioskowanej w odwołaniach wysokości. Nie przedstawiono Izbie argumentów przemawiających na okoliczność zarzutów odwołania, że warunki określone przez Zamawiającego nie zapewnią wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący ograniczył się do lakonicznych twierdzeń, że przedmiot zamówienia jest skomplikowany pod względem zakresu i jego strategicznego znaczenia. Taka argumentacja nie oznacza jeszcze, że Zamawiający nieprawidłowo ustalił poziom warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, z której wynikałoby, że ustalone warunki są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to znaczy za niskie, że mogą spowodować wybór takiego wykonawcy, który

z uwagi na brak zabezpieczenia finansowego nie podoła jego realizacji choćby do momentu otrzymania części wynagrodzenia w początkowych etapach realizacji, czy też z uwagi na za niskie przychody roczne nie będzie w stanie podołać wydatkom w początkowej fazie realizacji zamówienia. W ocenie Izby to właśnie postulowane przez Odwołującego podwyższenie wymaganych progów rocznego przychodu i posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej może spowodować zawężenie kręgu wykonawców zainteresowanych przystąpieniem do postępowania

bowiem w stosunku do przedmiotu zamówienia wymagania te okazały się wygórowane. Warto również podkreślić, że Zamawiający nie jest zobowiązany formułować warunków udziału w postępowaniu w sposób 1:1 do przedmiotu zamówienia. Takie określenie warunków Izba uważa za wymaganie nadmierne.

Odwolujący w przypadku warunków udziału w postępowaniu wnosił również o zmianę postanowień IDW, gdzie Zamawiający wymagał dysponowania osobami na stanowiska Koordynatora Grupy Roboczej Prognozy Ruchu oraz Koordynatora Grupy Roboczej Analizy Ruchowo-Eksploatacyjnej posiadającymi wymienione kwalifikacje zawodowe, wykształcenie

i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, wnosząc o wydłużenie okresu, w którym można legitymować się doświadczeniem do 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Uzasadnienie zarzutów jest fragmentaryczne. Izba podziela w przypadku tego zarzutu argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący nie wykazał, że doświadczenie zdobyte w dłuższym, proponowanym 10-letnim czasokresie będzie adekwatne do realizacji przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie to w okresie ostatnich 5 lat nie tylko w Polsce realizowane były duże i skomplikowane inwestycje zbliżone do przedmiotowej, możliwe więc jest posiłkowanie się przy realizacji przedmiotu zamówienia zespołem ekspertów, który w ostatnich latach takie doświadczenie zdobył. Jak słusznie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2021 roku (KIO 3045/20, KIO 3143/20) Odwołujący nie wykazał ekwiwalentności doświadczenia zdobytego w okresie ostatnich 10 lat w stosunku do doświadczenia nabytego w okresie 5 ostatnich lat. Ponadto wymagany przez Zamawiającego okres ostatnich 5 lat jest zbieżny z okresem przewidzianym w przepisach wykonawczych do ustawy Pzp, to jest w Rozporządzeniu o dokumentach dla doświadczenia samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Okoliczność, że Zamawiający dopuścił przy ustaleniu kryteriów oceny ofert legitymowanie się doświadczeniem z okresu 10 lat jest irrelevantna dla ustalenia podstawowego poziomu warunków. Zamawiający może premiować doświadczenie nabyte w dłuższym okresie, jednak na podstawowym poziomie może wymagać doświadczenia zdobytego w czasie krótszym, choćby ze względu na przywoływane w odpowiedzi na odwołanie okoliczności zmian reżimu prawnego i technicznego. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku argumentacji, że inni zamawiający dopuszczają dłuższe okresy dla doświadczenia zespołu osób. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał, że przywołane w uzasadnieniu zarzutu inwestycje PKP PLK mają zbliżony charakter, a przede wszystkim nie wskazał, kiedy miała miejsce ich realizacja, chociaż po analizie tytułów tych inwestycji można wnioskować, że ich realizacja odbywała się w okresie wcześniejszym, kiedy właśnie problematyczne było skompletowanie zespołu, który w ostatnich 5 latach przed terminem składania ofert mógł zdobyć wymagane doświadczenie. Słusznie również w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podkreślił, że to w ostatnich kilku latach nastąpił znaczny przyrost infrastruktury liniowej i wymagane od zespołu osób doświadczenie można uznać za niemal powszechne. Rolą warunku udziału w postępowaniu jest wybór takiego wykonawcy, który jest w stanie przedstawić zespół ekspertów posiadających odpowiednią wiedzę i doświadczenie zawodowe zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymogami. Nie będzie naruszeniem przepisów ustawy Pzp ustalenie warunku udziału, który zawęzi krąg wykonawców, do tych posiadających doświadczenie na określonym poziomie jeżeli powyższe koreluje ze stopniem skomplikowania przedmiotu zamówienia, zaś Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Rozdział VI ust. 1 pkt 5b

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący wnioskował o zawężenie warunku udziału w postępowaniu jedynie do możliwości posiadania doświadczenia

w wykonaniu „dokumentacji wstępnej” rozumianej jako opracowanie studium wykonalności, to jest opracowania zawierającego łącznie: analizy eksploatacyjno-ruchowe, finansowo-ekonomiczne, techniczne, geologiczne (wraz z badaniami), geodezyjne oraz środowiskowe.

Zauważyć należy, iż definicja studium wykonalności jest definicją własną Odwołującego. Jej ukształtowanie w odwołaniu nie wynika ani z żadnego aktu prawa,

ani z wiedzy branżowej, przynajmniej na takie okoliczności nie powołano się w odwołaniu.

W praktyce nie ma jednej, uniwersalnej struktury studium wykonalności. Treść i struktura studium w dużej mierze zależy od typu, kategorii i wielkości przedsięwzięcia, stopnia dokładności przedsięwzięcia oraz, które są wykorzystywane w danej firmie. Różne zatem opracowania mogą być uważane za studium wykonalności.

Nawet jeżeli Zamawiający dopuścił legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu opracowań o prostszym charakterze, to nie może to stanowić zarzutu wobec niego, jeżeli określił jednoznacznie jakie elementy składowe mają składać się na takie opracowanie. Postawienie warunku udziału w postępowaniu jest uprawnieniem Zamawiającego, nie jego obowiązkiem. Jeżeli zdaniem Zamawiającego do wykonania przedmiotu zamówienia wystarczające jest posiadanie doświadczenia w wykonaniu studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego, to ustalenie warunku o takim brzmieniu nie można uznać za sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Jest to ustalenie, które co najwyżej dopuszcza szerszy krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o dane zamówienie. Natomiast twierdzenia, że mogą to być wykonawcy, którzy nie zagwarantują wykonania przedmiotu zamówienia, nie posiadają bowiem minimalnego zakresu doświadczenia do wykonania określonych w OPZ opracowań, nie zostało poparte jakimkolwiek materiałem dowodowym przez Odwołującego. Gołosłowne pozostają również twierdzenia Odwołującego, że opracowania studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego lub koncepcja programowa stanowią opracowania wstępnej fazy projektowania. Nie wykazano również, że w ostatnich latach na rzecz PKP PLK nie wykonano ani jednej dokumentacji wstępnej obejmującej opracowania określone przez Zamawiającego. W ocenie Izby brzmienie warunku odpowiada przedmiotowi zamówienia, a sposób jego ustalenia nie wskazuje na naruszenie zasad wynikających z ustawy Pzp.

Rozdział XIX Doświadczenie personelu pkt 1, pkt 2, pkt 3, pkt 4, pkt 5

Zarzuty nie mogły zostać uwzględnione. Nawet gdyby przyjąć za prawdziwe

i potwierdzone twierdzenia, że w Polsce przez ostatnie 10 lat na zamówienie PKP PLK nie wykonano ani jednej dokumentacji projektu budowlanego dla prędkości wg TSI jako P2, to ustalenie warunku w tym kształcie nie powoduje naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamówienie nie ogranicza się bowiem do rynku polskiego, jest to zamówienie o charakterze ponadgranicznym, ogłoszone w publikatorze o zasięgu europejskim. Możliwe jest posiłkowanie się i poleganie na zasobach podmiotów realizujących podobne zamówienia na rynku nie tylko europejskim, ale światowym.

Odwolujący wskazywał, że z technicznego punktu widzenia projektowanie linii kolejowych definiowanych przez parametr P2 lub P3 niewiele się różni co do bieguści

w obsłudze programów czy współpracy z innymi branżystami ale okoliczności te nie zostały wykazane, czy nawet uprawdopodobnione. Stanowisko w tym zakresie Odwołujący formułował dopiero na rozprawie, podnosząc argumenty

znacznie wykraczające poza okoliczności wskazane w odwołaniu, którymi Izba jest związana. Takie działanie Odwołującego jest spóźnione i nie zasługuje na aprobatę.

Dostarczenia wymaga, iż Zamawiający może dobrać tak kryteria oceny ofert, by najlepiej odpowiadały jego wymaganiom, w tym przypadku wyłonienia zespołu o najwyższych kwalifikacjach. Co do zasady więc, tak ustalonych kryteriów nie można uznać za subiektywne, ich opis ma charakter transparentny, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby kluczowe znaczenia ma dobór odpowiednio wykwalifikowanego zespołu projektantów, co w przyszłości pozwoli uniknąć błędów na etapie projektowania, a to niewątpliwie przekłada się na etap wykonania projektu, czyli realizacji robót budowlanych. Skoro istnieje podział na poszczególne rodzaje prędkości, to zasadnym jest wymaganie doświadczenia przy uwzględnieniu prędkości, z którą będzie realizowany dany projekt. Izba nie przeczy twierdzeniom Odwołującego, że same uprawnienia do projektowania bez ograniczeń nie odnoszą się do kategorii prędkości, ale podkreśla, że nie chodzi o nabycie uprawnień, tylko o doświadczenie, które projektant zdobył po uzyskaniu uprawnień przy projektowaniu określonej kategorii obiektów. Zdaniem Izby wymagania warunku określonego przez Zamawiającego nie przeczą zasadzie proporcjonalności, Zamawiający wymaga bowiem doświadczenia w opracowaniu 1 dokumentacji. Ponadto, wymóg z kryterium oceny ofert jest uzasadniony merytorycznie i znajduje usprawiedliwienie w specyfice zamówienia.

Załącznik nr 2 - OPZ

Przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia.

Z art. 5 kodeksu cywilnego wynika, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zgodnie zaś z art. 353¹ kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na podstawie art. 487 §2 kodeksu cywilnego umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Ustawodawca w art. 353¹ kodeksu cywilnego określił granice swobody umów wskazując trzy czynniki wyznaczające zakres owego prawa: właściwość (naturę) stosunku, ustawę i zasady współżycia społecznego. Odwołujący upatruje w działaniach Zamawiającego przekroczenia granicy swobody umów poprzez naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego tj. nadużycie przysługującego Zamawiającemu prawa do określenia warunków postępowania przetargowego i ukształtowanie zapisów SIWZ w sposób sprzeczny

z zasadami współżycia społecznego. Podkreślić jednakże należy, że zasady współżycia społecznego nie są pojęciami o nieokreślonej treści, lecz normami postępowania podobnymi do norm prawnych, zawierającymi własne wzorce zachowań. Przy powoływaniu się na te zasady należy je odpowiednio zidentyfikować, nazwać, opisać. Nie jest uprawnione samo ogólnikowe wskazywanie, że bliżej nieokreślone zasady współżycia społecznego zostały naruszone.

Izba na wstępie rozważań pragnie także podkreślić, iż opis przedmiotu zamówienia ma mieć charakter wyczerpujący, co oznacza m.in., że powinien on umożliwiać wykonawcom prawidłową ocenę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Nie jest możliwe realne oszacowanie kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Nie opisując w sposób odpowiedni przedmiotu zamówienia, Zamawiający sam naraża się na negatywne dla niego konsekwencje faktyczne i prawne – poczynając od nieporównywalności ofert, zawyżenia cen ofertowych wobec braku możliwości dokładnego oszacowania ryzyka, przez problemy i spory na etapie realizacji zamówienia, aż do niekorzystnego dla Zamawiającego wyniku postępowań sądowych.

Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie – I Wydział Cywilny w wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO I ACa 266/19 „*Mając na względzie treść art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych, jak i art. 355 § 2 k.c., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia(...).*”

Badając opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że został on sporządzony w sposób prawidłowy.

Pkt 2.1.2.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Z kwestionowanego postanowienia OPZ wynika, że Zamawiający udostępnia listę dokumentów i źródeł, która ma charakter bazowy, to znaczy niewyczerpujący. Jest to zakres zidentyfikowany przez Zamawiającego. Z drugiej strony Zamawiający zaznacza, iż obowiązkiem Wykonawcy jest poszukiwanie źródeł możliwych do identyfikacji. W ocenie Izby takie zapisy nie naruszają przepisów ustawy Pzp. Konieczność poszukiwania dodatkowych materiałów, źródeł przy opracowaniu o charakterze analitycznym, koncepcyjnym (czyli twórczym a nie odtwórczym) ma dla Izby wydźwięk oczywisty. Takie podejście do przygotowania opracowania świadczy o znajomości Wykonawcy w przedmiocie samego opracowania oraz metodach jego przygotowania.

Z postanowienia OPZ nie wynika bezwzględny obowiązek polegania na źródłach, których na liście nie wymienił Zamawiający, ale raczej wskazanie Wykonawcy, iż od jego staranności

i zaangażowania zależała będzie jakość i dokładność opracowania. Jak słusznie podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający postanowienie OPZ nie upoważnia Zamawiającego do narzucania źródeł, to od inwencji i wiedzy Wykonawcy będzie zależała decyzja, czy takie dodatkowe źródła zidentyfikuje i włączy do opracowania.

Kwestionowana klauzula łączy się z obowiązkiem należytego wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru podmiotu wykonującego przedmiot zamówienia. Odnosząc się do kwestii, czy na etapie ofertowania uwzględnienie takiego ryzyka identyfikacji dodatkowych źródeł jest możliwe do wyceny, to powyższe wiąże się właśnie z doświadczeniem Wykonawcy w przygotowywaniu opracowań o podobnym charakterze i jego umiejętnościach analitycznego podejścia do takiego opracowania. Jeżeli Wykonawca wie jak określony materiał przygotować, jest w stanie wycenić, czy konieczne będzie poszukiwanie dodatkowych materiałów źródłowych celem realizacji zobowiązania umownego.

Pkt 2.1.2.2.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący koncentruje się na ogólnych twierdzeniach o niemożliwości wyceny przedmiotu zamówienia, konieczności udostępnienia przez Zamawiającego dodatkowych materiałów, jednak nie wskazuje przyczyn dla tak prezentowanego stanowiska. Przedstawiając własną listę dokumentów Odwołujący zaniechał uzasadnienia prezentowanego stanowiska, ograniczając się do ogólnych twierdzeń, że „doprecyzowanie pewnych kwestii jest konieczne, gdyż ma duży wpływ na wycenę pracy”. Takiego przedstawienia problemu nie można uznać za uzasadnienie.

Co do momentu przekazania materiałów przez Zamawiającego, to termin „niezwłocznego przekazania” po podpisaniu umowy nie nastręcza zbyt wielu problemów interpretacyjnych. Pojęcie „niezwłocznie” jest bogato zinterpretowane w doktrynie

i orzecznictwie prawa cywilnego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II CSK 293/06, LEX nr 453147 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2011 r., sygn. akt III CSK 282/10, LEX nr 898707), często używane przez ustawodawcę (choćby art. 455 kodeksu cywilnego). „Niezwłocznie” oznacza obowiązek spełnienia świadczenia bez zbędnej zwłoki. Innymi słowy, mowa o realnym terminie, uwzględniającym okoliczności miejsca i czasu. Co do poszczególnych dokumentów dostrzeżenia wymaga, iż:

1) Trasowania linii kolejowych: konieczność udostępnienia dokumentu nie została

w żaden sposób uzasadniona. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie zauważył, iż aktualne koncepcyjne, ogólne schematy przebiegu tras są dostępne na stronach internetowych CPK.

2) Pasażerski Model Transportowy: Zamawiający udostępnił model w podziale na 2800 rejonów, gdyż takie opracowanie posiada. Okoliczność, że zazwyczaj Wykonawcy posiadają licencje na niższą liczbę rejonów (około 1000) nie jest powodem, dla którego Zamawiający powinien dostosować posiadane opracowanie. Jeżeli dany Wykonawca nie posiada odpowiedniej liczby licencji, ich zakup w odpowiedniej wielkości może ująć w cenie ofertowej. Nie powoduje to natomiast nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, która obciąża Zamawiającego.

3) Dobre praktyki AKK: Odwołujący nie wykazał, że udostępnienie dokumentu powinno nastąpić na wcześniejszym etapie, nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego, że opracowanie nie jest potrzebne przed rozpoczęciem etapu III. Izba uważa, że udostępnienie dokumentu na 90 dni przed zakończeniem etapu II stanowi dla Wykonawcy wystarczający czas na zapoznanie się z jego treścią. Odwołujący nie wytłumaczył również w jaki sposób brak dokumentu lub w zasadzie jego udostępnienie w etapie późniejszym po podpisaniu umowy przekłada się na niemożliwość wyceny świadczenia ofertowego. Ponadto przykładowe dokumenty o podobnym charakterze dostępne są na stronie internetowej Zamawiającego.

4) Standardy Techniczne Instytutu Kolejnictwa: zidentyfikowanie różnic między dokumentami polskojęzycznym a hiszpańskojęzycznymi jest obowiązkiem Wykonawcy. Takie ukształtowanie obowiązków nie stanowi ani świadczenia o charakterze nadmiernym, czy też niemożliwego do spełnienia. Nie wiedzieć czemu Odwołujący chciałby by Zamawiający wyręczał Wykonawcę. Natomiast co do podstaw zmiany wynagrodzenia

w przypadku uwzględnienia zmian w standardach została przez Zamawiającego określona

w § 19 wzoru umowy.

5) Mapy PODGIK i KODGIK: po pierwsze dostrzeżenia wymaga, iż punkt ten nie został w żaden sposób przez Odwołującego uzasadniony. W tabeli zawierającej uzasadnienie zarzutów odwołania próżno szukać uzasadnienia odnoszącego się do przekazania map. Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, istnieje możliwość samodzielnego pozyskania map przez Wykonawcę z odpowiednich zasobów geodezyjnych, jeżeli uważa on, iż materiały te są mu niezbędne do oszacowania ceny ofertowej. Jeżeli zaś mowa o realizacji przedmiotu zamówienia, to Odwołujący nie polemizował, że mapy będą konieczne do wykonania świadczenia dopiero w etapie II. Co do dodatkowego wynagrodzenia, to w ocenie Izby można w wycenie przyjąć i założyć z góry, że konieczne będzie pozyskanie dodatkowej puli materiałów, w tym map i taki element ująć w cenie oferty. Działania Zamawiającego nie stanowią ryzyka niemożliwego do identyfikacji i wyceny.

Pkt 2.3.1. i Pkt 2.3.4

Zarzuty opierające się na przewidzeniu przez Zamawiającego zwiększenia wynagrodzenia w przypadku potrzeby ujęcia w opracowaniu ustaleń inwentaryzacji przyrodniczej oraz zwiększenia wynagrodzenia w przypadku konieczności uwzględnienia informacji otrzymanych od strony czeskiej w ogóle nie posiadają uzasadnienia merytorycznego, są one wewnętrznie puste. Odwołujący nie poddał analizie powyższych zagadnień, w jaki sposób otrzymanie w terminie późniejszym powyższych informacji może wpłynąć na zakres przedmiotowy umowy do wykonania, ile czasu potrzebne będzie na dokonanie korekt i czy rzeczywiście może się to przełożyć na konieczność zwiększenia wynagrodzenia, takie zaś sformułowanie zarzutu uniemożliwia Izbie jego uwzględnienie. Umknęło uwadze Odwołującego, iż elementy przedmiotu zamówienia, które spowodują konieczność wykonania dodatkowych opracowań, czy aktualizacji w dużej mierze opracowań już istniejących i zrealizowanych, mogą zostać wycenione w oparciu o postanowienia § 19 wzoru umowy.

Pkt 4.2.2. i Pkt 4.3.2.

Zarzuty nie potwierdziły się. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że obowiązek doszczegółowienia modelu w obszarze prognozy ruchu pieszego narusza przepisy prawa

i ustawy Pzp. Nie wskazano także jaką regulację ustawy Pzp powyższy zapis narusza.

Z pewnością nie można uznać za argument przemawiający na korzyść też Odwołującego okoliczności, że opracowanie takiej analizy jest pracochłonne i kosztotwórcze. Oznacza to, że jest to świadczenie możliwe do wykonania, a także przede wszystkim do wyceny. To nie Odwołujący decyduje jakiego rodzaju opracowania są konieczne dla uznania kompletności opracowania przez Zamawiającego i jakie opracowania w przyszłości okażą się przydatne do wykonania inwestycji. Ryzyko zaangażowania do wykonania określonego opracowania większego zespołu ekspertów, wykonania dodatkowych badań i analiz oraz koszty wykonania tych czynności stanowią ryzyka wymiennie możliwe do wyceny i ujęcia w ofercie.

W zakresie żądania wprowadzenia do OPZ zapisu, iż można odstąpić od analiz, jeżeli w wyniku pandemii COVID-19 rezultaty tych działań nie będą mogły być uznane za miarodajne, być może w części zasługiwałby na uwzględnienie, jednakże odwołanie w tym zakresie nie zawiera jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej. Dopiero na rozprawie Odwołujący i Przystępujący próbowali odwoływać się do metodologii wykonywania przedmiotowych analiz i przyjętych zasad uśredniania wyników takich analiz, gdzie w sytuacji panowania pandemii analiza ruchu pieszego z uwagi na wprowadzone ograniczenia w przemieszczaniu się może okazać się niemiarodajna. Trudno jednak poszukiwać takiej argumentacji w odwołaniu, zatem stanowisko prezentowane dopiero na rozprawie jest spóźnione, zaś Izba orzeka w ramach okoliczności jednoznacznie wskazanych

w rozpoznawanym środku zaskarżenia. Poza tym zdaniem Izby Odwołujący nieprawidłowo sformułował żądanie, nie wskazał bowiem, kto (czyli jaki podmiot) miałby potwierdzić miarodajność lub niemiarodajność wyników analizy. Być może właściwym byłoby przewidzenie jakiegoś mechanizmu kontroli dokonanych analiz lub też odwołania się do danych statystycznych ale takiego żądania nie wskazano w odwołaniu. Biorąc zaś pod uwagę obecne brzmienie przepisów ustawy Pzp, Izba nie może nakazać wprowadzenia do wzoru umowy postanowienia o określonej treści (art. 554 ust. 6 nPzp). Słusznie również podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że kalibracja wykonanych modeli jest zgodna ze sztuką wykonania podobnych analiz. Wykonawca może zatem w podstawach takiego opracowania odnieść się do czynników nadzwyczajnych, takich jak pandemia i wskazać, że czynniki te mogą przekładać się na wyniki badania. Z pewnością można również uzyskać i odnieść się do innych dostępnych opracowań, które wykonywane były w okresie niewystępowania zdarzeń o charakterze nadzwyczajnym.

Pkt 4.2.6.

Odwołujący postulował wprowadzenie do OPZ maksymalnej liczby iteracji.

Przed wszystkim zauważyć należy, iż zapis kwestionowanego punktu został zmieniony po wniesieniu odwołania. Zamawiający dokonał zmiany zapisu przewidując, że konieczne jest założenie wykonania co najmniej jednej iteracji. Dokonując oceny zasadności zarzutu, wobec brzmienia art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę fakt, że doszło do zmiany zapisów OPZ, a kwestionowany zapis w odwołaniu odnosi się do brzmienia historycznego SIWZ. Nie jest więc możliwe stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec zdezaktualizowanych zapisów SIWZ. Jedynie na marginesie można podkreślić, że za właściwe podejście należy uznać wyznaczenie zakresu minimalnego do wyceny (czyli co najmniej jednej iteracji), natomiast określenie maksymalnej liczby iteracji byłoby nadmiernym wpływaniem na koncepcyjną pracę danego Wykonawcy i wydaje się raczej nieuzasadnionym ograniczeniem.

Pkt 4.4.1.

Izba stwierdziła, iż dane postanowienie nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący ponownie próbuje natomiast wprowadzić do OPZ przesłankę warunkującą zmianę wynagrodzenia, w sytuacji gdzie zajdzie konieczność dostosowania opracowań do wyników innych opracowań lub dodatkowych pozyskanych dokumentów. Odwołujący nie podaje jednak podstaw prawnych swoich żądań, zwłaszcza biorąc pod uwagę okoliczność ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. W takiej sytuacji nic nie stoi na przeszkodzie, by kalkulując cenę oferty, każdy z Wykonawców założył, iż wykonane opracowania będą wymagały dodatkowej analizy, dostosowania, uaktualnienia i powyższe wycenił.

Pkt 4.4.3.3.

Zarzut podlegał oddaleniu. Odwołujący postulował, by ocena stanu technicznego obiektów inżynierskich i inżynierskich dotyczyła tylko wariantu preferowanego trasowania linii kolejowej.

Izba nie podziela takiego zapatrywania na wykonanie przedmiotu zamówienia. Skład orzekający zgadza się z argumentacją Zamawiającego, iż istotą wyboru wariantu preferowanego jest choćby ocena kosztów do poniesienia w związku ze stanem technicznym obiektów w przypadku każdego z możliwych wariantów, co umożliwi wybór wariantu optymalnego, z uwzględnieniem wszystkich kosztów do poniesienia na jego realizację. Ocena stanu technicznego obiektów może więc mieć kluczowe znaczenie dla wyboru wariantu preferowanego. Wybór wariantu preferowanego stanowi ostatnią fazę realizacji zobowiązania umownego. Nieznajomość kosztów dla innych możliwych przebiegów tras można nawet w ocenie Izby uznać, za niezgodność wykonania opracowania z przyjętą przez Zamawiającego metodyką pracy przy wykonaniu koncepcji.

Ponadto Izba ponownie musi zauważyć, iż postulowane zapisy nie zawierają jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej przemawiającej za zasadnością zarzutów. Zdaje się, że Odwołujący wnioskuje o dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia do jego własnych preferencji, nie odnosząc się do przepisów ustawy Pzp, to jednak po stronie Zamawiającego spoczywa obowiązek wyrażenia uzasadnionych potrzeb i przełożenia ich na zapisy OPZ. Konieczność wykonania oceny stanu technicznego dla wszystkich wariantów nie można uznać za obowiązek o charakterze nadmiernym, a już z pewnością nie można uznać, że jest to ryzyko, którego wystąpienia i zakresu nie można oszacować.

Pkt 4.4.11

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący wnosił o określenie sposobu wyceny nieruchomości w OPZ. Co do zasady Izba podziela stanowisko wyrażone

w odpowiedzi na odwołanie, że narzucenie Wykonawcy zasad wyceny nieruchomości gruntowych przy założeniach koncepcyjnego charakteru opracowania uznać należy za niewłaściwe, to zaś oznacza, że opis przedmiotu zamówienia w tej części nie narusza żadnych przepisów ustawy Pzp, a przynajmniej takich przepisów lub zasad Odwołujący nie wskazał. Na gruncie obecnego kształtu postanowień OPZ, to Wykonawca odpowiada za wybór metody wyceny, uwzględniając możliwości prawne co należy oszacować

i skalkulować w cenie ofertowej. Jedynie sposób prowadzenia wyceny ma zostać uzgodniony z Zamawiającym z 30 dniowym wyprzedzeniem w stosunku do harmonogramu jej wykonania.

Izba nie podziela natomiast stanowiska Zamawiającego, które przedstawiono

w dalszej części pisma procesowego w ramach zarzutu, mianowicie, iż Zamawiający oczekuje pozyskania niezbędnego personelu – rzeczoznawcy majątkowego, posiadającego niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie składu orzekającego Izby wymaganie to (dysponowania rzeczoznawcą majątkowym) z zapisów kwestionowanego punktu nie wynika a posiada raczej charakter życzeniowy. Ponadto, gdyby tak odczytywać zapisy SIWZ, to stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony bowiem wskazuje on, że Wykonawca ma dowolność w ustaleniu metody wyceny, z drugiej zaś strony narzuca się mu obowiązek jej wykonania tylko przez osobę posiadającą uprawnienia.

Uzgodnienie sposobu wykonania wyceny zdaniem Izby nie oznacza, że Zamawiający może narzucić lub żądać zmiany wybranej metody. Przy czym przez wybór metody Izba rozumie sporządzenie wyceny przez osobę posiadającą uprawnienia lub osobę nie posiadającą takich uprawnień. Natomiast sposób wykonania wyceny odnosić należy do czynności organizacyjnych, niezbędnych do przeprowadzenia samego procesu wyceny, uzgodnienie kolejności, ram prowadzenia procesu, itp.

Końcowo dostrzeżenia wymaga, iż uzasadnienie tabelaryczne nie zawiera jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej Odwołującego odnośnie do przedmiotowego zarzutu. Po raz kolejny więc sposób sformułowania zarzutu pozbawia Izbę możliwości zapoznania się z powodami, które motywowały Odwołującego do żądania modyfikacji dokumentacji postępowania, zatem ten istotny brak odwołania powoduje, że zarzut nie mógł zostać przez skład orzekający uwzględniony.

Pkt 4.4.12

Izba zauważa, że przyjętym w doktrynie i judykaturze przedmiotu jest stanowisko, z którym zgadza się skład orzekający, iż Zamawiający ma prawo ukształtować opis przedmiotu zamówienia według uzasadnionych potrzeb własnych oraz zakładanego celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący tymczasem postuluje, by obowiązki uzgodnieniowe z PKP PKL wykonał za Wykonawcę sam Zamawiający, jedynie przy wsparciu Wykonawcy.

Po pierwsze, zbiorcza argumentacja ujęta w załączniku nr 2 do odwołań nie zawiera wyjaśnienia, dlaczego taki opis przedmiotu zamówienia i sposób określenia obowiązków Wykonawcy jest nieproporcjonalny, niezgodny z przepisami ustawy Pzp, czy też narusza interesy Wykonawców. Nie wyjaśniono ani w odwołaniu, ani na rozprawie (poza szczątkową argumentacją, że PKP PKL nie jest organem administracji publicznej i nie wiąże go terminy określone w przepisach KPA w przypadku uzyskania uzgodnień), dlaczego to Zamawiający miałby prowadzić uzgodnienia, skoro autorem koncepcji, najlepiej znającym jej założenia

i potrzeby merytoryczne będzie właśnie Wykonawca. Nie wiedzieć też czemu Odwołujący

z góry zakłada złą wolę podmiotów trzecich, co prowadzić ma do przedłużania terminu uzyskania uzgodnień a co skutkować może obowiązkiem zapłaty przez Wykonawcę kar umownych. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, odpowiedzialność Wykonawcy zostaje wyłączona w przypadku, gdy zwłoka (a nie opóźnienie) wynika z przyczyn, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. O ile jeszcze zrozumiiałym wydaje się, założenie, że czas uzyskania uzgodnień nie wlicza się do czasu realizacji przedmiotu zamówienia (co *de facto* wynika z zapisów o braku odpowiedzialności Wykonawcy w przypadku zwłoki podmiotów trzecich), o tyle całkowicie niezrozumiałym jest dla Izby żądanie, by konieczność wprowadzenia zmian po uzgodnieniach stanowiła przesłankę zwiększenia wynagrodzenia. Sama okoliczność przeprowadzenia uzgodnień jest ryzykiem znanym i opisanym w SIWZ, możliwym więc do wyceny. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można również założyć, że może dojść do sytuacji, w której stan uzgodnień wpłynie na kształt koncepcji. Takie ryzyko zatem również może zostać przewidziane na etapie ustalenia ceny ofertowej.

Pkt 7.1.

Zarzut oddalono. W odwołaniu wnioskowano o ustalenie liczby hektarów mapy terenów otwartych i zamkniętych.

Ponownie dostrzeżenia wymaga, iż zarzutu nie konstruuje przytoczenie podstawy prawnej i postanowień OPZ.

Odwołujący winien wykazać, w jaki sposób działania, czy też w tym przypadku zaniechania Zamawiającego stoją w sprzeczności z zasadami opisu przedmiotu zamówienia wyznaczonymi przez przepisy ustawy Pzp. Tymczasem w przypadku punktu 7.1 brakuje jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego zarzutu,

a przebieg rozprawy pokazał, iż *de facto* Odwołujący nie kwestionuje niepodania ilości hektarów do wyceny, ale właśnie samą metodę wyceny, wskazując, iż obejmuje ona znaczny obszar, o różnych uwarunkowaniach czy to geograficznych, czy też społecznych

i Zamawiający powinien dookreślić pewne elementy. Niestety żadnego z tych argumentów nie można znaleźć w odwołaniu.

Jeżeli zaś chodzi o przyjęcie ilości hektarów do wyceny, to Wykonawca zna teren, na którym wykonywane będą prace, wie jaki obszar objęty będzie przedmiotem analizy

i samodzielnie może poczynić pewne ustalenia. W zasadzie potwierdzeniem tego stanowiska są wyciągi z map złożone na rozprawie przez Przystępującego Multikonsult. Z materiałów tych niezbicie wynika, że Odwołujący umie doskonale określić obszar objęty pracami, ale

z uwagi na jego zróżnicowanie uważa, że Zamawiający powinien zawęzić opracowanie, ponieważ taki opis będzie generował znaczne koszty. Z tak ujętego problemu nie wynika, by opis przedmiotu zamówienia zawierał jakieś błędy, był niepełny, czy niezgodny z przepisami których naruszenie zarzucono Zamawiającemu w odwołaniu.

Pkt 8.5.4 i Załącznik nr 5 do OPZ (KIO 89/21) oraz Pkt 8.4.4. i Załącznik nr 5 do OPZ (KIO 90/21).

Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia dla Rozdziału VI – termin realizacji przedmiotu zamówienia, które pozostaje także adekwatne

w zakresie obecnie omawianych punktów OPZ.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił żądania przedłużenia terminów realizacji dla poszczególnych etapów. Wykonawca nie przedstawił harmonogramu, z którego wynikałoby, że rzeczywiście założenia przyjęte przez Zamawiającego są nierealne.

Nie przedstawiono dowodów, z których wynikałoby, że terminy realizacji zakresu zbliżonego do przedmiotowego są znacząco dłuższe niż zakładane w tym postępowaniu, podczas gdy Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał szereg postępowań prowadzonych przez PKP PKL, gdzie zakładano podobne czasookresy poszczególnych etapów. Ogólne dywagacje Odwołującego o nierealności założeń przyjętych przez Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy uznania zasadności zarzutu i stwierdzenia naruszenia prawa przez Zamawiającego.

Załącznik nr 3 – Wzór umowy

Tytułem wprowadzenia do problematyki kontroli postanowień wzorców umownych

w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia wysokości kar umownych i zasad ich naliczania, godzi się przypomnieć, że zasada swobody kontraktowania, której naruszenia - w przekonaniu Odwołującego - miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Zamawiający jest zazwyczaj uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Nadrzędna pozycja zamawiającego

w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (tak ustawa o finansach publicznych), oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie a realizujące zazwyczaj interes publiczny odnoszący się do ogółu społeczeństwa. Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta - strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu. Tymczasem odwołanie będące podstawą do wydania niniejszego orzeczenia przez Izbę odnosząc się do ustalonych wzorów umownych w dużej mierze przyjęło charakter negocjacyjny. Odwołujący w zasadzie ograniczał się do przedstawienia propozycji brzmienia poszczególnych elementów umowy, nie uzasadniając dlaczego jego propozycje gwarantować mają „lepsze, właściwsze” wykonanie umowy. W żadnym praktycznie zarzucie nie wskazano, dlaczego i jak Zamawiający narusza przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

LP. 1 tabeli - § 4 ust. 1

Co do terminów realizacji poszczególnych etapów Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną przy omawianiu zarzutów dotyczących wydłużenia terminów ujętą we wcześniejszej fragmentach niniejszego uzasadnienia.

LP 5 tabeli - § 6 ust. 1, ust. 3 pkt 2, ust. 4, 5, 6, 8, 10, dodanie ust. 11

W ocenie Izby zarzuty nie potwierdziły się i podlegały oddaleniu.

Ust. 1 – Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. Odbiory Przedmiotu Umowy dokonywane mają być w poszczególnych etapach, a kary umowne zastrzeżone na tę okoliczność mają funkcję prewencyjną i odstraszącą. Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał modyfikacji procedury odbiorowej w § 6 ust. 4 i 5. Zamawiający przewidział fazę odbioru właściwego wyznaczając 4 dni na jej przeprowadzenie. Zamawiający przewidział także swoiste pododbiory w ramach Grup roboczych, gdzie wzajemne uzgodnienia partnerów umowy pozwolą usunąć stwierdzone niedoskonałości dokumentacji przed zgłoszeniem jej do odbioru końcowego w ramach danego Etapu. Taka procedura pozwala na bieżący monitoring prac, bez narażania stron umowy na przedłużanie procedury odbiorowej w ramach etapów. Wobec zmian wprowadzonych przez Zamawiającego, podnoszona przez Odwołującego argumentacja jest nieaktualna. Terminy odbioru prac zostały określone przez Zamawiającego w zmienionych regulacjach w § 6 ust. 4 i 5.

W ocenie Izby jednostkowe wyłączenie kar umownych przy poszczególnych postanowieniach Umowy nie koresponduje z jej całokształtem, w tym z § 9 dotyczącym kar umownych. Kary naliczane będą za konkretne zawinienia tam wskazane i dopiero w sytuacji ziszczenia się okoliczności są referowane do reszty postanowień Umowy. Zgodzić się należy

z Zamawiającym, że tworzenie definicji negatywnych przy poszczególnych paragrafach powoduje chaos i stawia poszczególne paragrafy ze sobą w sprzeczności. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, w nowo dodanym postanowieniu § 19 ust 3 pkt 11 Umowy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie terminów realizacji, w przypadku przedłużających się odbiorów, co w sposób dodatkowy i wcześniej niezaplanowany zabezpiecza wykonawcę.

Ust. 3 pkt 2 – w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Zdaniem Izby niezasadne jest żądanie Odwołującego dotyczące modyfikacji zapisów dotyczących Protokołu Odbioru Końcowego „bez wad istotnych”. Należy podkreślić, że Etap odbioru końcowego potwierdza wykonanie dzieła w całości, zgodnie z założeniami i wymaganiami. Wymóg Zamawiającego, aby przedmiot zamówienia nie zawierał żadnych wad ani nie jest wymogiem nadmiernym, ani niemożliwym do wykonania przez wykonawcę. Zamawiający przewidział możliwość dokonania odbioru bez wad istotnych w ramach poszczególnych etapów, a więc założyć można, że na końcowym etapie odbiorowym nie powinna wystąpić sytuacja wad istotnych. W przypadku wad nieistotnych, Zamawiający we wzorze umowy określił definicję pojęcia „wady”. Izba podziela argumentację Zamawiającego, iż końcowo może on żądać oddania dzieła – opracowania bez żadnych wad, ponieważ taki jest cel wykonania opracowania.

Ust. 4 – W ocenie Izby zarzut podlega oddaleniu. Izba wskazuje, że zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie wzoru umowy zostało przez Zamawiającego zmienione po złożeniu odwołania. Dokonując oceny podniesionych zarzutów Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę fakt, że doszło do zmiany treści skarżonych postanowień, bowiem wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Powoduje to, że nie jest możliwe stwierdzenie naruszenia przepisów prawa co do treści postanowień wzoru umowy, która się dezaktualizowała lub których to postanowień w IDW już nie ma, z czym mamy do czynienia w stosunku do omawianego postanowienia. Ocena zasadności żądania dokonania zmiany zapisów wzoru umowy dokonywana przez Izbę w takiej sytuacji musiałaby albo opierać się na już nieistniejących bądź częściowo zmodyfikowanych postanowieniach, albo odnosić się do nowych postanowień wzoru umowy, których z kolei wykonawcy - wobec daty dokonania modyfikacji - nie mieli możliwości objąć zakresem zaskarżenia w rozpoznawanym obecnie przez Izbę odwołaniu i wobec których przysługiwało im prawo do wniesienia odrębnego odwołania. Zamawiający dokonując zmiany przewidział, że możliwa będzie zmiana terminu, stosownie do zakresu zmiany do wprowadzenia

w dokumentacji. Tymczasem propozycja Odwołującego koncentrowała się na wprowadzeniu sztywnego terminu, niezależnie od zakresu zmian w dokumentacji. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ustalenie procedury o bardziej elastycznym przebiegu, umożliwiającym dopasowanie czasu do zakresu zmian dokumentacji wydaje się podejściem właściwym, dającym każdej ze stron umowy możliwość odpowiedniej reakcji na zaistniałą sytuację.

Ust. 5 – jak już zaznaczono w uzasadnieniu, Zamawiający finalnie powinien otrzymać dzieło bez jakichkolwiek wad, natomiast odbiór bez wad istotnych możliwy jest w ramach poszczególnych etapów. W ocenie składu oceniając zapisy przedmiotowej umowy nie do końca adekwatne wydaje się porównywanie finalnego efektu prac Wykonawcy do realizacji obiektu przy wykonaniu robót budowlanych. Końcowo opracowanie stanowić ma bazę wyjściową dla innych opracowań, w tym do prac projektowych i budowlanych. Trudno wyobrazić sobie, by inne podmioty polegały na opracowaniu analitycznym, które zawiera błędy. Niweczy to raczej sens powstania takiego opracowania, a Zamawiającego naraża na fiasco całego przedsięwzięcia inwestycyjnego.

Ust. 6 – w ocenie Izby zarzut podlega oddaleniu. Odwołujący żądał wyłączenia czasu procedury odbiorowej z czasu realizacji umowy. Izba nie podziela takiego podejścia do realizacji zobowiązań umownych. Przedstawienie „produktu” umożliwiającego jego ostateczny odbiór należy do obowiązków umownych Wykonawcy i nie ma podstaw, by z tego obowiązku uzyskał on zwolnienie. Propozycje Odwołującego mogą spowodować niczym nieuzasadnione przestoje w ramach poszczególnych etapów i bez powodu wydłużać końcowy termin realizacji zobowiązania.

Ust. 8 – W ocenie Izby zarzut podlega oddaleniu. Podkreślano już w niniejszym uzasadnieniu, że Zamawiający ma otrzymać ostatecznie dzieło bez wad. Eliminacji wad istotnych służą regulacje procedury odbiorowej przewidziane dla odbiorów częściowych

w ramach etapów. Natomiast stwierdzone wady o charakterze mniej istotnym mogą być przez Wykonawcę usunięte do

zakończenia odbioru końcowego. Jest to w ocenie składu procedura klarowna, nie wstrzymująca prac w poszczególnych etapach, a ostatecznie prowadząca do otrzymania dzieła bez wad.

Ust. 10 – w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Żądanie powiązane było z żądaniem wykreślenia płatności za etap

końcowy ujętej w § 5 wzoru umowy, a te zarzuty zostały cofnięte przez Odwołującego.

Dodanie ust. 11 – Izba podziela stanowisko, że brzmienie proponowanego zapisu zawiera w sobie niedookreślone sytuacje niewynikające z umowy, których potencjalnie dopatruje się Odwołujący. Jednym z obowiązków Zamawiającego jest dokonanie odbioru, czynność ta nie została określona w sposób warunkowy. Ponadto umowa przewiduje kary za zwłokę a sam Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za zaniechania osób trzecich. Ostatecznie możliwe jest także odwołanie się do zasad norm podstawowych wynikających z kodeksu cywilnego i braku wywiązywania się strony umowy z zobowiązań wzajemnych. Dodatkowo

w § 19 ust. 3 wzoru umowy przewidziano możliwość zmiany umowy w przypadku przedłużania się procedury

odbiorowej.

LP 6 tabeli - § 7 ust. 1

Izba wskazuje, że rzeczą oczywistą jest to, iż przedmiot zamówienia musi być aktualny na moment jego oddania Zamawiającemu. Przedmiot zamówienia, który jest niezgodny z przepisami prawa czy wymaganiami technicznymi nie spełnia celu, w jakim prowadzone jest postępowanie. Stąd też zakwestionowana przez Odwołującego klauzula jest, zdaniem Izby, zgodna z przepisami prawa. Zamawiający określił w jakim zakresie wymagał będzie aktualizacji, to jest do zapewnienia zgodności z prawem i spójności przedmiotu umowy. W ocenie Izby, w sytuacji, gdy pojawiają się okoliczności nowe,

o charakterze nadzwyczajnym, które nie były znane wykonawcy na etapie zatwierdzania poszczególnych etapów, a takie okoliczności spowodują konieczność przedłużenia prac analitycznych i zwielokrotnią ich zakres, spowoduje to możliwość wystąpienia o przedłużenie terminu realizacji zamówienia czy wynagrodzenia, a sytuacja taka jest uregulowana postanowieniami zawartymi w § 19 wzoru umowy. Natomiast konieczność aktualizacji opracowania do momentu zgłoszenia dzieła do odbioru końcowego możliwa jest do wyceny w ofercie. Wykonawca ma wiedzę ile będzie trwała umowa, może, jako profesjonalista wykonujący opracowania o zbliżonym charakterze, bazując na własnym doświadczeniu zawodowym, założyć z jakim prawdopodobieństwem w okresie wykonywania umowy dojdzie do zmian uwarunkowań prawnych w dziedzinach powiązanych z przedmiotem opracowania i takie ryzyko wycenić w cenie oferty.

LP 8 tabeli - § 9 dodanie ust. 11

Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że brak przyznania wykonawcy prawa naliczania kar umownych z tytułu uchybień Zamawiającego stanowi rażące wykorzystanie dominującej pozycji. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga,

iż Odwołujący nie wskazał do jakiego wzorca stosunków kontraktowych się odwołuje posługując się pojęciem wykorzystania pozycji dominującej. Pozycja dominująca to pojęcie używane na gruncie przepisów odnoszących się do ochrony konkurencji i konsumentów. Oznacza ona pozycję danego, która pozwala mu na zniekształcenie skutecznej na rynku właściwym, umożliwiając zachowanie się

w sposób niezależny od swoich, a w konsekwencji konkurentów. Jest to pozycja, która z powodu udziału w rynku danego podmiotu, dostępem do wiedzy technicznej, surowców i powoduje, że może ono wyznaczać ceny lub kontrolować produkcję, bądź dystrybucję innych produktów. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie określił

w odwołaniu co rozumieć należy pod pojęciem rynku właściwego, ani jakie zachowania Zamawiającego powodują, iż buduje on swoją przewagę z zaprzeczeniem reguł uczciwej konkurencji. Jeżeli za rynek właściwy przyjąć należało rynek usług projektowych, to w ocenie Izby usytuowania Zamawiającego na danym rynku usług projektowych, analitycznych w żadnym razie nie można uznać za pozycję dominującą. Gdyby tak było, Zamawiający nie musiałby organizować przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

i przewidziany do realizacji zakres analizy i koncepcji wykonałby siłami zasobów własnych. Tymczasem właśnie Zamawiający poszukuje na danym rynku podmiotów, które zapewnią mu wykonanie określonych analiz w sposób, który pozwoli na realizację zamierzonego celu. Innego rozumienia używanego w odwołaniu pojęcia Odwołujący nie wskazał.

Następnie zauważyć należy, iż możliwość jednostronnego zastrzeżenia kary umownej jest, w ocenie Izby, powszechną praktyką w stosunkach gospodarczych. Pełni ona funkcję stymulacyjną i prewencyjną jako narzędzie wpływu na wykonawcę w ramach realnego wykonania zobowiązania zgodnie z założeniami umownymi łączącymi strony. Nie może budzić wątpliwości, że przedmiot umowy dotyczy obowiązku wykonania przez wykonawcę określonego opracowania, a z drugiej strony zakres zobowiązań Zamawiającego jest ograniczony. Zdaniem Izby ogólne regulacje kodeksu cywilnego połączone z umownym uregulowaniem sposobu wykonania obowiązków przez Zamawiającego zabezpieczają interes wykonawcy i nie potwierdzają nadużywania przez Zamawiającego pozycji ustalającej zapisy przyszłej umowy. Nie ma żadnego przepisu prawa zobowiązującego do symetrycznego uregulowania prawa do naliczenia kar umownych. W sytuacji zaś, gdy Zamawiający w jakiś sposób uchybi realizacji nałożonych w umowie na niego obowiązków,

a okoliczność ta będzie miała wpływ na realizację zobowiązań umownych przez wykonawcę, to Zamawiający nie ma prawa w takiej sytuacji naliczać kar umownych. Należy podkreślić, że umowa to zobowiązanie dwustronne, które podlega regulacjom kodeksu cywilnego. Strony dążą do realizacji wspólnego celu określonego w umowie. Wyrażona w art. 354 § 2 kodeksu cywilnego w powiązaniu z § 1 zasada współdziałania stron umowy przy wykonaniu zamówienia oznacza, że również Zamawiający powinien dbać o realizację zamówienia zgodnie z jego celem i zasadami współżycia społecznego, z dołożeniem do tego ustalonych zwyczajów jako źródła prawa funkcjonującego w zobowiązaniach, a jego ewentualne uchybienia w tym zakresie i ich negatywne skutki nie mogą obciążać wykonawcy.

W przypadku zaś uchybień Zamawiającego w realizacji swoich obowiązków, wykonawcy przysługuje szereg praw wynikających z kodeksu cywilnego, z których może skorzystać w celu ochrony swojej pozycji kontraktowej.

LP 11 tabeli - § 12 ust. 2, ust. 10, ust. 11

Ust. 2 - Izba podkreśla, że to w gestii wykonawcy leży usunięcie wad w stwierdzonej dokumentacji, czy to wad istotnych czy nieistotnych. Zamawiający doprecyzował moment rozpoczęcia okresu rękojmi dotyczący Wad Istotnych i Wad. Obiektywnie możliwym,

ale i zasadnym momentem usunięcia wszystkich Wad Przedmiotu Umowy jest właśnie etap odbioru końcowego i nie sposób uzależnić go wyłącznie od braku stwierdzenia Wad Istotnych. Etap końcowy wyraża zgodność dzieła z wymaganiami Zamawiającego oraz wymaganego dla przedmiotu umowy poziomu jakości. Ponadto Izba podkreśla, iż dla przedmiotowego zarzutu brak szczegółowego uzasadnienia do wprowadzenia zmian w zapisach umowy.

Ust. 10 – w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący zaniechał uzasadnienia dlaczego zapis powinien zostać usunięty w całości. Kwestionowany zapis znajduje się

z w § 12 wzoru Umowy, który dotyczy zasad rękojmi i gwarancji. Postanowienia tego punktu określają uprawnienia Zamawiającego wynikające z korzystania z gwarancji czy rękojmi.

Z zapisu wynika, iż Wykonawca powinien w miarę możliwości uwzględnić przy realizacji zobowiązań gwarancyjnych zgłoszonych przez Zamawiającego jego wytyczne i instrukcje. Nie oznacza on natomiast, że w okresie rękojmi i gwarancji Wykonawca będzie musiał dokonywać nieustannych zmian przekazanego opracowania. Wykonanie praw z rękojmi czy gwarancji wiąże się ze stwierdzeniem określonej wady w dokumentacji przekazanej przez wykonawcę. Tą wadę musi wykazać Zamawiający. Nowe okoliczności, które się pojawiają po zakończeniu prac przez Wykonawcę i po

oddaniu dzieła oraz przyjęciu go przez Zamawiającego, np. nowe wytyczne związane z ubieganiem się o dofinansowanie czy nowe przepisy prawa, mające bezpośrednie przełożenie na dokumentację projektową nie mogą być traktowane przez Zamawiającego jako wada przedmiotu zamówienia, uzasadniająca uprawnienie Zamawiającego na podstawie § 12 do wykonania *de facto* nowego przedmiotu zamówienia, bez dodatkowego wynagrodzenia. Okoliczności nowe, mające miejsce po dokonaniu odbioru końcowego, a wpływające na końcowy efekt opracowania przekazanego Zamawiającemu nie mogą być traktowane jako wada. Wykonawca oddaje gotowy produkt

w czasie określonym w harmonogramie. Na czas obioru gwarantuje jego zgodność

z obowiązującymi przepisami. Zgodnie z zasadami wynikającymi z kodeksu cywilnego możliwe jest wskazanie sposobu naprawy zobowiązanemu z rękojmi czy gwarancji i do tych zasad referują zapisy § 12 wzoru umowy.

Ust. 11 – w ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał naruszenia żadnego przepisu prawa przywołanego w treści odwołania. Argumentacja Izby przedstawiona w odniesieniu do ust. 2 powyżej odnosi się również do zmian zaproponowanych przez Odwołującego w ust. 11. Należy podkreślić, że Etap odbioru końcowego potwierdza wykonanie dzieła w całości, zgodnie z założeniami i wymaganiami. Wymóg Zamawiającego, aby przedmiot zamówienia nie zawierał żadnych wad ani nie jest wymogiem nadmiernym ani niemożliwym do wykonania przez wykonawcę. Słusznie również podkreślił w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż rozpoczęcie na nowo biegu gwarancji po dostarczeniu dzieła zamiast dzieła wadliwego jest odzwierciedleniem zapisów kodeksowych, zatem żądanie usunięcia tych zapisów nie znajduje oparcia.

LP 16 tabeli - § 19 ust. 2, dodanie w ust. 2 pkt 7 lit. c- h, dodanie ust. 6

Ust. 2 - Zmiany przeszłej umowy są wyjątkiem od reguły określonej przez ustawę Pzp, to jest niezmienności postanowień umowy w toku jej realizacji. To Zamawiający określa, w jakich sytuacjach, które hipotetycznie mogą mieć miejsce, możliwe jest dokonanie zmian

w umowie. Natomiast co do zasady zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Uwzględnienie żądań Odwołującego spowodowałoby, że zaistnienie pewnych okoliczności, na sztywno wymuszałoby konieczność zmiany umowy, co w ocenie Izby nie odpowiada charakterowi warunkowości zmian, zależnych od czynników przyszłych i na ten moment niepewnych. Zdaniem Izby możliwość zmiany czasu realizacji zamówienia musi podlegać analizie

w konkretnych okolicznościach faktycznych, które mogłoby uzasadniać taką zmianę. Nie jest również tak, że każda okoliczność faktyczna, warunkuje konieczność zmiany umowy. Będzie to miało miejsce w uzasadnionych przypadkach. Zamawiający cennie podkreślał,

że w przypadku zmian terminów z powodu przewlekłości postępowania czy nie wydania decyzji w terminie nie zachodzi konieczność zwiększania wynagrodzenia wykonawcy, bowiem nie wykracza to poza zwykłe ryzyko kontraktowe. Wykonawca nie może otrzymywać dodatkowego wynagrodzenia za realizację obowiązków umownych o charakterze podstawowym, ma również możliwość wyceny określonych ryzyk w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Niewątpliwie można przewidzieć, że określone zmiany mogą mieć miejsce, konieczne będzie ich wykonanie dla utrzymania całości opracowania i podlega to wycenie.

Postulowane przez Odwołującego zmiany do wprowadzenia w ust. 2 pkt 7 mają niedookreślony charakter, posługują się pojęciami nieostrymi, mało precyzyjnymi. Zamawiający przewidział przesłanki zmiany umowy związane z przewlekłością postępowań administracyjnych, sądowych, zasady postępowania w przypadku pojawienia się roszczeń osób trzecich również zostały we wzorze umowy uregulowane.

Ust. 6 – postulowane dodanie przez Odwołującego zapisu o konieczności zwiększenia wynagrodzenia i wydłużenia terminu wykonania opracowania.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący żąda wprowadzenia nieprecyzyjnej i niejasnej klauzuli umownej, uprawniającej wykonawcę do dodatkowego wynagrodzenia

w przypadku konieczności zwiększenia zaangażowania przy realizacji projektu, konieczności przeprowadzenia dodatkowych prac, których zakresu nie można było przewidzieć w OPZ. Takie żądanie jest, zdaniem Izby, niezasadne. Przesłanka na jaką powołuje się Odwołujący dotyczy bliżej nieokreślonych czynności i zakresu rzeczowego OPZ, nie określonego na etapie jego sporządzania. Odwołujący nie wykazał ryzyka wykonania jakichś bliżej niesprecyzowanych dodatkowych prac wynikających z obowiązków nałożonych na wykonawcę. Izba stoi na stanowisku, że brak zaproponowanego przez Odwołującego we wzorze umowy postanowienia, nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż w odwołaniu nie przedstawiono żadnego uzasadnienia dla celu wprowadzenia zmian w proponowanym kształcie. Dostrzeżenia także wymaga, iż jeżeli doszłoby do sytuacji, że w opisie przedmiotu zamówienia nie ujęto jakiegoś zakresu rzeczowego, a ten okaże się niezbędny do wykonania opracowania podstawowego, to mamy do czynienia z nowym zamówieniem albo przynajmniej z zamówieniem dodatkowym. Odwołujący zdaje się nie zauważać, iż w takiej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

w wybranym stosowanie do okoliczności trybie przewidzianym w ustawie Pzp.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołań wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy nPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie: