Sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22, KIO 234/22

WYROK

z dnia 10 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Członkowie: Marek Bienias

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 lutego 2022 r. oraz 8 marca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez Wykonawców:

1. Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - w sprawie oznaczonej sygn. akt:

KIO 226/22 (dalej jako „Odwołujący Thales";

2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 232/22 (dalej jako „Odwołujący Budimex");

3. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - w sprawie oznaczonej sygn. akt: KIO 234/22 (dalej jako „Odwołujący Strabag"),

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

a) wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

b) wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

c) wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

d) wykonawcy Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

e) wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

f) wykonawcy Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 232/22 oraz KIO 234/22 po stronie Odwołujących;

g) wykonawcy AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO 234/22 po stronie Odwołującego,

orzeka:

A.

1. oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt: KIO 226/22);

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Thales Polska Sp. z o.o.;

3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie:

dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

4. zasądza od Odwołującego Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

1. oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt: KIO 232/22);

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;

3. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Budimex

S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

4. zasądza od Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

C.

1. umarza postępowanie odwoławcze oznaczone sygn. akt: KIO 234/22 w zakresie:

a) zarzutu wskazanego w punkcie I.2. odwołania;

b) zarzutu wskazanego w punkcie I.4 odwołania w zakresie, w jakim jego

podstawa faktyczna dotyczyła zaniechania opisu buforu Części Zamiennych;

c) odpowiadającym żądaniu wskazanemu w punkcie 16, 17, 18, 19 i 20 odwołania (strona 5 i 6 odwołania).

2. oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w pozostałym zakresie (w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygn. akt KIO 234/22);

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;

4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

5. zasądza od Odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 226/22, 232/22, 234/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze

świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Tychy - podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Tychy-Most Wisła” (znak postępowania: 9090/IRZ3/00318/00091/22/P). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2022 roku pod nr 2022/S 011-025033.

Dnia 27 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2020, poz. 1129 ze zmianami; dalej jako: „ustawa Pzp”) odwołania złożyli Wykonawcy:

1. Thales Polska Sp. Z o.o. z siedzibą w Warszawie - w sprawie oznaczonej sygnaturą akt

KIO 226/22;

2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 232/22;

3. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 234/22.

KIO 226/22

Odwołujący Thales złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na: „(...) nieprawidłowym ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w zakresie powiązania zamawianych urządzeń z istniejącymi lub będącymi jeszcze w trakcie realizacji urządzeniami

sterowania ruchem kolejowym (srk).”

Mając na uwadze powyższe Odwołujący Thales zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez nałożenie na wykonawcę w pkt. 3.5.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako „PFU”) obowiązku powiązania urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z istniejącymi lub będącymi jeszcze w trakcie dostawy urządzeniami srk na pobliskiej stacji Czechowice-Dziedzice, realizowanymi w ramach zamówienia publicznego

na realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację

robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku podg. Most Wisła - Czechowice-Dziedzice - Zabrzeg (dalej jako „Zamówienie na LOT C”) w sytuacji, gdy:

a. SWZ nie zawiera niezbędnych informacji odnośnie infrastruktury zabudowanej w ramach Zamówienia na LOT C, w tym wymaganej specyfikacji technicznej ww. urządzeń, podczas gdy informacje te są niezbędne do prawidłowego ustalenia sposobu powiązania obecnie zamawianych z urządzeń z istniejącą infrastrukturą, a tym samym zakresu obowiązków wykonawcy w tym zakresie;

b. istniejąca lub będąca w trakcie realizacji infrastruktura powstała w ramach Zamówienia na LOT C jest dostarczana przez spółkę z grupy Alstom/Bombardier (dalej jako „Bombardier”), podwykonawcy Zamówienia na LOT C, wobec czego wyłącznie ten podmiot posiada niezbędną wiedzę odnośnie sposobu zapewnienia skutecznego powiązania obecnie zamawianej infrastruktury z już istniejącą;

c. Zamawiający - na podstawie postanowień umowy w przedmiocie realizacji Zamówienia na LOT C - dysponuje lub przy dochowaniu należytej staranności 3

powinien dysponować dokumentacją pozwalającą opisać przedmiot zamówienia w sposób dostatecznie jednoznaczny w zakresie metody powiązania obecnie zamawianych urządzeń z istniejącą infrastrukturą; w rezultacie czego:

d. przedmiot zamówienia został opisany w sposób nieprecyzyjny, bowiem nie zawiera niezbędnych informacji pozwalających ustalić, w jaki sposób ma zostać zrealizowane powiązanie infrastruktury, a co uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty;

e. przedmiot zamówienia został opisany w sposób ograniczający uczciwą

konkurencję, bowiem niezasadnie wymagane jest dysponowanie informacjami posiadanymi wyłącznie przez Bombardier, przez co opis przedmiotu zamówienia charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez jeden podmiot, a co uniemożliwia lub utrudnia złożenie oferty przez innych wykonawców;

f. warunki zamówienia naruszają zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem faworyzują dostawcę urządzeń dostarczanych na potrzeby realizowanej infrastruktury, tj. Bombardier, przyznając mu przewagę w ramach obecnego Postępowania lub powodując, że inny wykonawca będzie zmuszony nawiązać współpracę z tym podmiotem jako podwykonawcą.

W związku z powyższym Odwołujący Thales wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP:

1. zmiany treści SWZ poprzez udostępnienie dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy systemami sterowania ruchem kolejowym, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C albo wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienia takiego powiązania.

Ponadto Odwołujący Thales wniósł o:

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Argumentując zarzuty podniesione w odwołaniu Odwołujący Thales wskazał, co następuje.

„1. Zamówienie udzielane w ramach Postępowania stanowi element przedsięwzięcia obejmującego realizację infrastruktury sterowania ruchem kolejowym i infrastruktury

teletechnicznej na linii E 65 Będzin - Zebrzydowice, w ramach którego są realizowane lub udzielane zamówienia na poszczególnych odcinkach (zawierających zamówienia na części określone jako LOT A1, LOT A, LOT B, LOT C, LOT D).

2. Zamawiający w 2019 r. zawarł umowę na realizację Zamówienia na LOT C, obejmującego prace na odcinku sąsiadującym z tym, którego dotyczy obecne Postępowanie, i obejmującego m.in. dostawę i zabudowę urządzeń srk na stacji Czechowice-Dziedzice. Wykonawcą tego zamówienia jest Budimex Budownictwo Sp. z o.o., przy czym urządzenia są dostarczane przez Bombardier jako podwykonawcę.

3. Ponieważ sąsiadujące odcinki miały być realizowane w ramach udzielania odrębnych zamówień publicznych, dlatego Zamawiający zasadnie przewidział konieczność zapewnienia odpowiedniej interoperacyjności dostarczanych urządzeń i umożliwienia ich współpracy z infrastrukturą dostarczaną przez innego producenta.

4. Z tej przyczyny w PFU dla Zamówienia na LOT C zawarto następujące postanowienia:

1) „Przedmiotem zamówienia jest Wykonanie projektu wykonawczego oraz realizacja robót budowlanych w warstwie podstawowej (przytorowej) dla LOT-u C Czechowice-Dziedzice, przygotowanie tzw. specyfikacji interfejsów zgodnie z wymaganiami określonymi w WWiORB pkt. 1.1.2 oraz punkcie 3.1.16. niniejszego PFU dla przyszłych systemów srk i telekomunikacji, pozwalających m.in. w przyszłości na realizację LOTów B oraz D, dostarczenie oraz zabudowanie i uruchomienie Systemów, świadczenie Usług gwarancyjnych oraz zamówień opcjonalnych dla tych Systemów obejmujących w szczególności (...)" (str. 25 PFU).

2) „Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować (...)" (pkt 3.1.16, str. 56 PFU). Dowód: PFU dla Zamówienia na LOT C

5. Dla Zamawiającego kluczowe bowiem było zapewnienie, aby infrastruktura nabywana w ramach Zamówienia na LOT C mogła w przyszłości współpracować z urządzeniami dostarczonymi przez innych wykonawców w ramach następnych zamówień dotyczących sąsiadujących odcinków. Rozwiązanie takie nie zdeterminowało przyszłego dostawcy tej infrastruktury, którym w przeciwnym wypadku mógłby zostać wyłącznie Bombardier.

6. Warto też zwrócić uwagę, że obowiązek ten nie dotyczył udostępnienia pełnego know-how dotyczącego urządzeń srk, a jedynie przekazania informacji na temat niektórych parametrów, które mogłyby zostać następnie wykorzystane przez innego wykonawcę w celu opracowania skutecznego powiązania nowej infrastruktury z już istniejącą.

7. Celowość i dopuszczalność tych postanowień była zresztą przedmiotem oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r., KIO 2506/17. Przedstawiona przez Zamawiającego w tej sprawie argumentacja za ich obroną (w kontekście postanowień dotyczących przeniesienia praw autorskich do dokumentacji nabywanych urządzeń) zasługuje na szersze przywołanie, bowiem tłumaczy zamiar, jaki towarzyszył przyjęciu tego rozwiązania: „Zamawiający podkreśla, iż jego zamiarem nie jest uzyskanie praw autorskich majątkowych do samego Interfejsu, lecz do Dokumentacji Interfejsu celem umożliwienia współpracy (powiązania) innych urządzeń z urządzeniami realizowanymi w ramach przedmiotowego Postępowania. Inaczej mówiąc Zamawiający musi wyłącznie posiadać informacje, które zostały wskazane w pkt 3.1.1.3.7 PFU. Te z kolei muszą umożliwić powiązanie systemów wykorzystanych przy realizacji zadania. (...) Zakres żądanej dokumentacji (Dokumentacji Interfejsu) ogranicza się do «specyfikacji warunków koniecznych» umożliwiających współpracę (powiązanie) jednych urządzeń z drugimi. Informacje te są zaś niezbędne do zidentyfikowania, jakie warunki konieczne musi spełniać inny interfejs/urządzenie, który będzie w przyszłości podłączony do urządzenia zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia. (...) Kwestionowane przez

Odwołującego zapisy pkt 3.1.1.3.7 PFU, które nakładają na wykonawcę obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych do Dokumentacji Interfejsów, wprowadzają wyraźny i jednoznaczny wymóg przekazania Zamawiającemu jedynie dokumentacji opisującej, w jaki sposób dostarczone oprogramowanie łączy się z innymi systemami oraz urządzeniami (...). Zamawiający potrzebuje praw autorskich do Dokumentacji Interfejsu, gdyż z dokumentacji tej będzie korzystał w przyszłości. Przede wszystkim musi posiadać prawa do przekazywania Dokumentacji Interfejsu innym podmiotom (wykonawcom, podmiotom obsługującym system sterowania ruchem w celu napraw, konserwacji etc.) w ramach ciążących na Zamawiającym prawnych obowiązków zarządzania liniami kolejowymi w Polsce. (...) Zamawiający podkreśla, iż jego obowiązkiem jest określenie przedmiotu zamówienia w sposób zobiektywizowany, z uwzględnieniem wszelkich uwarunkowań związanych z przedmiotem zamówienia, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W szczególności musi wziąć pod uwagę by tak sformułować opis przedmiotu zamówienia, aby nie dopuścić do wyeliminowania z postępowania określonych wykonawców lub stworzenia niektórym Wykonawcom pozycji uprzywilejowanej. Należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający udzielając Zamówienia podstawowego na system sterowania ruchem kolejowym na jednej linii kolejowej, musi mieć na względzie potrzebę jego dalszej rozbudowy na sąsiadujących liniach kolejowych. Mając powyższe na względzie Zamawiający podnosi, iż udzielenie w przyszłości zamówienia publicznego na zbudowanie systemu sterowania ruchem kolejowym na sąsiednich liniach kolejowych w trybie konkurencyjnym oraz rozbudowę o inne systemy lub urządzenia współpracujące, będzie możliwe jedynie w sytuacji zapewnienia możliwości współdziałania systemu będącego przedmiotem niniejszego Postępowania z systemami i urządzeniami oferowanymi przez innych wykonawców. W innym przypadku Zamawiający byłby zmuszony do podejmowania prób udzielania zamówienia z wolnej ręki, co niejednokrotnie napotykać musi na przeszkody natury prawnej."

8. Izba, uznając omawiane postanowienia za dopuszczalne, stwierdziła, że „obiektywną potrzebą Zamawiającego jest potrzeba otrzymania dokumentacji interfejsów, która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym. Izba uznała więc, że Zamawiający postępowałby co najmniej nieracjonalnie, gdyby dopuszczał do sytuacji udzielania później zamówień z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów."

9. Umowa na wykonanie Zamówienia na LOT C została zawarta w 2019 r. Zgodnie z jej harmonogramem Zamawiający powinien już mieć dostęp do specyfikacji interfejsu przygotowanych na potrzeby tego zamówienia (nawet jeżeli same urządzenia nie zostały jeszcze zabudowane).

10. Wobec tego, zważywszy że Zamawiający zastrzegł w umowie uprawnienie do

otrzymania tej dokumentacji i czynił to właśnie w celu zapewnienia odpowiedniej konkurencyjności udzielania kolejnych zamówień, to konieczne jest udostępnienie tej specyfikacji w ramach obecnego Postępowania.

11. Bez uzyskania tych dokumentów nie jest możliwe ustalenie rzeczywistego

zakresu obowiązków wykonawcy związanych z dostosowaniem dostarczanych urządzeń do

interfejsu urządzeń już istniejących, który jest wykonawcom nieznany. Nie jest bowiem możliwe oszacowanie nakładu prac potrzebnych do dostosowania nowo planowanych urządzeń, ponieważ Zamawiający nie udostępnił jakichkolwiek wytycznych w tym zakresie, w

tym m.in. odnośnie protokołu wymiany danych, informacji przekazywanych w telegramach, wersji oprogramowania. Tymczasem prawidłowa wycena wymaganych prac czy nawet

ocena realności ich wykonania wymaga dostępu do tych informacji.

12. W konsekwencji wykonawcy mają obecnie do wyboru tylko dwa alternatywne rozwiązania:

1) złożenie oferty na nieznany zakres prac związanych z wykonaniem powiązań urządzeń srk;

2) nawiązanie współpracy w zakresie wykonania powiązań z dostawcą urządzeń w

ramach Zamówienia na LOT C, który jednak - mając świadomość posiadanej przewagi - może narzucić dalece niekonkurencyjne warunki.

13. Taka sytuacja jest nieuzasadniona i niedopuszczalna w przypadku, gdy

obiektywnie jest możliwe udostępnienie wymaganych informacji, co zapewniłoby równe

szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym obecnie udzielanym zamówieniem.

14. Odwołujący przyjmuje bowiem, że w rezultacie należytego wykonania Zamówienia na LOT C Zamawiający już tę dokumentację posiada lub też - przy zachowaniu należytej staranności, polegającej na wyegzekwowaniu przysługujących mu uprawnień - mógłby ją uzyskać. Jeżeli jednak z jakichkolwiek przyczyn Zamawiający do tej pory dokumentacji tej nie uzyskał, to w konsekwencji powinien wyeliminować z PFU obowiązki wykonawcy polegające na zapewnieniu powiazań.

15. Podsumowując, opis przedmiotu zamówienia wymaga zatem odpowiedniego dostosowania w ten sposób, że Zamawiający albo:

1) dołączy do niego dokumentację techniczną, w tym obejmującą specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnego zamówienia z urządzeniami czy systemami sterowania ruchem kolejowym, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C; albo

2) wyłączy z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienie takiego powiązania.

W przeciwnym wypadku, pomimo podjęcia przez Zamawiającego skutecznych starań polegających na uniezależnieniu się od jednego producenta urządzeń, postępowanie będzie obarczone istotną wadą, polegającą na niezasadnym uprzywilejowaniu określonego wykonawcy.

16. Odwołujący również wskazuje, że jego stanowisko, jak też zakres żądań odwołania, mają oparcie w ugruntowanym orzecznictwie Izby dotyczącym określenia obowiązków wykonawcy w zakresie zapewnienia zgodności z już istniejącą infrastrukturą teleinformatyczną zamawiającego:

1) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 r., KIO 1023/18: „W ocenie Izby brak udostępnienia kodów źródłowych i interfejsów wymiany danych do infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego stanowi niezasadne uprzywilejowanie Przystępującego GMV względem pozostałych wykonawców, ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. U ocenie Izby zaniechanie przekazania w/w informacji uniemożliwia w istocie sporządzenie oferty, w tym oszacowanie kosztów i czasu realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny i ocenę możliwości wykonania zamówienia na zasadach i w ramach czasowych określonych przez Zamawiającego. W ocenie Izby sposób realizacji zamówienia preferuje dotychczasowego dostawcę systemu tj. Przystępującego GMV i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję i jako taki nie spełnia wymagań wskazanych w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.”

2) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2018 r., KIO 26/18: W którym nakazano usunięcie wymagań w zakresie integracji systemów: „Ustanowienie wymogu współpracy (integracji) dostarczanych urządzeń przez wykonawców z posiadaną infrastrukturą zamawiającego, pomimo braku zdefiniowania parametrów technicznych urządzeń oraz brak przekazania przez zamawiającego tzw. protokołów komunikacyjnych oraz kodów źródłowych pozwalających na wymianę danych informatycznych pomiędzy dostarczanymi urządzeniami wykonawcy, a istniejącą infrastrukturą zamawiającego, co uniemożliwia sporządzenie oferty i realizację zamówienia (...) Tym samym zamawiający nie wykazał, że wykonanie przedmiotu zamówienia przez wykonanie integracji jest dla innych wykonawców poza dotychczasowymi dostawcami w ogóle dostępne. Biorąc pod uwagę, że zamawiający dysponuje systemami i oprogramowaniem różnych dostawców, to również należy poddać pod wątpliwość, czy zamawiający wykazał, że wykonanie przedmiotu zamówienia przez choćby jednego wykonawcę jest w ogóle możliwe. Biorąc to pod uwagę Izba oceniła, że ustalony stan faktyczny daje podstawy do przyjęcia, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie rozwiązania zalecanego nie jest jednoznaczny i precyzyjny, ani nie zawiera elementów umożliwiających wykonawcom przygotowanie ofert.”.

3) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2014 r., KIO 163/14: „Skoro zamawiający przyznał, że przedmiotem zamówienia objął także «integrację ze szpitalami», a także (pośrednio, o czym była mowa wyżej) uznał niezbędność dysponowania przez

wykonawców specyfikacjami interfejsów, to skład orzekający Izby, uwzględniając odwołanie, nakazał zamawiającemu wskazanie zakresu integracji ze szpitalami, podanie specyfikacji interfejsów, a w konsekwencji także wskazanie zakresu odpowiedzialności stron (zamawiającego i wykonawcy) w zakresie integracji ze szpitalami". (...)."

Pismem z dnia 14 lutego 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz wskazał, co następuje.

„(...) 1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Tychy - podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Tychy - Most Wisła".

2. Przedmiotem zamówienia objęto również zamówienia opcjonalne:

1. Prawo Opcji 1 - opcjonalne wykonanie Usług pogwarancyjnych

2. Prawo Opcji 2 - opcjonalna realizacja świadczeń w zakresie „Przewidywanych zmian w zakresie interfejsów". (.).

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP i w związku z powyższym wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP, a w szczególności do zmiany treści SWZ poprzez udostępnienie dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy systemami sterowania ruchem kolejowym, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C albo wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienia takiego powiązania.

2. W pierwszej kolejności Zamawiający podkreśla, że obowiązek wykonania powiązania wynika z SWZ i wchodzi w zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia. A Zamawiający dołożył wszelkiej staranności, aby zachować warunki uczciwej konkurencji i przewidział konieczność zapewnienia prawidłowej współpracy urządzeń srk zabudowywanych w ramach Zamówienia na LOT C z urządzeniami które będą dostarczane przez innego producenta w ramach Zamówienia na LOT B.

3. Zamawiający nie zgadza się z oceną Odwołującego, jakoby brak dokumentacji technicznej obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, powodował, ze niemożliwe jest oszacowanie nakładu prac potrzebnych do dostosowania do nich nowo planowanych urządzeń.

4. W przypadku zamówień realizowanych na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, wykonawca na etapie składania ofert nie posiada i nie może być w posiadaniu dokumentacji projektowej, bowiem ta zostanie dopiero opracowana przez wybranego w

Postepowaniu wykonawcę. Szacowanie zakresu niezbędnych robót, w tym projektowych oraz ich wycenę wykonawca musi opracować na podstawie własnego doświadczenia, które związane jest z dotychczas zrealizowanymi projektami. Zauważyć należy, że profesjonalny wykonawca w zakresie urządzeń srk, jakim jest Odwołujący, w ramach realizowanej działalności gospodarczej nie raz stawał w obliczu tego typu zadań powiązania swoich urządzeń srk z urządzeniami już zabudowanymi przez innego producenta. Szacownie wartości prac w tym zakresie pozostaje wiec przyjętą praktyka w przypadku tego typu zamówień zlecanych przez Zamawiającego.

5. Uwzględniając powyższe i dotychczasową praktykę Wykonawców, w opinii Zamawiającego przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający należyte sporządzenie oferty prze wykonawców.

6. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w celu ułatwienia i przyspieszenia realizacji zadania inwestycyjnego zamierza przekazać Wykonawcy niniejszego zamówienia specyfikację interfejsu opracowaną przez wykonawcę Zamówienia na LOT C natychmiast po jej otrzymaniu. (.)".

Odwołujący Budimex S.A. złożył odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353(1) kc oraz art. 387 par. 1 kc

w zw. z art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1

Pzp poprzez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy oraz poprzez sformułowanie ich w sposób nieproporcjonalny, który nie

zapewnia zachowania zasad uczciwej konkurencji poprzez wyznaczenie terminu realizacji

części umowy (Etap 6) krótszego niż termin ustawowy przewidziany na wydanie przez organ właściwy zezwolenia, które Wykonawca w ramach tej części zobowiązany jest uzyskać, tj. 13 tygodni od 213 tygodnia trwania umowy (TOM II „WARUNKI UMOWY" WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY" lit. d oraz WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części B SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY" lit. f) w ramach, którego

Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskania certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6, w tym na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nr. DTW-WRIK.8241.12.2018.ML; DTW-WRIK.8241.13.2018.ML; DTW-WRIK.8241.14.2018.ML

do uzyskania w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe

wydanego na czas nieokreślony (TOM III - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Część A STWiOR) podczas, gdy zgodnie z art. 25e ust. 4a Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984) dalej: „ustawa o TK" Prezes UTK w terminie miesiąca od dnia otrzymania wniosku informuje wnioskodawcę, że dokumentacja

jest kompletna, albo wzywa do usunięcia braków, zaś w świetle art. 25e ust. 4b Prezes UTK

wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku; tak określony zbyt krótki termin jest nadto niemożliwy do dotrzymania, zatem Zamawiający wymaga od Wykonawcy świadczenia niemożliwego; niniejszy zarzut dotyczy także pozostałych dokumentów

zamówienia, w których wskazany został kwestionowany termin realizacji części umowy (Etap

6).

Mając na uwadze powyższe Odwołujący Budimex S.A. wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów postępowania tj.:

a) Specyfikacji warunków zamówienia TOM I Rozdz. 3 „OKRES REALIZACJI

ZAMÓWIENIA" pkt 1 i nadanie mu brzmienia: „Zakres 1 - wykonanie prac projektowych i robót budowlanych wraz z certyfikacją - 212 tygodni od Daty

Rozpoczęcia (Etap od 1 do 5) oraz 5 miesięcy od zakończenia Etapu 5 (Etap 6), zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w

Tomie II SWZ. (Zakres 1 obejmuje Etapy od 1 do 6);

b) Specyfikacji warunków zamówienia TOM II „WARUNKI UMOWY" WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY" lit. d i nadanie

mu brzmienia: „d) Etap nr 6: 5 miesięcy od zakończenia Etapu nr 5 - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6";

c) Specyfikacji warunków zamówienia TOM II „WARUNKI UMOWY"

WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY" lit. f i nadanie mu brzmienia: „f) Etap nr 6: 5 miesięcy od zakończenia Etapu nr 5 - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie

certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6”

- przy czym wprowadzone modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia spójności. Odwołujący wnosi ponadto o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji odpowiedniego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie właściwego terminu realizacji zamówienia.

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadniając wniesione odwołanie Odwołujący Budimex S.A. wskazał, co następuje.
„(...) SWZ TOM II Warunki Umowy WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A

Wykonanie robót zgodnie z dokumentacją projektową, STWiORB oraz przedmiarem robót 1.1.3.10 „Etap” - oznacza zakres Robót przewidziany do wykonania w danym terminie. Zarówno zakres Robót dla kolejnych Etapów jak i terminy ich wykonania zostały określone w SubKLAUZULI 8.13 Szczególnych Warunków i w Załączniku do Oferty.

SUBKLAUZULA 8.13 ETAPY Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach: a) Etap nr 3: [42 tygodnie] od Daty Rozpoczęcia - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 1, 2 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót. b) Etap nr 4: [100 tygodni] od zakończenia Etapu nr 3 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazie 3,4,5,6,7,8 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót. 5 c) Etap nr 5: [70 tygodni] od zakończenia Etapu nr 4 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 9, 10,11,12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót. d) Etap nr 6: [13 tygodni] od 213 tygodnia trwania umowy - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6. stanowiących Zakres 1 Zamówienia podstawowego, Uwaga: Etapy 3-6 są powiązane z Harmonogramem fazowania robót torowych.

WARUNKI SZCZRGÓLNE dla Części B Zaprojektowanie i wykonanie robót zgodnie z Programem Funkcjonalno Użytkowym SUBKLAUZULA 8.13 ETAPY Dla Kontraktu Część B - „Projektuj i buduj” ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach: a) Etap nr 1: [14 tygodni] od Daty Rozpoczęcia: - przekazanie dokumentacji srk i telekomunikacji. dla Fazy 1 b) Etap nr 2: [30 tygodnie] od

Daty Rozpoczęcia - przekazanie dokumentacji srk i telekomunikacji niezbędnej do wykonania projektu c) Etap nr 3: [42 tygodnie] od Daty Rozpoczęcia - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 1, 2 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

d) Etap nr 4: [100 tygodni] od zakończenia Etapu nr 3 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazie 3,4,5,6,7,8 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót. e) Etap nr 5: [70 tygodni] od zakończenia Etapu nr 4 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 9, 10,11,12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót. f) Etap nr 6: [13 tygodni] od 213 tygodnia trwania umowy - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6. stanowiących Zakres 1 Zamówienia Podstawowego; g) Etap nr 7: poczynając od dnia odbioru dowolnego Etapu od nr 3 do 5 (części Robót) kończąc z upływem 72 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego Robót - wykonanie Usług gwarancyjnych.*** stanowiący Zakres 2 Zamówienia podstawowego h) Prawo Opcji 1 - Wykonanie Usług pogwarancyjnych na żądanie Zamawiającego w terminie 108 miesięcy poczynając od dnia upływu Okresu Zgłaszania Wad .*** i) Prawo Opcji 2 - Realizacja świadczeń określonych PFU w Rozdziale 7 „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów” na żądanie Zamawiającego, będzie realizowana niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż zakończenia niniejszego Kontraktu (Odbioru Końcowego Usług). *** Czas świadczenia Usług gwarancyjnych i Usług pogwarancyjnych przypadający od końca Odbioru Końcowego Robót trwać powinien 15 lat. Do tego czasu nie zlicza się świadczenia Usług gwarancyjnych od daty Odbioru Końcowego Odcinka lub części Robót do daty Odbioru Końcowego Robót. Uwaga: Etapy 1-6 są powiązane z Harmonogramem fazowania robót torowych.

W SWZ TOM III - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Część A STWiORB 6. Certyfikacja 6 Na podstawie decyzji Prezesa UTK nr. DTW-WRIK.8241.12.2018.ML; DTW-WRIK.8241.13.2018.ML; DTW-WRIK.8241.14.2018.ML Wykonawca ma obowiązek

uzyskania w imieniu Zmawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu

strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe wydanego na czas nieokreślony. 10.2. Dokumenty do odbioru robót 10.2.1. Wykonawca przygotowuje do odbiorów częściowych (eksploatacyjnych) i odbioru końcowego następujące dokumenty: - całość dokumentacji związanej z procesem weryfikacji WE, certyfikaty i deklaracje

Weryfikacji WE, zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego

Infrastruktura i Energia. Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający dla Etapu 6, w którego zakres wchodzi obowiązek uzyskania w imieniu Zamawiającego na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nr. DTW-WRIK.8241.12.2018.ML; DTW-

WRIK.8241.13.2018.ML; DTW-WRIK.8241.14.2018.ML zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe, wydanego na czas nieokreślony, wyznaczył termin krótszy (13 tygodni) niż termin wynikający z ustawy o TK. Zgodnie bowiem z art. 25e ust. 4a Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984) dalej: „ustawa o TK" Prezes UTK w terminie miesiąca od dnia otrzymania wniosku informuje wnioskodawcę, że dokumentacja jest kompletna, albo wzywa do usunięcia braków zaś w świetle art. 25e ust. 4b Prezes UTK wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku.

Z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa wynika tym samym wprost, że wydawanie przedmiotowego zezwolenia przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego może trwać 5 miesięcy, a nawet i dłużej (w przypadku stwierdzenia braków formalnych

wniosku).

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że warunkiem złożenia wniosku, o którym mowa w art. 25e ust. 4a ustawy o TK jest zakończenie Etapów 1-5. Tym samym zasadny jest wniosek Odwołującego o uzależnienie rozpoczęcia biegu terminu dla Etapu 6 od zakończenia w/w Etapów, a nie jak pierwotnie określił Zamawiający od 213 tygodnia trwania umowy. Na tym etapie ani Zamawiający ani Wykonawca nie są stanie przewidzieć, że w tym terminie zakończone zostaną prace przewidziane dla Etapu 1-5, których zakończenie warunkuje złożenie wniosku do Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Termin realizacji Etapów 1-5 może przecież się wydłużyć z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Przerzucanie na Wykonawcę wyłącznego ryzyka z tego tytułu jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji.

Akceptacja obecnie ukształtowanych terminów generuje ryzyko naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż oznaczałaby, iż o udzielenia zamówienia potencjalnie mógłby ubiegać się jedynie podmiot, który automatycznie wkalkuluje w cenę ofertową kary umowne za opóźnienia w realizacji Etapu 6. Nie budzi jednocześnie wątpliwości, że termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi jeden z elementów składowych opisu przedmiotu zamówienia (vide: np. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 418/16). Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego opisane postanowienia dotyczące terminu realizacji nie mogą również mieścić się w zakresie swobody umów, o której mowa w art. 353(1) kc, jeśli same w sobie nie stanowią świadczenia niemożliwego, o którym mowa w art. 387 kc. W tym aspekcie Odwołujący podkreśla, iż treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja

zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do

osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.[1] W niniejszym przypadku mamy natomiast do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający narzuca wykonawcom termin

wykonania zamówienia niemożliwy do zachowania, co zdaniem Odwołującego narusza wyrażony w art. 353(1) postulat poszanowania zasad współżycia społecznego, przerzuca bowiem na wykonawców w sposób nieuzasadniony ciężar dochowania terminów, którym realnie nie mogą oni sprostać.

Opisywany stan faktyczny zdaniem Odwołującego stawia wręcz wykonawców w sytuacji niemożliwości świadczenia. W tym aspekcie należy wskazać, że wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny. Obiektywna i

trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14). Przy czym zwrócić należy w tym aspekcie uwagę na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą), na którą wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12, wskazując, iż „Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność.”. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, Odwołujący podnosi więc, iż zgodnie z aktualnym stanem wiedzy technicznej, niemożliwym jest terminowe wykonanie zobowiązania będącego przedmiotem niniejszego Postępowania w zakresie określonym w Etapie 6 przez żadnego wykonawcę w terminach narzuconych obecnie przez Zamawiającego. Nawet z kolei jeśli przyjąć, że zobowiązanie takie wykonawcy mogą na siebie przyjąć przy założeniu doliczania „z góry” kar umownych, które zostaną im w tym zakresie naliczone, to spełnienie świadczenia na takich warunkach charakteryzowałoby się całkowitą nieracjonalnością, wypełniającą zaistnienie stanu tzw. niemożności gospodarczej. Ponadto, Odwołujący podnosi, iż również w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, fakt narzucenia nierealnych terminów realizacyjnych, niedostosowanych do zakresu i przedmiotu zamówienia, oceniane jest właśnie przez pryzmat niemożliwości świadczenia (vide: wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1006/11). [1] Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05. 8 Z uwagi na powyższe argumenty zarzuty dotyczące zbyt krótkiego terminu realizacji Etapu 6 są zasadne, podobnie jak żądania modyfikacji wskazane w odwołaniu. Z ostrożności, należy także z całą stanowczością podkreślić, że wskutek napiętych terminów wyznaczonych na realizację Etapów 1-6 niedopuszczalne i niezgodne z intencją odwołania byłoby uczynienie zadość żądaniu odwołania (wydłużenie terminu na uzyskanie zezwoleń UTK do niezbędnych 5 miesięcy) poprzez skrócenie terminów któregokolwiek z poprzednich etapów. Takie ewentualne działanie Zamawiającego byłoby także sprzeczne z wielokrotnymi deklaracjami Zamawiającego formułowanymi w debacie o charakterze publicznym, w szczególności na tzw. forach inwestycyjnych.”

Pismem z dnia 14 lutego 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz wskazał, co następuje.

„(.) 1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Tychy - podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Tychy - Most Wisła”.

2. Przedmiotem zamówienia objęto również zamówienia opcjonalne:

1. Prawo Opcji 1 - opcjonalne wykonanie Usług pogwarancyjnych

2. Prawo Opcji 2 - opcjonalna realizacja świadczeń w zakresie „Przewidywanych zmian w zakresie interfejsów”.

3. Zamawiający opublikował w dniu 17 stycznia 2022 r. dokumentację dot. niniejszego Postępowania. W dniu 27 stycznia 2022 r. wniesiono Odwołanie formułujące ww. zarzuty.

II. Zarzuty Odwołania - naruszenie przepisów art. 353(1) kc oraz art. 387 par. 1 kc w zw. z

art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp

1. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przepisów ustawy PZP oraz kc poprzez

wyznaczenie terminu zrealizowania Etapu 6 Kontraktu na 13 tygodni, podczas gdy zdaniem Odwołującego termin ten nie odpowiada przepisom ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz.U.2021.1984, dalej: „ustawa TK”).

2. Zgodnie z SubKlauzulą 8.13 Tomu II SWZ - Warunki Umowy część A:

Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

a) Etap nr 3: [42 tygodnie] od Daty Rozpoczęcia - wszystkie roboty budowlane przewidziane

w Fazach 1, 2 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

b) Etap nr 4: [100 tygodni] od zakończenia Etapu nr 3 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazie 3,4,5,6,7,8 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

c) Etap nr 5: [70 tygodni] od zakończenia Etapu nr 4 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 9, 10,11,12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

d) Etap nr 6: [13 tygodni] od 213 tygodnia trwania umowy - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6.

Tożsamy termin wykonania Etapu 6 został wskazany również w SubKlauzuli 8.13 Warunków Umowy dla części B.

3. Odwołujący wskazał, że czas na wykonanie Etapu 6 nie odpowiada przepisom art. 25e ust. 4a oraz ust. 4b ustawy TK, gdyż w zakres Etapu 6 wchodzi uzyskanie zezwolenia na

dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie

- urządzenia przytorowe, wydanego na czas nieokreślony. Odwołujący stwierdził, iż z obowiązujących przepisów wynika, że uzyskanie takiego zezwolenia może trwać nawet 5 miesięcy lub dłużej (w przypadku stwierdzenia braków formalnych wniosku).

4. Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 25 ust. 4b ustawy TK:

4b. Prezes UTK wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, o którym mowa w art. 25a ust. 2 pkt 1 lit. a-c, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku.

5. Tym samym nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, że czas na wydanie zezwolenia wynosi 5 miesięcy lub dłużej. Prezes UTK ma obowiązek wydać zezwolenie w terminie maksymalnie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku, termin przewidziany w art. 25e ust. 4a na stwierdzenie, że wniosek jest kompletny nie przedłuża okresu wydania zezwolenia, jeżeli wniosek jest został złożony bez braków. Zamawiający zakłada, że Wykonawca złoży wniosek kompletny, który nie będzie zawierać braków koniecznych do usunięcia.

6. Zamawiający wskazuje także, że § 5 ust. 3 Aktu Umowy przewiduje, że dopuszczalna jest zmiana Umowy w zakresie części A, w tym zmiana Czasu na Ukończenie, a także czas wykonania Etapu lub Etapów 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 jakiejkolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy. W szczególności gdy dochodzi do opóźnienia wydania przez w/w organy i/lub inne podmioty decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów.

7. Odpowiednio w zakresie części B tożsama możliwość zmiany Umowy wynika z §5a ust. 1

Aktu Umowy.

8. Tym samym Wykonawca posiada uprawnienia do żądania modyfikacji Umowy, w tym czasu trwania Etapu 6, jeżeli dojdzie do opóźnienia w wydaniu przez Prezesa UTK zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura,

Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe, wydanego na czas nieokreślony.

9. Ponadto Zamawiający wskazuje, że w §5 ust. 4 lit. e Aktu Umowy w zakresie części A (analogicznie w §5a ust. 4 w zakresie części B Umowy), przewidziano, że w przypadku zaistnienia innych okoliczności, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym możliwa jest zmiana Umowy, w tym zmiana Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów.

10. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wyraźnie przewidział, że powstanie okoliczności uniemożliwiających realizację Umowy zgodnie z jej postanowieniami, w tym więc czasem trwania Etapów, nawet jeśli leżą po stronie Zamawiającego, może prowadzić do zmiany Umowy. Jednocześnie w SubKlazuli 1.13 Warunków Umowy (w zakresie obu części) przewidziano, że Wykonawca wykonując kontrakt będzie przestrzegał Prawa,

rozumianego jako przepisy prawa obowiązujące na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Regulacje Zamawiającego. Intencją Zamawiającego nie jest więc karanie Wykonawcy za działanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i działanie zgodnie z terminami wynikającymi z przepisów. Ponadto Akt Umowy przewiduje możliwości zmiany Umowy w przypadku zaistnienia okoliczności prawnych, które nie pozwolą na jej realizacje zgodnie z postanowieniami, a także w sytuacji opóźnienia Organu w wydaniu zezwolenia, co może mieć zastosowanie również do wydania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe.

11. Konkludując Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie brak jest podstaw do zmiany terminu ukończenia Etapu 6, a tym samym zarzuty Odwołania nie są zasadne i powinno one zostać w całości oddalone."

KIO 234/22

Odwołujący STRABAG S.A. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie na zaniechania i czynności Zamawiającego podjęte w toku Postępowania w sposób niezgodny z

przywołanymi niżej przepisami ustawy Pzp związane w przygotowaniem postępowania, w szczególności w zakresie zaniechania wyznaczenia Odcinków, nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, w tym zakresie Opcji 1 i 2, ustalenie wygórowanej wysokości zabezpieczenia w zakresie Opcji 1, ustalenia w Warunkach Umowy dla Opcji 1 rażąco

wygórowanej kary umownej tj. na czynności i zaniechania Zamawiającego szczegółowo

wskazane w zarzutach, wnioskach i uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący Strabag zarzucił naruszenie:

1. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające na zaniechaniu

wprowadzenie definicji Odcinków, a tym samym wprowadzeniu postanowień umownych, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanych części robót (Etapu 3, 4 i 5) rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia i po upływie czasowej eksploatacji tych części,

2. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez

sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości

wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a tym samym poprzez wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia waloryzacji z uwagi na jej ograniczenie do wartości +/- 5% Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia,

3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w zakresie Opcji 1 i 2 w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zakresie Opcji 1 i 2 w sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów wykonania Opcji w szacowanych terminach Opcji 1 i 2.

4. art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1, 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia objętego Opcją 1 i 2 (dalej „OPZ") uwzględniającego wymogi tych przepisów, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ Opcji 1 i 2 w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, a w konsekwencji zaniechanie sporządzenia OPZ Opcji 1 i 2 w sposób umożliwiający ustalenie kosztów wykonania zamówienia oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty Opcji 1 i 2, w szczególności wobec zaniechania opisu buforu Części Zamiennych, zaniechania określenia przedmiotu Opcji 2, braku wskazania okoliczności skorzystania z Opcji 1 i 2, w

tym terminu skorzystania z Opcji 1 i 2,

5. art. 434 PZP w zw. z art. 99 ust 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 - 3 PZP poprzez ustalenia terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata,

6. art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP polegające na ukształtowaniu Warunków Umowy w zakresie Opcji 1 w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych (wskazanych w § 16 ust. 6 i 7 Załącznika nr 13),

7. art. 452 ust. 2 PZP poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji 1 w wysokości przekraczającej 5 % jej wartości.

8. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ") w pkt 1.8.4., pkt 1.8.13., pkt 1.9., pkt 1.10. i pkt 2 STWiORB wymagania Ogólne - szczegółowo podanych w uzasadnieniu odwołania - w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający określenie zakresu prac i ustalenia kosztów robót na etapie sporządzenia oferty, złożenie porównywalnych ofert, a w konsekwencji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;

9. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 103 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim: a) obciąża Wykonawcę nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami usuwania nieprzewidywalnych kolizji (pkt 1.8.4. STWiORB), pomimo nie określenia zakresu tych prac, i jednocześnie w sposób sprzeczny z treścią przyszłej Umowy; b) przewiduje obowiązek wykonania zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów, pomimo nieokreślenia zakresu tych prac (pkt 1.10. STWiORB),

10. art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego, niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie praw z Opcji, jak również ustalenia pozornych warunków waloryzacji, a także ustalenia rażąco wygórowanych kar umownych i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Odwołujący Strabag wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do

Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinków, zgodnie z tabelą zaprezentowaną w Odwołaniu, w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, a w konsekwencji nakazanie wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót z danego Odcinka i rozpoczęciu eksploatacji,

Odwołujący wnosi ewentualnie o nakazanie zamawiającemu:

2. wprowadzenia innego równoważnego postanowienia umownego umożliwiającego rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do robót przewidzianych do wykonania w ramach Etapów 3, 4 i 5 oddzielnie, po odbiorze/przejęciu danego Etapu (Odcinka) i rozpoczęciu eksploatacji przez Zamawiającego,

3. zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Kontraktu, tj. Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych i pozostałych postanowień dokumentacji postępowania poprzez podwyższenie górnego limitu wartości korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen do poziomu +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

4. zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Opcji 1 i 2, tj. § 12 Załącznika nr 13 do Tomu II SWZ według wzoru: W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100) - wysokość wskaźnika waloryzacyjnego za dany

rok, gdzie: a2=0,0 b2=0,2 c2=0,8

5. dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 1 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej zgodnie z przepisami PZP, w szczególności dokonanie opisu w zakresie wskazania podstaw kalkulacji buforu Części Zamiennych

6. dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 2 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej z zgodnie przepisami PZP, w szczególności dokonanie opisu w zakresie:

- podania liczby i typów urządzeń SRK, jakie miałyby być zabudowane w ramach zabudowy urządzeń srk na stacji Tychy i Radostowice oraz

- podania opisu i właściwości systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w języku polskim.

7. określenia terminu wykonania przedmiotu Opcji 1 w okresie nie dłuższym niż 4 lata,

8. określenia okoliczności skorzystania z Opcji 1, w szczególności przez wskazanie terminu skorzystania z Opcji w terminie 6 miesięcy od podpisania Kontraktu,

9. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 1,

10. nakazanie złożenia oświadczenia o skorzystaniu z Opcji 2 w terminie 6 miesięcy od podpisania Kontraktu oraz określenia terminu wykonania Opcji 2 w czasie na wykonanie

zadania podstawowego,

11. nakazanie Zamawiającemu określenia okoliczności skorzystania z Opcji 2,

12. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 2

13. nakazanie ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 w wysokości nie wyżej niż 5 % wartości tej Opcji,

14. nakazanie zmiany postanowień dotyczących kary umownej z tytułu wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych z winy Wykonawcy i określenia jej w wysokości 10 % wartości Opcji w miejsce § 16 ust. 6 Załącznika nr 13 Tomu II SWZ,

15. nakazanie rezygnacji z kary umownej określonej § 16 ust. 7 Załącznika nr 13 Tomu II SWZ (z tytułu zaniechania wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania Opcji 1),

16. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.8.4. „Projekty, które ma opracować Wykonawca robót" (.) - Wymagania ogólne o brzmieniu:

„Dla usunięcia nieprzewidzianych kolizji z sieciami elektroenergetycznymi zarządzanymi przez Zakłady Energetyczne Wykonawca, na własny koszt, opracuje projekty wykonawcze, uzyska wymagane uzgodnienia oraz wykona niezbędne roboty. Wykonawca tak powinien opracować projekty technologiczne, warsztatowe i inne, aby uniknąć konieczności zmian lub uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji administracyjnych. Jednakże, w przypadku konieczności Wykonawca uzyska wszelkie wymagane uzgodnienia lub decyzje administracyjne. Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy."

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z treści tego postanowienia sformułowania: „na własny koszt" oraz zdania „Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy" i dodanie na końcu tego postanowienia zdania: „Zmiany wynikające z powyższych okoliczności zostaną wprowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktu" albo „W przypadku zaistnienia opisanych okoliczności Wykonawca uprawniony jest do przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub dodatkowej płatności zgodnie z Warunkami Kontraktu." ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

17. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.8.13. „Prowadzenie robót na terenie stacji i na szlaku" Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne o brzmieniu:

„Wykonawca będzie ponosił koszty związane z:

wyłączeniem napięcia w sieci trakcyjnej, zamknięciem toru, osygnalizowaniem ograniczeń prędkości biegu pociągów po torze czynnym obok miejsca robót i po robotach, zwiększeniem na czas robót obsady posterunków ruchu, wynajęciem lokomotyw z obsługą do przeciągania pociągów trakcją nieelektryczną, wprowadzeniem zastępczej komunikacji autobusowej. i

inne koszty konieczne do prawidłowej realizacji Kontraktu Koszty te Wykonawca winien

uwzględnić w pozycjach podstawowych robót."

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego postanowienia punktu o treści: „zwiększeniem na czas robót obsady posterunków ruchu" oraz sformułowania: „i inne koszty konieczne do

prawidłowej realizacji Kontraktu", ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające określenie zakresu zwiększenia obsady i

kalkulację tych kosztów oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o niezbędne pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty,

18. nakazanie dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.9. „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki" STWiORB, Część G - Wymagania ogólne o brzmieniu: „Przed

przystąpieniem do robót budowlanych Wykonawca naprawi istniejące ogrodzenia, tak aby

uniemożliwić osobom postronnym dostęp do linii kolejowej i placu budowy."

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z postanowienia sformułowania: „linii kolejowej"

19. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.10. „Niewypały, niewybuchy" STWiORB, Część G - Wymagania ogólne - przez usunięcie z tego punktu ostatniego zdania: „Koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów poniesie Wykonawca." ewentualnie: nakazanie uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opz o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

20. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 2.2 „Materiały i urządzenia muszą być zgodne z Dokumentacją Projektową i wymaganiami określonymi w Specyfikacji" (str. 43) STWiORB, Część G - Wymagania ogólne, w części odnoszącej się do

bazy - składowiska odpadów - poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego postanowienia zdania:

„Koszty organizacji bazy i robót związanych z przystosowaniem wskazanej lokalizacji dla potrzeb składowiska obciążają Wykonawcę." ewentualnie:
nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

21. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący Strabag argumentując wniesione zarzuty wskazał, co następuje.
„Zamawiający PKP PLK S.A. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest

realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń starowania ruchem kolejowym, urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku Tychy - podg. Most Wisła w ramach projektu „prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E30 i E65) na obszarze Śląska, etap I linia E65 na odcinku Tychy-Most Wisła.

Przedmiotem zamówienia objęto również zamówienia opcjonalne:

1. Prawo Opcji 1 - opcjonalne wykonanie Usług pogwarancyjnych

2. Prawo Opcji 2 - opcjonalna realizacja świadczeń w zakresie „Przewidywanych zmian w zakresie interfejsów"

Zarzut zaniechania wyznaczenia Odcinków oraz zaniechania ustalenia początku biegu terminu rękojmi i gwarancji od czasu faktycznego użytkowania robót

Termy realizacji poszczególnych etapów ujęto w Subklauzulach 8.13. Warunków Kontrakt dla obu części:

a) Etap nr 1: [14 tygodni] od Daty Rozpoczęcia: - przekazanie dokumentacji srk i telekomunikacji. dla Fazy 1

b) Etap nr 2: [30 tygodnie] od Daty Rozpoczęcia - przekazanie dokumentacji srk i

telekomunikacji niezbędnej do wykonania projektu

c) Etap nr 3: [42 tygodnie] od Daty Rozpoczęcia - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 1, 2 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

d) Etap nr 4: [100 tygodni] od zakończenia Etapu nr 3 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazie 3,4,5,6,7,8 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

e) Etap nr 5: [70 tygodni] od zakończenia Etapu nr 4 - wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 9, 10,11,12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi wszystkich robót.

f) Etap nr 6: [13 tygodni] od 213 tygodnia trwania umowy - Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6.

g) Etap nr 7: poczynając od dnia odbioru dowolnego Etapu od nr 3 do 5 (części Robót) kończąc z upływem 72 miesięcy od dnia Odbioru Końcowego Robót - wykonanie Usług gwarancyjnych.*** - stanowiący Zakres 2 Zamówienia podstawowego

h) Prawo Opcji 1 - Wykonanie Usług pogwarancyjnych na żądanie Zamawiającego w terminie 108 miesięcy poczynając od dnia upływu Okresu Zgłaszania Wad .

i) Prawo Opcji 2 - Realizacja świadczeń określonych PFU w Rozdziale 7 „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów" na żądanie Zamawiającego, będzie realizowana niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż zakończenia niniejszego Kontraktu (Odbioru Końcowego Usług).

Z powyższego wynika, że prace budowalne przewidziano do wykonania w ramach Etapów 3-5. Zakończenie Etapu oznacza oddanie do eksploatacji wszystkich robót modernizowanego toru. Zamawiający przewiduje więc eksploatację robót jeszcze przed dokonaniem odbioru końcowego zamówienia w sposób wskazany w Subklauzuli 10.1 Warunków Szczególnych Kontraktu. W realiach niniejszej sprawy, Załącznik do Oferty nie zawiera definicji „Odcinka", oznacza to, że Zamawiający nie dokonał podziału robót na Odcinki. Zgodnie z Subklauzulą 1.1.5.6 Warunków Ogólnych Kontraktu „Odcinek" oznacza część Robót, wyszczególnioną w Załączniku do Oferty jako Odcinek (jeśli jest)". Finalnie wykonanie całego przedmiotu zamówienia może być ukończone w terminie 225 tygodni od daty Rozpoczęcia, po tym terminie możliwe będzie dokonanie końcowego odbioru robót. Konsekwencją braku zdefiniowania Odcinka jest rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji dopiero po wykonaniu całości robót objętych przedmiotem zamówienia, tj. po upływie kilkunastu miesięcy od rozpoczęcia eksploatacji robót przewidzianych do wykonania w ramach poszczególnych Etapów. Powyższy wniosek wynika z postanowień Umowy dotyczących okresu zgłaszania wad (tj. rękojmi i gwarancji)

I tak, w Subklauzuli 1.1.3.7 WSK wskazano:

„Okres Zgłaszania Wad" oznacza 72 miesiące na zgłaszanie wad w Robotach lub jakimś ich

Odcinku (w zależności od przypadku) według SubKLAUZULI 11.1 Warunków Szczególnych,

liczone od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, tak jak poświadczono według

SubKLAUZULI 10.1 Warunków Szczególnych, z każdym przedłużeniem według SubKLAUZULI 11.3 Warunków Szczególnych".

Okres ten rozumie się jako okres rękojmi za wady i jest on równy okresowi objętemu Gwarancją Jakościową, o której mowa w Kontrakcie"

W Subklauzuli 10.1 WSK wskazano:

„Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy:

a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (i) poniżej, oraz

b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ.

Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego. W przypadku konieczności uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powyższy termin zaczyna biec z chwilą uzyskania tego pozwolenia. Jeżeli

Roboty podzielone są na Odcinki, to Wykonawca będzie mógł wystąpić o Świadectwo Przejęcia dla każdego Odcinka."

Odbiór końcowy uregulowano w Subklauzuli 2.7 WSK:

„W terminie 30 dni przed planowanym Odbiorem końcowym, Wykonawca przekaże Inżynierowi dokumentację budowy oraz dokumentację powykonawczą odbieranych Robót lub Odcinka, w tym w zakresie, w jakim wymagane jest pozwolenie na użytkowanie, a także komplet dokumentów związanych z procesem certyfikacji i dopuszczeniem do eksploatacji podsystemów strukturalnych (jeżeli wymagane), zgodnie z ustawą z dnia 28 marca 2003 o transporcie kolejowym (t.j.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1984 z późn. zm.).

Inżynier najpóźniej w terminie 20 dni od daty dostarczenia tej dokumentacji dokona jej weryfikacji, następnie ją zatwierdzi bądź zwróci do poprawy, przedkładając na bieżąco, o ile będzie to możliwe, uwagi do tej dokumentacji. Wykonawca będzie niezwłocznie wprowadzać poprawki do dokumentacji na skutek uwag Inżyniera".

Zgodnie z powyższym regulacjami, w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewiduje podziału robót na Odcinki w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Ogólnych FIDIC, zarówno odbiór końcowy robót jak i wystawienie Świadectwa Przejęcia Robót zgodnie z Subklauzulą 10.1 WSK nastąpić może dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia, w tym robót w ramach poszczególnych Etapów. Przejęcie części robót określonych w Etapach, o których mowa w Subklauzuli 8.13 WSK nie będzie stanowiło odbioru częściowego, który potwierdzałby częściowe wykonanie zamówienia, jak i rozpoczęcie biegu rękojmi i gwarancji. Niezależnie od terminu wykonania poszczególnych Etapów, Zamawiający przewidział jeden termin rozpoczęcia okresu rękojmi i gwarancji. Jest nim dzień następujący po dacie wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem. Reasumując, dopiero po wykonaniu wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia rozpocznie bieg okres rękojmi i gwarancji.

Zamawiający przewiduje co prawda odbiór części robót, ale wyłącznie w oparciu o Subklauzulę 10.2 WSK. Odbiór/ Przejęcie Części Robót zgodnie z Subklauzulą 10.2 WSK nie spowoduje rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji. W Subklauzuli 10.2 WSK wskazano:

„Do czasu dokonania Odbioru końcowego Odcinka, użytkowanie przez Zamawiającego tego Odcinka będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe.

(...)

W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, w okresie użytkowania tymczasowego, wad lub usterek, które nie wynikają ze zwykłego zużycia Robót, w tym w szczególności wad lub usterek związanych z geometrią i osiadaniem toru, Zamawiający niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Wykonawcę i Inżyniera. W takim przypadku Wykonawca, w odpowiednim wskazanym przez Zamawiającego terminie, usunie stwierdzone wady lub usterki.

(...)

Strony ustalają, że zgłoszenie wystąpienia wad lub usterek w okresie użytkowania tymczasowego, nie może być w żadnym przypadku przez żadną ze Stron uznawane za rozpoczęcie Okresu Zgłaszania Wad.

Niezależnie od ponoszenia przez Zamawiającego kosztów lub wykonywania czynności związanych ze zwykłym zużyciem Robót użytkowanych przez Zamawiającego w okresie użytkowania tymczasowego, Wykonawca jest zobowiązany do doprowadzenia, do dnia Odbioru końcowego Odcinka, wszystkich Robót objętych Odbiorem końcowym Odcinka, do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu."

W Subklauzuli 11.1 dotyczącej odpowiedzialności Wykonawcy za wady przewidziano, że:

„Okres Zgłaszania Wad rozpoczyna swój bieg w następnym dniu po dacie wskazanej w protokole Odbioru końcowego, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem."

Z kolei w Subklauzuli 11.9 WSK Zamawiający zastrzegł, że

„Wykonywanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż Inżynier wystawi Wykonawcy Świadectwo Wykonania podające datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu.

Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania, w ciągu 7 dni od najpóźniejszej z dat upływu Okresów Zgłaszania Wad lub później, jak tylko Wykonawca dostarczy wszystkie Dokumenty Wykonawcy oraz ukończy wszystkie Roboty i dokona ich prób, włącznie z usunięciem wszelkich wad. Kopia Świadectwa Wykonania zostanie wystawiona dla Zamawiającego.

Będzie się uważało, że tylko Świadectwo Wykonania stanowi akceptację Robót."

Z powyższych regulacji wynika, że pomimo eksploatowania części Robót, np. Robót objętych Etapem 3, 4 5 czy 6 wykonawca zobowiązany do doprowadzenia eksploatowanych robót do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu. Finalnie więc Wykonawca zobowiązany będzie nie tylko ponownie doprowadzić roboty do stanu z momentu odbioru częściowego, ale udzielić rękojmi i gwarancji o okres odpowiednio dłuższy, niż to wynika z warunków przetargu, tj. 72 miesiące + ilość miesięcy (tygodni) użytkowania + ewentualne Przedłużenie Czasu na Ukończenie poszczególnych Etapów.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie ujawnił szczegółów dotyczących sposobu i zakresu ewentualnego tymczasowego użytkowania przedmiotu umowy, który zostanie wykonany w ramach poszczególnych etapów. Tym samym nie jest możliwe oszacowania kosztów ewentualnego doprowadzenia użytkowanych robót do stanu zgodnie z Kontraktem Wskazane wyżej warunki realizacji zamówienia, opisane przez Zamawiającego w postanowieniach przyszłej Umowy, czynią zasadnym zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez zaniechanie określenia precyzyjnych wymagań dotyczących rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji. Tym samym zasadnym jest zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 PZP

Zaskarżone postanowienia SIWZ, w tym warunki przeszłej Umowy czynią jednocześnie zasadny zarzut naruszenia art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez

wprowadzenie postanowień, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji rozpocznie się co najmniej po upływie kilku lub kilkunastu miesięcy od rozpoczęcia faktycznej eksploatacji części zrealizowanego zamówienia. Rozpoczęcie tego terminu może przesunąć się o czas realizacji robót objętych etapem 3, 4 i 5 lub kolejne okresy Przedłużenia Czasu na Ukończenie. Zgodnie z powyższym uzasadniony jest wniosek o zdefiniowanie Odcinków, co umożliwi rozpoczęcie biegu gwarancji oraz obiór robót objętych Etapami, w których realizowane będą roboty budowlane, zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu.

ODCINEK 1	Wszystkie roboty budowlane przewidziane w fazach 1, 2 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi [Etap 3]
ODCINEK 2	Wszystkie roboty budowlane przewidziane w fazach 3, 4, 5, 6, 7, 8 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi [Etap 4]
ODCINEK 3	Wszystkie roboty budowlane przewidziane w fazach 9, 10, 11, 12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi [Etap 5]

Zgodnie z przepisem art. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c.:

„Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne wygasają po upływie dwóch lat, a gdy chodzi

o wady budynku - po upływie pięciu lat, od dnia wydania rzeczy kupującemu.

Wskazany w art. 558 § 1 k.c. zakres możliwych modyfikacji odpowiedzialności z tytułu rękojmi dotyczy: rozszerzenia, ograniczenia lub wyłączenia. Dopuszczalne modyfikacje odpowiedzialności z tytułu rękojmi nie odnoszą się do początku biegu tego okresu, a zatem przyjąć należy, że moment wydania rzeczy (tutaj: odbioru części robót obejmujących zakres Etapów, w których realizowane będą roboty budowlane) kupującemu (tutaj: Zamawiającemu) będzie początkiem biegu okresu rękojmi dla tej części Robót. Pogląd taki uzasadnia właściwość, natura instytucji rękojmi.

Potwierdza to również orzecznictwo sądowe. I tak w wyroku z 28.11.2013 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. akt I A CA 700/13) wskazał, że rozpoczęcie użytkowania budynku, a zatem faktyczne przejęcie budynku po zakończeniu prac budowlanych i remontowych, jest okolicznością wystarczającą dla rozpoczęcia biegu terminów przewidzianych w omawianych przepisach art. 568 k.c. Sens ich oznaczenia polega bowiem między innymi na tym, że jest

to czas, w którym kupujący (inwestor) ma możliwość sprawdzenia czy rzecz nabyta (odbierany budynek) ma wady.

Istotą odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady jest możliwość domagania się przez uprawnionego, aby dostarczony mu przedmiot umowy spełniał określone walory użytkowe, funkcjonalne, wartościowe w określonym w umowie lub przepisach k.c. czasie. W stanie faktycznym niniejszej sprawy okres rękojmi (Okres Zgłaszania Wad) ustalono na 72 miesiące. Okres ten stanowi czas próby w ciągu, którego uprawniony z rękojmi (Zamawiający) będzie miał możliwość zbadania przedmiotu objętego rękojmią. Z drugiej też strony okres rękojmi wyznacza granice czasowe odpowiedzialności sprzedawcy (tutaj: wykonawcy). Odpowiedzialność ta nie ma charakteru nieograniczonego w czasie, a jej ramy czasowe stanowią odpowiednik instytucji przedawnienia roszczeń. Skoro strony umawiają się na 5 letni okres rękojmi, to nieuzasadnione byłoby oczekiwanie, by rozpoczęcie biegu tego terminu „przeciągało się" w czasie, w bliżej nieokreślonym terminie, w szczególności z przyczyn, na które wykonawca nie ma wpływu.

Podobny pogląd wyrażany jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Wskazuje się w nim, że termin zawity określony w art. 568 § 1 k.c. jest najbardziej zbliżony do terminu przedawnienia. W odniesieniu do roszczeń wynikających z rękojmi, niewątpliwym celem art. 568 k.c. jest rygorystyczne czasowe ograniczenie działania rękojmi, realizowane przez wprowadzenie znacznie ostrzejszego niż terminy przedawnienia terminu zawitego. Wydłużanie uprawnień z rękojmi, pozbawiałoby sensu ustalonego przez ustawodawcę w art. 568 § 1 k.c. terminu zawitego. Wydłużeniu uległby też okres niepewności obrotu oraz bezwzględnej odpowiedzialności z rękojmi sprzedawcy - vide uchwała Sądu Najwyższego z 05.07.2002r., II CZP 39/02. Potwierdzeniem powyższego orzecznictwa są poglądu doktryny. I tak podkreśla się m. in., że „uprawnienia kupującego z tytułu rękojmi za wady fizyczne

rzeczy nie są obojętne na upływ czasu. Wspomniane uprawnienia wygasają po upływie dwóch lat, licząc od dnia, w którym rzecz kupującemu została wydana. W odrębny sposób potraktowano wady budynków, bowiem w odniesieniu do nich przewidziano pięcioletni termin wygaśnięcia przedmiotowych roszczeń. Te stosunkowo krótkie terminy, których ponadto upływ powoduje utratę prawa do dochodzenia roszczenia, zostały podyktowane przede wszystkim najdalej idącą odpowiedzialnością sprzedawcy. Uzasadnieniem tak zakreślonych terminów jest niewątpliwie wzgląd na pewność i bezpieczeństwo obrotu. Skala tej odpowiedzialności przemawia za tym, żeby niepewności, która się rodzi co do potencjalnej możliwości ponoszenia odpowiedzialności, a co za tym idzie tworzenia stosownych rezerw na wypadek jej powstania, nie rozciągać zbytnio w czasie. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przesądzone zostało, że uregulowany w tym przepisie termin jest terminem zawitym o charakterze prekluzyjnym (uchwała SN z dnia 19 maja 1969 r., III CZP 5/68, OSNCP 1970, nr 7-8, poz. 117; uchwała SN z dnia 20 maja 1978 r., III CZP 39/77, OSNCP 1979, nr 3, poz. 40; uchwała SN z dnia 5 lipca 2002 r., III CZP 39/02, OSP 2004, z. 7-8, poz. 93; wyrok SN z dnia 23 października 2003 r., V CK 343/02, Mon. Praw. 2005, nr 23, s. 1198; wyrok SA w Katowicach z dnia 14 marca 2006 r., I ACa 1947/05, LEX nr 196070). W każdym przypadku początkiem biegu terminów do dochodzenia uprawnień czy to wedle zasad ogólnych, czy w sytuacji ewentualnego modyfikowania terminów dla stosunków z udziałem konsumentów jest dzień wydania rzeczy kupującemu. Jest to, jak się wydaje, najbardziej właściwa chwila dla wskazania początku biegu terminu do dochodzenia uprawnień, z uwagi na fakt, iż jest to chwila, w której kupujący ma rzeczywiste, niczym nieskrępowane możliwości oceny zgodności przedmiotu sprzedaży z umową" - tak: Andrzej Kidyba (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II"

W nauce prawa wskazuje się jednoznacznie, że: „Punktem wyznaczającym rozpoczęcie biegu terminu jest chwila wydania rzeczy, co prawidłowo koreluje z zasadą, że dopiero od tej chwili kupujący może realizować swoje uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy (por. uwaga 2 do art. 556). O oznaczeniu tej chwili decydują zasady ogólne - por. Jacek Gudowski (red.) „Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część Szczegółowa, wyd. II y ..., t. III, cz. 2, red. J. Gudowski, 2013, s. 107).

Zarzut ustalenia zbyt niskiego limitu waloryzacji wynagrodzenia umownego wykonawcy

W realiach niniejszego postępowania, Zamawiający wobec zaistnienia przesłanek zastosowania wymogów przepis art. 439 PZP zobowiązany jest ustalić warunki dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia.

Zasady tzw. waloryzacji umownej ustalono w Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych

Kontraktu:
„Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych KLAUZUL, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa uwzględnia wzrosty lub spadki cen.

Waloryzacji - zgodnie z postanowieniami niniejszej SubKLAUZULI - nie podlegają wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie § 5 Umowy, KLAUZULI 13 oraz SubKLAUZULI 20.1 niniejszych Warunków Kontraktu oraz przepisów u.p.z.p.

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej SubKLAUZULI wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej

„Prezesem GUS" w Dziedzinowej Bazy Wiedzy, tj.:

a) Cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI)

b) Przeciętne wynagrodzenia miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej (jako robocizna - R)

oraz miesięczne Wskaźniki cen produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych:

c) Brykiety i podobne paliwa stałe z węgla i torfu oraz produkty rafinacji ropy naftowej (jako paliwo - P) - indeks 19.2

d) Cement, wapno i gips (jako cement - C) - indeks 23.5

e) Żeliwa, stal i żelazostopy (jako stal - S) - indeks 24.1

f) Kamienia, piasku i gliny (jako kruszywo - K) - indeks 08.1

g) Metale szlachetne i pozostałe metale nieżelazne (jako miedź - M) - indeks 24.4

W przypadku, gdyby którykolwiek z wyżej wymienionych wskaźników przestał być dostępny, zastosowanie znajdzie inny, najbardziej zbliżony, wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS."

Jednocześnie też Zamawiający przewidział maksymalna wartość waloryzacji, zgodnie z art.

439 ust. 2 pkt 4 PZP :

„Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadectwo Płatności za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadectwa Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej SubKLUAZULI, osiągnie limit +/- 5 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia" .

Reasumując Zamawiający dopuścił zmianę wynagrodzenie, ale wyłącznie do wysokości limitu +/- 5% wartości Robót netto.

Zastosowany przez Zamawiającego limit zmiany sprawia, że mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z Umowy ma charakter pozorny. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 1 PZP. Przepis art. 439 ust 2 pkt 4 ustawy PZP nakazuje ustalić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Wartość ta musi być jasna i adekwatna do wprowadzonych mechanizmów waloryzacyjnych. W żadnym miejscu przepis ustawy nie ogranicza się do wynagrodzenia niezapłaconego lub niewymagalnego. Zmiana wynagrodzenie zgodnie z ustawą PZP jest obwarowana wskazaniem:

1. poziomu zmiany wskaźnika cen materiałów lub kosztów

2. sposobu liczenia tzw. punktu odniesienia

3. wpływu na koszty wykonania zamówienia

4. limitu maksymalnego wartości zmiany wynagrodzenia,

przy czym to ostatnie referuje do limitu całości wynagrodzenia z umowy i nie ma żadnych podstaw, aby ograniczać ją do nieznacznej wartości wynagrodzenia wykonawcy z umowy Narzucony przez Zamawiającego limit nie pozwala na uwzględnienie w ramach waloryzacji zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, w szczególności

mając na uwadze aktualne zmiany gospodarcze, poziom informacji, zmiany cen branży budowlanej.

Subklauzula 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w brzemieniu kwestionowanym w niniejszym postepowaniu jest powszechnie stosowana przez Zamawiającego w ramach

realizowanych Kontraktów budowlanych. Zgodnie z jej treścią:

„Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o współczynnik zmiany cen (lPGn.) wyliczony według wzoru:

WGn= a+b(GP/n)/(CP/o)+c(Pn)/(Po)+d(Pn)/(Po)+e(Gn)/(Co)+f(Sn)/(So)+g(Kn)/(Ko)+h(Mn)/(Mo)

gdzie:

- „WGrt' jest mnożnikiem korygującym, do zastosowania w stosunku do szacunkowej kontraktowej wartości pracy wykonanej w okresie ,,d'; przy czym okresem tym jest miesiąc, jeśli nie jest inaczej podane w Kontrakcie; - „d' jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,5 niepodlegającym korekcie;

- „b'', „d", „e'', „f, „£' „b"' są współczynnikami stałymi określonymi w tabeli Koszyk

Waloryzacyjny, niepodlegającymi korekcie, z zastrzeżeniem sytuacji gdy Zamawiający stanie się dostawcą któregokolwiek z elementów robót ujętych w tabeli Koszyk Waloryzacyjny, wówczas waga tego elementu zostanie przyjęta jako „0" we wzorze na WGn; W takim przypadku waga CPI zostanie powiększona o wartość wagi, która została przyjęta jako „0", tak aby suma wartości wszystkich wag z Koszyka Waloryzacyjnego wynosiła 0,5.

- symbole wskaźnika z indeksem dolnym ,,rt' są narastającymi wskaźnikami kosztu bieżącego okresu (cenami porównawczymi dla okresu „rij, publikowanymi przez Prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym

- symbole wskaźnika z indeksem dolnym „o" są narastającymi wskaźnikami kosztu odniesienia (cenami odniesienia) na Datę Odniesienia, publikowanymi przez Prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym."

Odwołujący zawarł w tym miejscu tabelę przedstawiającą koszyk waloryzacyjny dla zadań z pracami związanymi z siecią trakcyjną.

„W przypadku braku aktualnych wskaźników (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona, gdy Prezes GUS ogłosi wskaźniki dla danego miesiąca objętego Przejściowym Świadectwem Płatności. Występując o Przejściowe Świadectwo Płatności, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot poświadczonych w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności, zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatniego z opublikowanych miesięcznych wskaźników GUS. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźników GUS dotyczących miesiąca, za który wystawione było Świadectwo Płatności, niezwłocznie po ich publikacji."

Powyższa klauzula nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych zgodnie z celem przepisu art. 439 PZP.

Dla przykładu odwołujący wskazuje, że w dniu 27.01.2020 r. zawarł umowę „Modernizacja systemów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 na odcinku Wronki - Krzyż (bez stacji Krzyż), od km 53,500 do km 81,877 w ramach projektu: „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wronki - Słonice". W ramach przedmiotowego Kontraktu wartość robót podlegająca waloryzacji wynosi 360 744 521,17 zł netto, z której Zamawiający zrekompensował wzrost cen (.)"

W tym miejscu Odwołujący Strabag zamieścił dwie tabele prezentujące zmiany cen: w latach oraz w kontraktowych okresach rozliczeniowych.

„Zgodnie z analizowaną Subklauzula 13.8 Warunków Kontraktu, limit wartości korekty ceny wynosi +/- 5% wartości robót netto, co w tym przypadku daje: 360 744 521,17 zł x 5% = 18 037 226,06 zł. Jak wynika z tabeli nr 2 współczynnik zmiany ceny w ostatnich miesiącach ciągle rośnie - ostatnie dostępne dane w GUS.

Mając na uwadze ostatni współczynnik zmiany ceny Wn=1,1132 oraz pozostałą wartość podlegającą waloryzacji (187 548 036,16 zł), prognozowana korekta wynosi 21 230 437,69 zł, dodając już skorygowaną wartość w latach 2020 i 2021 (9 218 301,02 zł) daje to kwotę 30 448 738,71 zł (tj. 8,44% do wartości robót netto podlegających waloryzacji). Wynika z tego, że 5% limit waloryzacji na przedmiotowym kontrakcie będzie niewystarczający do pokrycia wzrostu cen. Wykonawca poniesie stratę w kwocie 12 411 512,65 zł co stanowi 68,81% obecnego limitu. Główny Urząd Statystyczny poinformował, że w grudniu 2021 inflacja wyniosła 8,6% rok do roku. Roczna dynamika inflacji w grudniu była najwyższą odnotowaną do tej pory w XXI wieku - poprzedni wyższy odczyt przypada na listopad 2000 r. (9,3%).”

W tym miejscu Odwołujący Strabag zawarł wykres prezentujący współczynnik zmiany cen (Wgn).

„Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen uzasadniony jest wniosek o zmianę limitu do +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

Zarzut ustalenia zasad waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie Opcji w sposób nieuwzględniający zmian cen materiałów i kosztów

Zgodnie z postanowieniem załącznika nr 13 do Tom II SWZ Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1 - Świadczenie usług pogwarancyjnych, § 12 Waloryzacja:

a) cena za realizację Usług Pogwarancyjnych jest ryczałtowa i podlega korektom zgodnie z

Kontraktem.

b) Należne w danym roku wynagrodzenie z tytułu realizacji ww. Prawa Opcji 1 lub Prawa Opcji 2 będzie podlegało korekcie, której wysokość zostanie wyliczona jako iloczyn następujących składowych:

1) wysokość wynagrodzenia za te roboty wskazane w RCO,

2) iloczyn wysokości Wskaźników Waloryzacyjnych Usług (W2Gn) za wszystkie poprzednie lata kalendarzowe rozpoczynające się po upływie roku, w którym Wykonawca złożył Ofertę (w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 3 Umowy).

Przykład: Wynagrodzenie należne w 2027 r. za Prawo opcji nr 2 Oferty złożonej w 2019 roku

będzie obliczane jako iloczyn: wynagrodzenia za Prawo Opcji 2 (wskazana cena w RCO dla

Prawo Opcji 2) oraz poszczególnych Wskaźników Waloryzacyjnych Usług, tj. W2G 2020r.,

W2G 2021r. W2G 2022r. W2G 2023r. W2G 2024r. W2G 2025r. W2G 2026r.

Wysokość Wskaźnika waloryzacyjnego Usług za dany rok kalendarzowy będzie obliczana wg wzoru:

W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100)

gdzie:

- „W2Gn” jest wysokością Wskaźnika Waloryzacyjnego Usług za dany okres „n”; przy czym okresem tym jest rok kalendarzowy np. 2025 r.;

- „a2” jest stałym współczynnikiem o wartości 0,5 niepodlegającym korekcie;

- „b2”, „c2”, są współczynnikami stałymi określonymi w tabeli „Koszyk Waloryzacyjny dla Usług”, niepodlegającymi korekcie;

- symbole wskaźnika z indexem dolnym „n” są wskaźnikami dla okresu „n” czyli za konkretny rok kalendarzowy, publikowanymi przez Prezesa GUS w Biuletynie Statystycznym (wydawany dotychczas corocznie w styczniu uwzględniającym dane za okres całego roku kalendarzowego),

- symbol „x” oznaczają iloczyn,

- symbol „/” oznaczają iloraz.”

W tym miejscu Odwołujący Strabag zamieścił tabelę prezentującą koszyk waloryzacyjny dla usług.

„Zamawiający w powyższej tabeli koszyka waloryzacyjnego dla usług wprowadził współczynniki stałe (inaczej wagi) i tak dla CPI wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, ogółem w wysokości 0,1 i dla R wskaźnika dynamiki zmiany przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw w wysokości czterokrotnie większej niż dla CPI tj. 0,4. Suma wskaźników (wag) z tabeli koszyka waloryzacyjnego łącznie ma wynosić 0,5.

Dodatkowo wprowadzając współczynnik stały „a2" o wartości 0,5 niepodlegający korekcie, Zamawiający faktycznie ograniczył wysokość waloryzacji wynagrodzenia za Opcje nr 1 i 2 o

ponad 50% wysokości wskaźników GUS tj. CPI - wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (waga 0,1) oraz R (waga 0,4) - dynamika wskaźnika przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw ogółem. Wynika to z tego, że suma wskaźników a2+b2+c2 musi równać się jeden (0,5+0,1+0,4 = 1).

Tym samym Zamawiający przerzucił na Wykonawcę nieprzewidywalne ryzyko zmian cen i wynagrodzeń w części przewyższającej 50%. Uwzględniają opisane w dalszej części odwołania możliwe terminu skorzystania z Opcji 1 i 2 ryzyko to nie jest możliwe do oszacowania przez wykonawców. W tym zakresie oferty wykonawców będą nieporównywalne, ponieważ zmiany cen, jakie mogą wystąpić w okresie 20 lat nie są możliwe do przewidzenia. Poniżej przedstawiono analizę sposobu obliczenia wartości waloryzacji dla Opcji nr 1 i nr 2, wg danych archiwalnych GUS za lata 2010 do 2021."

Poniżej Odwołujący Strabag zamieścił tabelę prezentującą zestawienie wartości współczynników CPI i R.

„1.2 Wyliczenie zmiany waloryzacji wg. sposobu zaproponowanego przez Zamawiającego uwzględniające stały współczynnik a2=0,5:

Założenia:

Data złożenia Oferty 2009 r. (zgodnie z § 12, ust. 2, pkt. 2 waloryzacja rozpoczyna się po upływie roku, w którym Wykonawca złożył Ofertę).

W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100) - wysokość wskaźnika waloryzacyjnego za dany rok gdzie: a2=0,5

b2=0,1

c2=0,4"

W tym miejscu Odwołujący Strabag zawarł tabelę prezentującą W2Gn za dany rok oraz iloczyn wysokości wskaźników waloryzacyjnych usług W2Gn.

„Jak widać z powyższego po 12 latach realizacji Opcji waloryzacja Wynagrodzenia wyniesie 1,300, co po zmianie na procent daje 30%. Z analiza dokonanych przez odwołującego wynika, iż taka wartość waloryzacji będzie niewspółmierna do prognozowanych szacunkowo faktycznie występujących wzrostów cen robocizny, usług i materiałów. Dla poparcia powyższego twierdzenia odwołujący przedstawia dane publikowane przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa „Promocja" Sp. z o.o. SEKOCENBUD - Zagregowane Wskaźniki Waloryzacyjno- Prognostyczne (Zeszyt ZWW 3/2016 i Zeszyt ZWW 3/2021 - w załączeniu.)"

W tym miejscu Odwołujący Strabag zawarł tabelę prezentującą prognozy zmian cen w budownictwie.

„Z powyższych opracowań wynika, że zmiana stawek robocizny kosztorysowej - netto, która jest głównym czynnikiem cenotwórczym w przypadku wykonywania usług z zakresu Opcji 1 i 2, uległa wzrostowi pomiędzy III kwartałem 2016 r. a trzecim kwartałem 2021r. z 176,10 % do 268,70% czyli wzrost w ciągu 5 lat wyniósł 92,60%. Podkreślenia wymaga fakt, iż wzrost stawki robocizny od IV kw. 2006r (IVkw.2006 = 100%) do II kwartału 2021r. (268,70%), czyli za około 15 lat (łączny czas realizacji Opcji wskazany przez Zamawiającego wynosi 19 lat) wyniósł 168,70%. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi o zmianę sposobu liczenia waloryzacji wg sposobu określonego przez Zamawiającego uwzględniającego korektę współczynnik a2=0,0 oraz korektę współczynnika b2 do 0,2 i współczynnika c2 do 0,8 (zachowując proporcje zaproponowane przez Zamawiającego, że współczynnik c2-R jest czterokrotnie wyższy od współczynnika b2-CPI) - według poniższego

wzoru:

W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100) - wysokość wskaźnika waloryzacyjnego za dany rok

gdzie: a2=0,0

b2=0,2

c2=0,8”

W tym miejscu Odwołujący Strabag zawarł tabelę prezentującą W2Gn za dany rok oraz Iloczyn wysokości Wskaźników Waloryzacyjnych usług W2Gn.

„Jak wynika z powyższej analizy różnica pomiędzy sposobem zaproponowanym

przez Zamawiającego (tabela 1 - kolumna c), a propozycją Wykonawcy (tabela 2 - kolumna c') po 12 latach realizacji wynosi:

c - 1,300 = 30% - o jakie należy zwaloryzować wynagrodzenie wg Zamawiającego
c' - 1,679 = 67,90% - o jakie należy zwaloryzować po korekcie obliczonej według wzoru odwołującego. Powyższe dowodzi, że ustalony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji jest ponad dwukrotnie niższy niż wynikałoby to z zastosowania wskaźników GUS bez ograniczania ich współczynnikiem a2=0,5. Taki mechanizm nie ogranicza skutków nieprzewidywalności wzrostu cen. W związku z powyższym mając na uwadze nieprzewidywalność zmiany czynników cenotwórczych, jakie mogą wystąpić w okresie 20 lat, kiedy będą realizowane Opcje, Odwołujący wnosi o uwzględnienie przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji poprzez zmianę postanowień §12, ust. 2 pkt 2 Załącznika nr 13 do Tomu II SWZ w zakresie określenia nowych wartości stałych współczynników: a2=0,0, b2=0,2, c2=0,8.

Zarzut nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1

W zakresie Opcji 1 - Zamawiający zastrzegł sobie prawo do opcjonalnego (dodatkowego) powierzenia Wykonawcy świadczenia Usług pogwarancyjnych, w zakresie i na warunkach opisanych w Rozdziale 6 Programu Funkcjonalno Użytkowego (TOM IIIA i TOM IIIB).

W pkt 6.1. „Usługi w okresie pogwarancyjnym” w części dotyczącej tzw. „Wymagań ogólnych” wskazano, że „Zakres uprawnień i obowiązków Wykonawcy dotyczących realizacji Usług w okresie pogwarancyjnym określa Umowa oraz szczegółowe wymagania dotyczące Usług określone w niniejszym Rozdziale, zwanych dalej również Usługami Pogwarancyjnymi”

Obok PFU, zakres obowiązków Wykonawcy określa Załącznik nr 13 do Tomu II SWZ (Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych). Z § 2 ust. 12 wynika, że:

„Zadania zdefiniowane jako Usługi ma realizować II Linia Utrzymania, którą stanowić będzie personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych.

W Tomie IIIA PFU w części dotyczącej definicji wskazano, że Częścią Zamienną jest element przeznaczony do zainstalowania w urządzeniu w miejsce zepsutej lub zużytej oryginalnej części.

Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia zakres obejmującego Opcję 1 wynika, że przedmiot zamówienie obejmuje, m. in. obowiązek wymiany zepsutej lub zużytej części na Część Zamienną w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych. Ten element świadczenia usług pogwarancyjnych wymaga skalkulowania w cenie oferty.

Zgodnie z Rozdziałem 12 SWZ Instrukcji dla Wykonawców Wykonawcy (IDW) zobowiązani są uwzględnić w cenie oferty wszystkie wymagania SWZ oraz wszelkie koszty wykonania całości przedmiotu zamówienia.

I tak w Rozdziale 12 pkt 12.1 wskazano, że:

„Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia wraz z

zakresem opcjonalnym oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce)".

W realiach niniejszego postępowania powyższe wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny dodatkowo precyzują zakres Opcji 1 i 2 w pkt 12.8 „W zakresie części B, Części C (Prawo Opcji 1) oraz Prawa Opcji 2:

„12.8 Cena za realizację części B, musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót oraz Usługi gwarancyjne. Cena za realizację części C (Prawo Opcji 1) i Prawa Opcji 2 musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFUIIIA i PFUIIIB)"

12.9. Wykonawca musi dołączyć do oferty (WYCENY) wypełnione Rozbicie Ceny Zgodnie z Rozbiciem Ceny Ofertowej.

W odniesieniu do Opcji 1 Zamawiający wymaga złożenia wyceny usług pogwarancyjnych w Rozbiciu Ceny Ofertowej RCO dla Opcji 1 i 2, tj. Tomu IV Cześć B

B.1	Prawo Opcji 1 - Usługi pogwarancyjne * (łączna wartość Prawo Opcji nr 1 - nie mniej niż 1% nie więcej niż 9% wartości netto Zakresu Podstawowego Robót branży A oraz TT)			
B.1.1	Komputerowy system sterowania ruchem kolejowym na posterunkach ruchu - bez urządzeń przytorowych (urządzenia wewnętrzne) - na posterunkach ruchu (lokalne stanowiska obsługi).	m-c	108	0,00
B.1.2	Komputerowy system sterowania ruchem kolejowym na posterunkach ruchu - urządzenia przytorowe (urządzenia zewnętrzne), w tym bramki sygnałowe, sygnalizatory, napędy zwrotnicowe, elementy oddziaływania oraz okablowanie tych elementów.	m-c	108	0,00
B.1.3	Komputerowe blokady liniowe na szlaku z kontrola niezajętości wraz z powiązaniem na stacjach stycznych i okablowaniem (urządzenia wewnętrzne i zewnętrzne).	m-c	108	0,00
B.1.4	Urządzenia srk na przejazdach kolejowych i na przejściach.	m-c	108	0,00
B.1.5	Urządzenia systemu sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz systemu sygnalizacji włamania i kontroli dostępu (w tym urządzenia monitoringu tych systemów).	m-c	108	0,00
B.1.6	Urządzenia zasilania podstawowego, buforowego (UPS) i awaryjnego (agregatorowe) wraz układami automatycznego przełączania/uruchomienia zasilania z sieci rezerwowej, źródła zasilania awaryjnego i źródła zasilania buforowego oraz ochrona przeciwprzepięciowa i przeciwporażeniowa zabudowanych urządzeń.	m-c	108	0,00
B.1.7	Urządzenia systemu teletransmisji.	m-c	108	0,00
B.1.8	Urządzenia systemu telewizji przemysłowej TVu dla monitoringu wizyjnego dla potrzeb stwierdzania końca pociągu (SKP) i dla monitoringu wizyjnego przejazdów kolejowo-drogowych i na przejściach.	m-c	108	0,00
B.1.9	Usługa zapewnienia dostępu do Narzędzia Klasy SD **	m-c	108	0,00

Każda z pozycji RCO wymaga uwzględnienia w jej ocenie buforu Części Zamiennych, przy czym w żadnych z dokumentów postępowania Zamawiający nie ujawnił jakichkolwiek informacji, które pozwoliłyby wykonawcom na oszacowanie takiego buforu.

Dodatkowo w odniesieniu do „Usługi zapewnienie dostępu do Narzędzia Klasy SD" Zamawiający nie wskazał jakikolwiek informacji, czy wytycznych pozwalających na wycenę zapewnienia Narzędzia Klasy SD. Zamawiający poprzestał na zdefiniowaniu Narzędzia Klasy Service Desk (SD) jako „system teleinformatyczny obsługujący procesy biznesowe, w szczególności odpowiadający wymaganiom niniejszego OPZ. System jest dostępny dla użytkowników w trybie 24/7/365"

W rozdziale w Rozdziale 6 PFU (TOM IIIA i TOM IIIB), w pkt 6.2.1. Zamawiający dodatkowo wskazał, że:

„1. Zgłoszenia Serwisowe będą obsługiwane za pośrednictwem Narzędzia Klasy SD.

2. Wykonawca zapewni alternatywne przekazywanie przez Zamawiającego Zgłoszeń Serwisowych telefonicznie lub e-mailem na podane przez Wykonawcę dane kontaktowe Centrum Serwisowego Wykonawcy z całodobowym łączem telefonicznym, dostępnym w trybie 24/7/365 dla Zgłoszeń Serwisowych. Wykonawca zapewni rejestrację w

Narzędziu Klasy SD takich zgłoszeń zgodnie datą i godziną ich otrzymania, także jeśli Narzędzie Klasy SD będzie niedostępne (rejestracja Zgłoszenia nie będzie możliwa).”

Z kolei w § 2 ust. 16 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ (Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych) wskazano, że:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo dostarczenia własnego Narzędzia Klasy SD dla którego Wykonawca otrzyma co najmniej 1 licencje na jego użytkowanie i będzie zobowiązany wykonywać czynności rejestracji i aktualizacji statusu Zgłoszeń Serwisowych.” W kontekście powyższego warunku nie sposób ustalić, na jakiej podstawie prawnej i w którym momencie realizacji zakresu Opcji 1 Zamawiający ograniczy przedmiot Opcji o

obowiązek zapewniania Narzędzia Klasy SD. Opis przedmiotu zamówienia w omawianym zakresie stwarza stan niepewności, co do zakresu świadczeń Wykonawcy, a tym samym przedmiotu zamówienia. Kwestionowane postanowienia dokumentów postepowania nie spełniają też wymogów art. 433 pkt 4 PZP.

W zakresie buforu Części Zamiennych dokumenty postępowania nie dają podstaw kalkulacji oferty przetargowej. W tym zakresie oferty wykonawców nie spełnią wymogu porównywalności, albowiem każdy z nich będzie zmuszony oprzeć się na spekulacjach, próżno bowiem z opisie przedmiotu zamówienia znaleźć jakichkolwiek wytycznych w tym zakresie. W zakresie zapewnienie Narzędzia Klasy SD możliwe jest też przyjęcie sytuacji, w której przedmiot zamówienia w ogóle nie będzie dostarczany przez wykonawcę.

Zarzut nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie OPCJI 2

Zgodnie z pkt II.2.11) Ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednio Rozdziału 1 pkt 23 IDW SWZ Zamawiający przewidział Prawo Opcji 2:

„Prawo Opcji 2 - opcjonalna realizacja świadczeń w zakresie i na zasadach określonych w Rozdziale 7 w TOM IIIA „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów” - realizowana niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach i zakresie wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż do zakończenia niniejszego Kontraktu, w tym do zakończenia wykonania Usług pogwarancyjnych w przypadku zlecenia Prawa Opcji 1”

W niniejszym postepowaniu w zakresie Opcji 2 Zamawiający ograniczył się do opisu zawartego w Rozdziale 7 TOMu III A PFU „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”: „Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia gotowości i realizację współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego, a które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zadania. Współpraca będzie odbywać się za pośrednictwem Zamawiającego i/lub Inżyniera. Wykonawca przewidzi, wyceni i uwzględni w ramach niniejszego zakresu zamówienia koszty związane ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania (bezpiecznego i niewprowadzającego ograniczeń eksploatacyjnych) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami przewidywanymi do zabudowy i wymagającymi powiązania.

Wykonawca dokona w istniejących urządzeniach srk niezbędnych zmian m.in. w oprogramowaniu, oraz weźmie udział w testach integracyjnych niezbędnych do zapewnienia powiązania z urządzeniami srk przewidzianymi do zabudowy w ramach innych zadań wymienionych poniżej. Współpraca urządzeń srk będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę zgodnie z pkt. 4.3.2. Zamawiający przewiduje następujący zakres prac realizowanych w ramach innych

Kontraktów wpływający na konieczność dokonania zmian w zakresie interfejsów w urządzeniach srk zabudowanych w ramach niniejszego zadania (realizacji Prawa Opcji 2) :

1. Zabudowa urządzeń zdalnego sterowania w budynku nastawni w Czechowicach - Dziedzicach (LCS Czechowice- Dziedzice) w tym urządzenia CUiD oraz PIP - włączenie urządzeń srk stacyjnych i liniowych zabudowanych w ramach niniejszego zadania do LCS Czechowice- Dziedzice.

2. Zabudowa urządzeń srk na stacji Tychy.

3. Zabudowa urządzeń srk na stacji Radostowice.

4. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2.

Realizacja współpracy Wykonawcy z innymi wykonawcami, o której mowa w niniejszym rozdziale, rozpocznie się na żądanie Zamawiającego złożone w trakcie realizacji

Zamówienia.

Wykonanie zobowiązań przez Wykonawcę w tym zakresie może stanowić przedmiot odrębnego odbioru końcowego tych prac, innego niż przewidziany w ramach Zakresu podstawowego Zamówienia”

Przedmiot Opcji 2 został ujęty w W Rozbiciu Ceny Ofertowej RCO dla Opcji 1 i 2, tj. Tomu IV

Cześć B:

B.2	Prawo Opcji 2 - realizacja świadczeń na warunkach określonych Umową oraz w zakresie i na zasadach określonych w PFU Rozdziale 7 pn. "Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów"		
B.2.1	Zabudowa urządzeń zdalnego sterowania na stacji Czechowice-Dziedzice (LCS Czechowice- Dziedzice) w tym urządzenia CUiD oraz PIP - włączenie urządzeń srk stacyjnych i liniowych zabudowanych w ramach niniejszego zadania do LCS Czechowice- Dziedzice.	szt.	1
B.2.2	Zabudowa urządzeń srk na stacji Tychy	szt.	1
B.2.3	Zabudowa urządzeń srk na stacji Radostowice.	szt.	1
B.2.4	Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2.	szt.	1

Analizując opis przedmiotu zamówienie w zakresie Opcji 2 należy wskazać, że Zamawiający oczekuje od wykonawców oszacowania nie tylko wartości zamówienia, ale też określenia

jego przedmiotu, nie dając jednocześnie jakichkolwiek podstaw do ustalenia zakresu zamówienia.

W ramach Opcji 2 Zamawiający oczekuje, by wykonawcy przewidzieli, oszacowali i uwzględnili koszty związane ze współpracą z wykonawcami innych zadań. W ramach takiej współpracy wykonawca w wykonaniu Opcji 2 miałby doprowadzić do zmian w zakresie interfejsów w taki sposób, aby zapewnić powiązanie urządzeń srk dostarczonych w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami, które w przyszłości, w ramach innych Kontraktów ewentualnie dostarczą inni wykonawcy. W zakresie wskazanych wyżej urządzeń pkt 2, 3 i 4 nie istnieją jakiekolwiek podstawy do oszacowania, ani tym bardziej do przewidzenia, jakie urządzenia w ramach innych Kontraktów zostaną w przyszłości zabudowane. Tym samym nie istnieje obiektywna możliwość przewidzenia przedmiotu zamówienia, skoro na chwilę obecną nie są nawet znani wykonawcy innych Kontraktu ani przedmiot takich przyszłych Kontraktów. Spełnienie wymogu „przewidzenia, wyceny i uwzględniania” zakresu Opcji 2 można oprzeć wyłącznie na spekulacjach. Podobnie, jak w odniesieniu do Opcji 1, Zamawiający zaniechał opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wskazane na wstępie przepisy PZP. W realiach niniejszego postepowania nie jest możliwa rzetelna wycena zakresu Opcji 2, tym samym ewentualne oferty nie będą porównywalne.

W szczególności wskazać należy na to, że Zamawiający nie ujawnił liczby i typów urządzeń SRK, jakie miałyby być zabudowane w ramach „Zabudowy urządzeń srk na stacji Tychy czy Radostowice”. Nie jest też znana liczba odstępów oraz typy blokady w ramach planowanych przebudów stacji. Brak też jest jakikolwiek informacji w zakresie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, w szczególności w zakresie dostawcy takiego systemu.

Zarzut nienależytego określenia terminu wykonania przedmiotu zamówienia objętego Opcją 1 oraz okoliczności skorzystania z Opcji 1.

Zgodnie z wymogiem art. 434 ust. 1 PZP umowę zawiera się na czas oznaczony, nie dłuższy niż 4 lata.

W opisie Opcji 1 Zamawiający wskazał, że czas przez jaki Wykonawca będzie świadczyć Usługi pogwarancyjne wynosi maksymalnie 9 i pół roku, tj. 108 miesięcy. Okres świadczenia tych usług objętych Opcją 1 rozpoczyna się bezpośrednio po dacie upływu okresu świadczenia Usług gwarancyjnych.

Przedmiot Opcji 1 nie obejmuje dostaw wskazanych w art. 435 ust. 1 PZP ani dostaw określonych w ust. 2 tego przepisu, określenie tak długiego okresu świadczenie usług w ramach Opcji 1 jest niedopuszczalne. Zamawiający nie wskazał też jakichkolwiek okoliczności uzasadniających tak długi okres obowiązywania umowy.

Zarzut braku należytego określenia terminu wykonania przedmiotu objętego Opcji 2 oraz okoliczności skorzystania z Opcji 2.

Zgodnie z Rozdziałem 7 TOMu III A PFU „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów": Zakres prac obejmujących Prawo Opcji 2 ma być realizowany niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż do zakończenia realizacji Zakresu podstawowego, a w przypadku uruchomienia Prawa Opcji 1, do czasu zakończenia jej realizacji. Jak wyżej wskazano w niniejszym postepowaniu opisując prawo Opcji 2 poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i zaniechał opisu przedmiotu Opcji 2 w sposób, który pozwoliłby wykonawcom na sporządzenie rzetelnych o porównywalnych ofert.

Skorzystanie przez Zamawiającego z prawa Opcji nie zwalnia go z obowiązku zadośćuczynienia obowiązkowi opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisu art. 99 i następnych PZP. W szczególności zaś Zamawiający zobowiązany jest wskazać w SWZ termin wykonania zamówienia.

Termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia jedna z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej. Zgodnie z wyrokiem KIO z 12.11.2014r., KIO 2167/14 opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem Zamawiającego podlegającym kontroli, m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności. W wyroku z 16.10.2014r., KIO 2029/13, wskazano, że termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SWZ. Z kolei w wyroku z 06.11.2014r., KIO 2177/14 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby Zamawiającego.

Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby jego wykonanie było możliwe, tak by każdy wykonawca mógł oszacować ceną oferty uwzględniając termin wykonania zamówienia."

W tym miejscu Odwołujący Strabag harmonogram prezentujący terminy poszczególnych zakresów.

„Jak wyżej wskazano Zamawiający może skorzystać z prawa Opcji w sposób zupełnie dowolny oraz z dowolnym czasie. Okres, w którym wykonawca będzie pozostawał w stanie niepewności obejmuje przedział czasu pomiędzy podpisaniem Umowy a terminem 6 miesięcy przed upływem okresu realizacji Opcji 1, co oznacza możliwość skorzystania z Opcji w terminie 230 miesięcy (ponad 19 lat) od podpisania Umowy.

Tak odległe terminy czynią przedmiot Opcji 2 niemożliwym do oszacowania. Zmiany gospodarcze, jakie mogą zaistnieć w tak długim okresie są niemożliwe do przewidzenia ani tym bardziej do oszacowania. Postanowienia SWZ nie dają wykonawcom podstaw do rzetelnego oszacowania nie tylko samej wartości zamówienia, ale realnej możliwości jego wykonania po tak długim okresie od zawarcia Umowy.

Opis Opcji 2 zarówno w zakresie terminu jego wykonania jak i okoliczności, w których Zamawiający skorzysta w Opcji 2 narusza zasady uczciwej konkurencji jak i przekracza granicę swobody umów wyrażoną w art. 353 1 k.c. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji i narzucać takich warunków umowy, które sprzeciwiają się zarówno naturze stosunku zobowiązaniowego jak i zasadom współżycia społecznego, co ma miejsce w niniejszej sprawie poprzez narzucenie przez Zamawiającego bliżej niesprecyzowanych terminów wykonania. Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów art. 353 1 i art. 5 KC, w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, w szczególności art. 441 ust. 1 pkt 2 PZP.

Zarzut ustalenia wysokości zabezpieczenia Opcji 1 z naruszeniem przepisu art. 452 ust. 2

PZP

Zgodnie z pkt 22. 1 SWZ IDW Zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania umowy z wysokości 5 % ceny całkowitej brutto dla Zakresu Podstawowego.

Z kolei w § 14 ust. 1 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ wskazano na obowiązek wniesienia zabezpieczenie Opcji 1 w wysokości 0,3 % kwoty netto Ceny Kontraktowej.

Zgodnie z art. 452 ust. 2 PZP Zamawiający może żądać zabezpieczenia należytego wykonania w wysokości nieprzekraczającej 5 % ceny podanej w ofercie. W odniesieniu do Opcji 1 Zamawiający oczekuje zabezpieczenia w wysokości odnoszącej się Ceny Kontraktowej a nie ceny za wykonanie Opcji 1

Cena Kontraktowa zgodnie z Subklauzulą 14.1 warunków Szczególnych Kontraktu jest ustalana oddzielnie dla Części A i B. Przyjmując łączną Ceny Kontraktowej możliwe jest przyjęcie łącznej wartości , tj. ok 1.230.000.000 zł Żądane zabezpieczenie wyniesie 3.690.000,00 zł. Przyjmując szacunkową wartość Opcji 12.500.000 zł, maksymalna wartości zabezpieczenie winna wynieść 625.000 zł.

Za nieuzasadnione uznać należy ustalenia wartości zabezpieczenia od wartości Ceny Kontraktowej, która zresztą nie została precyzyjnie zdefiniowana. Wartość za zabezpieczenia winna zostać ustalona na poziomie 5% wartości Opcji 1.

Zarzut zastrzeżenia rażąco wygórowanej kary umownej w zakresie Opcji 1

W § 16 ust. 6 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ (Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych) Zamawiający ustalił karę umowną:
„w przypadku wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w Rozbiciu Ceny Ofertowej”

Powyższy warunek godzi w wymogi art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 5 k.c. , art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.

Odwołujący podnosi, że ustalona przez Zamawiającego kara umowna jest rażąco wygórowana i w istocie nie ma poparcia w potrzebach Zamawiającego. Szacowana wartość niniejszego zamówienia to ok 1.000.000.000 zł netto, co daje kwotę brutto 1.230.000.000 zł., a zatem uwzględniając jedynie szacunkową wartość zamówienia podstawowego ewentualna kara umowna wyniesie ok. 3.690.000,00 zł. Zaakceptowana Kwota Kontraktowa obejmuje Cenę oferty za zakres podstawowy, Opcję 1 i Opcję 2 (Subklauzula 1.1.4.1. Warunków Szczególnych Kontraktu), w związku z tym kara może opiewać na wyższą kwotę .

Przedmiot Opcji 1 opiewa na wartość od 1-9 % zakres AA i TT, tj. uwzględniając dane historyczne możliwe jest przyjęcie wartości Opcji na poziomie ok 12.500.000,00 zł tym samym wartość kary umownej może osiągnąć 1/3 wartość przedmiotu Opcji 1.

Podobnie wygórowaną karę przewidziano w § 16 ust. 7 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ:

„w przypadku zawinionego przez Wykonawcę niewykonania w terminie zobowiązania do złożenia Zabezpieczenia Wykonania, o którym mowa w § 14 ust. 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w Rozbiciu Ceny Ofertowej”.

Uwzględniając wysokość zabezpieczenia wymaganego w odniesieniu do Opcji 1, które wykonawca również kwestionuje niniejszym odwołaniem, wartość kary umownej z tytułu niedostarczenia zabezpieczenie przewyższy wartość dopuszczalnego przepisami PZP zabezpieczenia. Wskazać ponadto należy, zgodnie z § 14 ust. 6 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ w przypadku uchybienia przez Wykonawcę obowiązkowi dostarczenie zabezpieczenia Zamawiający uprawniony będzie do skorzystania z posiadanego zabezpieczenia, a kwota uzyskana w ten sposób będzie zabezpieczeniem Opcji. Nie istnieje tym samym jakikolwiek ryzyko Zamawiającego w zakresie potencjalnego braku zabezpieczenia.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27.08.2019 r., KIO 1585/19
„Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 KC, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Przy formułowaniu postanowień

dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Działania zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu."

Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i być przyczyną niewielkiego zainteresowania wykonawców zamówieniem. To z kolei wpłynie na konkurencyjność postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o dostosowanie kary umownej odnoszącej się do Opcji 1 tj. kary określonej w § 16 ust. 6 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ do wartości zakresu prac objętych Opcją poprzez jej zastrzeżenie w wysokości tożsamej w wysokością kar ustalonych dla zakresu podstawowego zgodnie z Subklauzula 13.7 pkt t Warunków Szczególnych Kontraktu , tj. w wysokości 10 % wartości netto Opcji 1. Jednocześnie też odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z kary ustalonej w § 16 ust. 6 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ, albowiem taka kara będzie podstawą uzyskania przez Zamawiającego bezpodstawnych korzyści. Zamawiający ma możliwość uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 z zabezpieczenia należytego wykonania zakresu podstawowego.

Ad. 16 wniosków odwołania

W pkt 1.8.4. (str. 14) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne, Zamawiający przewidział, że:

„Dla usunięcia nieprzewidzianych kolizji z sieciami elektroenergetycznym zarządzanymi przez Zakłady Energetyczne Wykonawca, na własny koszt, opracuje projekty wykonawcze, uzyska wymagane uzgodnienia oraz wykona niezbędne roboty. Wykonawca tak powinien opracować projekty technologiczne, warsztatowe i inne, aby uniknąć konieczności zmian lub uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji administracyjnych. Jednakże, w przypadku konieczności Wykonawca uzyska wszelkie wymagane uzgodnienia lub decyzje administracyjne. Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy."

Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego we wskazanej części STWiORB nie daje jednoznacznych podstaw do oszacowania i przygotowania rzetelnej kalkulacji kosztów opracowania dokumentacji, ani usunięcia ewentualnych kolizji. Zakres ww. prac będzie znany dopiero w trakcie realizacji zamówienia, o ile wystąpią nieprzewidziane kolizje. Określenie przedmiotu prac oraz ich ilości, w chwili sporządzania i wyceny oferty, nie jest tym samym możliwe do przewidzenia, nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością.

Zgodnie z art. 99 PZP Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. W opinii Odwołującego, określając wymóg wykonania przez Wykonawcę ww. nieprzewidzianych prac i ponoszenia ich kosztów, Zamawiający nie sprostał temu obowiązkowi. Powyższe oznacza bowiem, że każdy z Wykonawców musiałby dokonać własnych i jedynie hipotetycznych założeń w kwestii ewentualnego występowania niezidentyfikowanych kolizji, co doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert. Zamawiający nie wskazał też odpowiedniej pozycji Przedmiaru robót, w której powyższy zakres prac należałoby ująć.

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 PZP (obecnie art. 99 PZP). To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami nienależytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. W innym przypadku dochodziłoby do przerzucenia na wykonawcę ustawowego obowiązku precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w zaskarżonym postanowieniu STWiORB sposób przerzuca na Wykonawcę ryzyko istnienia niezidentyfikowanych kolizji zarówno związane z kosztem i czasem.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 15.02.2018 r., KIO 173/18, nie można akceptować przerzucania nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówieniach publicznych. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona, m.in. obowiązkiem Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, to Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy o informacje i dane, które stworzą

podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert.

W realiach niniejszego postępowania przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych w oparciu o dokumentację Zamawiającego. Zgodnie z Subklauzulą 17.3 wzoru Szczegółowych Warunków Kontraktowych projektowanie jakiejkolwiek części Robót stanowi ryzyko i odpowiedzialność Zamawiającego, nie Wykonawcy.

Należy także wskazać, że zaskarżone postanowienie STWiORB pozostaje niespójne i nie uwzględniają regulacji z § 5 ust 1 wzoru Aktu Umowy, w którym Zamawiający przewidział, że zmianę Umowy, między innymi w sytuacji wystąpienia wad w Dokumentacji Projektowej, rozbieżności danych zawartych w dokumentacji projektowej ze stanem faktycznym, skutkujących koniecznością dokonania zmian, wskazując że w takim przypadku zmianie ulegnie Czas na Ukończenie lub Zaakceptowany Kwota Kontraktowa o koszt koniecznych do wykonania Robót w związku z wprowadzonymi zmianami.

Wobec powyższego zasadny jest zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienie bez podstawowych danych koniecznych do kalkulacji oferty przetargowej. Dokonany w

niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów wskazanych w przepisem art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wypływ na wysokość ceny.

W związku z brakiem opisania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego i przerzuceniem na Wykonawcę wszelkich ryzyk z tym związanych, Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany, jak w petitum odwołania.

Ad. 17 wniosków odwołania

Zamawiający w pkt 1.8.13. (str. 25) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne, określił wymóg, że:

„Wykonawca będzie ponosił koszty związane z:

- wyłączeniem napięcia w sieci trakcyjnej,
- zamknięciem toru,
- osygnalizowaniem ograniczeń prędkości biegu pociągów po torze czynnym obok miejsca robót i po robotach,
- zwiększeniem na czas robót obsady posterunków ruchu,
- wynajęciem lokomotyw z obsługą do przeciągania pociągów trakcją nieelektryczną
- wprowadzeniem zastępczej komunikacji autobusowej.

i inne koszty konieczne do prawidłowej realizacji Kontraktu Koszty te Wykonawca winien uwzględnić w pozycjach podstawowych robót."

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w powyższym postanowieniu STWiORB nałożył na wykonawcę obowiązek ponoszenia kosztów zwiększenia obsady posterunków ruchu, jak i

wszelkich innych koniecznych dla realizacji Kontraktu, bez wskazania faktycznego

przedmiotu zamówienia, co umożliwia dokonanie wyceny przewidzianych obowiązków

Wykonawcy.

Brak jest w OPZ wskazania, jaki ma być zakres zwiększenia obsady posterunków ruchu, ilość osób takiej obsady, czy Zamawiający oczekuje, że mają to być wyłącznie pracownicy zatrudnieni w PKP, czy będący pracownikami Wykonawcy. Innymi słowy, Zamawiający nie wskazał w sposób wyczerpujący, jaki ma być zakres świadczenia wykonawcy, przewidziany w zaskarżonym postanowieniu. Zamawiający nie wskazał też odpowiedniej pozycji Przedmiaru robót, w której powyższy zakres należałoby ująć.

Odwołujący wskazuje także, że nie jest prawidłowe określenie w OPZ obowiązku ponoszenia przez Wykonawcę wszelkich możliwych kosztów związanych z realizacją Kontraktu. Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu zobowiązaniu są dokonać wyceny świadczeń (robót) stanowiących przedmiot zamówienia, opisany przez Zamawiającego. W przypadku niedookreślonego i niejednoznacznego opisu powyższy obowiązek, staje się niemożliwy do spełnienia.

Nie jest dopuszczalne i możliwe stwierdzenie przez zamawiającego z góry, iż umowa obejmuje zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, mogący wyniknąć np. z ujawnionych w trakcie budowy nowych, istotnych okoliczności czy znacząco odmiennych warunków niż zakładane przy złożeniu oferty (tak np. KIO w wyroku z dnia 2 marca 2010 r., KIO/UZP 184/10). Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.09.2016 r. (I CSK 659/15) wskazał, że zmianę wynagrodzenia wymusza pojawienie się zdarzenia niezależnego od stron, którego nie były one w stanie obiektywnie przewidzieć w dacie zawarcia umowy.

Przez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, Zamawiający naruszył powołane w odwołaniu przepisy PZP, a Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany zaskarżonego postanowienia STWiORB, zgodnie z jego wnioskiem.

Ad 18 wniosków odwołania

W punkcie 1.9. (str. 27) „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki" Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne, Zamawiający wskazał, że:

„Przed przystąpieniem do robót budowlanych Wykonawca naprawi istniejące ogrodzenia, tak aby uniemożliwić osobom postronnym dostęp do linii kolejowej i placu budowy."

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający w sposób nadmierny i nieuprawniony oczekuje naprawy przez Wykonawcę ogrodzenia w sposób uniemożliwiający osobom postronnym dostęp do linii kolejowej. Wykonawca robót zgodnie z § 9 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych z dnia 6 lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 47, poz. 401) zobowiązany jest zapewnić, aby: „1. Teren budowy lub robót należy ogrodzić albo w inny sposób uniemożliwić wejście osobom nieupoważnionym. 2. Jeżeli ogrodzenie terenu budowy lub robót nie jest możliwe, należy oznakować granice terenu za pomocą tablic ostrzegawczych, a w razie potrzeby zapewnić stały nadzór."

Wykonawca odpowiedzialny jest za ogrodzenie terenu budowy, jednakże nie znajduje podstaw do nałożenia na niego w ramach przedmiotowego zamówienia obowiązku naprawy ogrodzenia istniejącego w zakresie linii kolejowych, za które to odpowiada Zamawiający. Powyższy obowiązek nie został również przez Zamawiającego określony w sposób umożliwiający określenie zakresu prac, do których wykonania byłby zobowiązany

Wykonawca. Ponadto najczęściej istniejące ogrodzenia przy liniach kolejowych nie należą do Zamawiającego, a ich właściciele nie muszą w ogóle być zainteresowani pracami na ich ogrodzeniu. Zamawiający nie określił podmiotów będących właścicielami ogrodzenia, którego naprawy oczekuje od Wykonawcy, ilości takich prac oraz skutków odmowy właścicieli na dokonanie takich napraw.

Mając na uwadze, że dokonanie napraw ogrodzenia w zakresie dotyczącym uniemożliwiania dostępu do linii kolejowych pozostaje bez związku z niniejszym zamówieniem, Wykonawca wnosi, jak we wnioskach petitum odwołania.

Ad 19 wniosków odwołania

Zarzut nienależytego opisu przedmiotu zamówienia odnosi się również do innego z obowiązków nałożonych na Wykonawców Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne, tj. w pkt 1.10. „Niewypały, niewybuchy", zdanie ostatnie, w którym Zamawiający przewidział, że:

„Koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów ponosi Wykonawca."

W powyższym zakresie trudno spekulować, jakie koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów lub niewybuchów, powinien ponieść Wykonawca w związku z zaskarżonym postanowieniem STWiORB. Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający Wykonawcy rzetelne skalkulowanie tych kosztów. Opisane w ww. zdaniu zdarzenia są nieprzewidywalne. Żaden wykonawca przy dołożeniu należytej staranności nie jest w stanie przewidzieć i ustalić, czy na terenie budowy będą niewypały / niewybuchy oraz w jakiej skali.

Ponadto, wskazane postanowienie pozostaje sprzeczne z postanowieniami projektu Aktu Umowy, który w § 5 ust. 4 lit. d) przewiduje, że zmiany spowodowane okolicznościami:

„d) w przypadku odkrycia znaleziska, o którym mowa w SubKLAUZULI 4.24 Warunków Szczególnych, a także innego obiektu lub przedmiotu, który w sposób znaczący zakłóca lub uniemożliwia wykonywanie Robót, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy - w takim przypadku zmianie ulegnie:

Czas na Ukończenie, odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o których mowa powyżej, a które uniemożliwiają realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, lub data wykonania Etapu lub Etapów, lub zakres Etapu lub Etapów, lub

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa, która może ulec zwiększeniu do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 12.3 Warunków Szczególnych"

W związku z brakiem opisania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego i przerzuceniem na Wykonawcę ryzyk z tym związanych, niespójnie z treścią projektu Aktu Umowy, Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany, jak w petitum odwołania.

Ad 20 wniosków odwołania

W punkcie 2.2 „Materiały i urządzenia muszą być zgodne z Dokumentacją Projektową i wymaganiami określonymi w Specyfikacji" (str. 43) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G - Wymagania ogólne, w części odnoszącej się do bazy - składowiska odpadów, Zamawiający wskazał, że:

„Materiały z rozbiórek kwalifikowane, jako odzysk, przeznaczone do zagospodarowania przez Zakład Linii Kolejowych PKP PLK S.A. w Sosnowcu należy transportować uprzednio posegregowane na bazę składową Zakładu Linii Kolejowych. Na bazach tych prowadzone będą czynności związane z przekazywaniem posegregowanych materiałów z odzysku realizowane przez Wykonawcę robót protokołem zdawczo-odbiorczym, który dokona na własny koszt ich dowozu, rozładunku i prawidłowego ułożenia na bazie-składowisku. Koszty organizacji bazy i robót związanych z przystosowaniem wskazanej lokalizacji dla potrzeb składowiska obciążają Wykonawcę."

Z powyższej treści STWiORB wynika, że Zamawiający przewidział w zdaniu ostatnim ww. postanowienia, że Wykonawcę obciążają koszty zarówno organizacji bazy, jak i robót związanych z dostosowanie do potrzeb składowania. Odwołujący zarzuca, że pomimo konieczności wykonania prac Zamawiający, w zaskarżonej części STWiORB, nie określił wystarczająco i jednoznacznie przedmiotu zamówienia, który Wykonawca zobowiązany jest wykonać i wycenić w swojej kalkulacji.

Zamawiający przede wszystkim nie wskazał, gdzie znajduje się lokalizacja bazy, w szczególności w jakiej jest odległości od placu budowy. Brak jest również wskazania, jakie prace należy wykonać, aby przystosować tą bazę do potrzeb składania.

Odwołujący zarzuca zatem naruszenie przepisów PZP, wskazanych w odwołaniu i wnosi, jak w petitum. (...)"

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 lutego 2022 r. wniósł o jego oddalenie w całości, przedstawiając argumenty na poparcie stanowiska w złożonej odpowiedzi na odwołanie.

„Zarzut z pkt 1 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające na zaniechaniu wprowadzenie definicji Odcinków

1. W punkcie 1 Odwołania sformułowano zarzut dot. przekroczenia granic swobodnego kontraktowania poprzez brak wprowadzenia do Postępowania definicji odcinków, a tym samym uregulowanie postanowień umownych w taki sposób, że bieg okresu gwarancji i rękojmi rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia. Odwołujący wskazał także, że zaniechanie określenia przez Zamawiającego precyzyjnych wymagań dotyczących biegu okresu gwarancji i rękojmi stanowi naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP oraz art. 99 ust.1 ustawy PZP.

2. Zamawiający wskazuje, iż powyższy zarzut jest całkowicie bezzasadny, a żądania Odwołującego w jego zakresie są sprzeczne z podstawową funkcją ochronną gwarancji.

3. Zamawiający w treści SubKlazuli 1.1.3.7 Warunków Umowy wprowadził definicję okresu zgłaszania wad:

„Okres Zgłaszania Wad" oznacza 72 miesiące na zgłaszanie wad w Robotach lub jakimś ich Odcinku (w zależności od przypadku) według SubKLAUZULI 11.1 Warunków Szczególnych,

liczone od daty, z którą Roboty lub Odcinek są ukończone, tak jak poświadczono według SubKLAUZULI 10.1 Warunków Szczególnych, z każdym przedłużeniem według

SubKLAUZULI 11.3 Warunków Szczególnych.

Okres ten rozumie się jako okres rękojmi za wady i jest on równy okresowi objętemu Gwarancją Jakościową, o której mowa w Kontrakcie. Bieg okresu Gwarancji Jakościowej rozpoczyna się w dacie wskazanej w Karcie Gwarancyjnej. [...]

Okres gwarancji nie może kończyć się przed upływem 72 miesięcy liczonych od ostatniego Odbioru końcowego.

4. Kontrakt jest oparty na warunkach kontraktowych FIDIC, tym samym w powyższej SubKlauzuli pojawia się pojęcie „Odcinka" ale co do zasady wprowadzenie odcinków pozostaje uprawnieniem Zamawiającego. W niniejszym Postepowaniu Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie odcinków.

5. Przywołana definicja stanowi, że okres zgłaszania wad będzie liczony od daty, w której Roboty lub Odcinek są ukończone, jednocześnie definicja zawiera odesłanie do SubKlazuli 10.1 Warunków Umowy, zgodnie z którym roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego. SubKlazula ta przewiduje również, że Wykonawca wystąpi o Świadectwo Przejęcia za pomocą powiadomienia Inżyniera w terminie 14 dni po dokonaniu Odbioru końcowego.

6. Odwołujący formułując zarzut dot. biegu okresu gwarancji i rękojmi oparł się na treści SubKlauzuli 8.13 Warunków Umowy, które w zakresie obu części przewidują odbiory eksploatacyjne dla wszystkich robót objętych Etapami 3-5. Odwołujący wskazał, że z tego powodu okres rękojmi i gwarancji rozpocznie swój bieg dopiero po upływie kilkunastu miesięcy od rozpoczęcia eksploatacji robót przewidzianych do wykonania w tych Etapach. W ocenie Odwołującego taka postać zapisów umownych stanowi naruszenie przepisów k.c. dotyczących rękojmi oraz zasady swobody umów. Zamawiający podkreśla, że takie stanowisko można uznać wyłącznie za nieuprawnioną wykładnię przepisów k.c. przez Odwołującego, która nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

7. Zamawiający w treści SubKlauzuli 11.1 Warunków Umowy przewidział m.in., że:

Aby zapewnić, że Roboty oraz Dokumenty Wykonawcy i każdy Odcinek będą w stanie wymaganym przez Kontrakt (oprócz zwyczajnego zużycia), Wykonawca przed upływem odnośnego Okresu Zgłaszania Wad:

a) dokończy Roboty zaległe, jakie mogą być wskazane przez Inżyniera lub Zamawiającego w protokole Odbioru końcowego Robót lub Odcinka w czasie, jaki zostanie wyznaczony, oraz

b) wykona wszelkie Roboty wymagane dla naprawy wad, jakie mogą być wskazane przez Inżyniera lub Zamawiającego w protokole Odbioru końcowego Robót lub Odcinka lub ujawnione w Okresie Zgłaszania Wad, w czasie jaki zostanie wyznaczony.

8. Mając na uwadze treść powyższego zapisu umownego, Zamawiający nie przewidział aby w zakres odpowiedzialności Wykonawcy za wady wchodziło zużycie zwyczajne, wynikające z eksploatacji robót. Tymczasem Odwołujący całkowicie ignoruje tą okoliczność, a przez to formułuje zarzuty wskazujące jakoby w ramach gwarancji i rękojmi miał ponownie doprowadzić zużyte roboty do stanu z momentu rozpoczęcia eksploatacji. Takie wnioski są całkowicie nieprawdziwe, gdyż na podstawie SubKlauzuli11.1 Wykonawca w zakresie zwyczajnego zużycia robót nie będzie zobowiązany do ich przywrócenia do stanu z momentu odbioru eksploatacyjnego. 9. Odnosząc się do kwestii początku biegu terminu okresu rękojmi oznaczonego jako dzień wydania rzeczy kupującemu zgodnie z art. 568 §1 k.c. Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący opiera się jedynie na ogólnych zasadach dotyczących rękojmi pomijając poglądy wyrażone przez doktrynę i orzecznictwo w zakresie odbiorów robót budowlanych jako wydania robót i początku okresu rękojmi.

10. W tym zakresie w pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na panujące zarówno wśród orzecznictwa jak i w doktrynie poglądy wskazujące, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi aktualizuje się dopiero po ukończeniu obiektu i jego odbiorze przez inwestora. Na wcześniejszym etapie wadliwe lub niezgodne z umową wykonywanie prac uzasadnia skorzystanie przez inwestora z uprawnień wskazanych w art. 636 w zw. z art. 656 § 1. (por. wyrok SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II CK 336/05, LEX nr 191144, oraz uchwała SN z dnia 28 października 1997 r., III CZP 42/97, OSNC 1998, nr 4, poz. 54, z glosą J.P. Naworskiego, M. Praw. 1998, nr 8, s. 310, oraz z omówieniem P. Robaczyńskiego, Przegląd orzecznictwa, PS 1999, nr 7-8, s. 102 za P. Drapała [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2017).

11. Powyższe wskazuje, że bieg okresu rękojmi rozpoczyna się dopiero od ukończenia obiektu, a na wcześniejszym etapie Inwestor może korzystać jedynie z uprawnień dotyczących sposobu wykonywania dzieła. Jednocześnie momentem ukończenia obiektu będzie moment jego odbioru, w tym przypadku należy to pojęcie utożsamić z momentem odbioru końcowego, gdyż dopiero w tym momencie potwierdza się wykonanie całości robót tj. ich ukończenia. Taki wniosek pozostaje w zgodzie z instrukcją Zamawiającego pn. „Warunki i zasady odbioru robót budowlanych na liniach kolejowych", zgodnie z którą odbiór końcowy stanowi potwierdzenie wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy, po całkowitym zakończeniu części lub całości robót i jedynie odbiór końcowy uprawnia do rozpoczęcia okresu gwarancji.

12. Mając na względzie powyższe, zapisy Warunków Umowy uzależniające rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji od ukończenia wszystkich prac są w całości prawidłowe i nie naruszają przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności nie są sprzeczne z art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c.

13. Z uwagi na daleko posuniętą ostrożność Zamawiający wskazuje także, że należy odrzucić ewentualną argumentację Odwołującego jakoby to odbiór eksploatacyjny był ukończeniem robót w Etapach 3 - 5. Jak bowiem wskazuje się w orzecznictwie, odbiorem jest wyraz woli Zamawiającego potwierdzający uznanie świadczenia za spełnione. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 listopada 2018 r. sygn. akt AGa 205/18:

Zatem odróżniać należy moment wykonania dzieła (przedmiotu robót budowlanych), za który uważać należy chwilę wyrażenia gotowości do wydania tego przedmiotu zgodnie z treścią umowy, od momentu dokonania odbioru. Odbiór bowiem jako czynność zawierająca w sobie element woli stanowi wyraz potwierdzenia uznania jego świadczenia za spełnione. W przypadku gdy czynności składające się na odbiór są rozciągnięte w czasie i złożone (np. w przypadku czynności związanych z odbiorem złożonych obiektów budowlanych wymagającym szczegółowej weryfikacji jakości robót) moment dokonania odbioru nie zawsze będzie tożsamy czasów z datą ustania opóźnienia [opóźnienia Wykonawcy - dop. Zamawiającego].

14. W żaden sposób nie można uznać, że Zamawiający przyjmując roboty do eksploatacji (odbiór eksploatacyjny) wyraża potwierdzenie spełnienia całości świadczenia, nawet dla danego zakresu robót. Roboty rozumiane jako wynik odbioru eksploatacyjnego przed odbiorem końcowym nie są bowiem ukończone w pełni np. nie są i nie muszą do odbioru eksploatacyjnego osiągnięte wszystkie parametry charakteryzujących w pełni ukończony produkt. Występują obostrzenia związane z ruchem pociągów obejmujące np. ograniczenie ich prędkości lub też nie następuje odbiór wszystkich zamontowanych urządzeń.

Zamawiający wskazuje, że jedynie komplet zabudowanych urządzeń SRK zgodnie z fazowaniem robót daje możliwość wykorzystania ich pełnych parametrów, dodatkowo, chociażby ze względu na zabudowę rozjazdów tymczasowych na innych szlakach nie zostanie osiągnięta docelowa przepustowość. Po odbiorze eksploatacyjnym części robót nie jest również możliwym, aby uzyskać certyfikację dla tych odcinków, ponieważ jest to możliwe dopiero po zakończeniu wszystkich robót, co Zamawiający przewidział w postaci Etapu nr 6. Reasumując, odbiór eksploatacyjny nie jest w żaden sposób równoznaczny z potwierdzeniem przez Zamawiającego, że Wykonawca spełnił całość świadczenia nawet w zakresie objętym odbiorem eksploatacyjnym.

15. Podsumowując powyższa argumentację Zamawiający podkreśla raz jeszcze, że obecne zapisy Warunków Umowy, które uzależniają rozpoczęcie okresu rękojmi i gwarancji od całkowitego ukończenia robót pozostają zgodne z przepisami k.c., co potwierdzają przywołane poglądy orzecznictwa oraz doktryny prawa. Z tego powodu zarzuty Odwołującego w tym zakresie są całkowicie bezzasadne i wynikają z nieprawidłowej wykładni art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. W przedmiotowym Postepowaniu nie doszło również do naruszenia wskazanych przez Odwołującego art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP oraz art. 99 ust. 1 ustawy PZP, gdyż zapisy umowne wyraźnie określają czas trwania kolejnych Etapów oraz dokonania odbiorów końcowych, natomiast definicja „Okres Zgłaszania Wad" z SubKlazuli 1.1.3.7 Warunków Umowy wyraźnie określa dzień, od którego rozpocznie się bieg okresu gwarancji i rękojmi.

III. Zarzut z pkt 2 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy

1. Odwołujący twierdzi, że zastosowany przez Zamawiającego limit zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 5% wartości robót netto ma wyłącznie charakter pozorny. Odwołujący

podnosi, że narzucony przez Zamawiającego limit nie pozwala na uwzględnienie w ramach waloryzacji zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, w szczególności mając na uwadze aktualne zmiany gospodarcze, poziom inflacji oraz zmiany cen branży budowlanej. W uzasadnieniu Odwołania, Odwołujący powołuje się na przepis art. 439 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, twierdząc, że sformułowane przez Zamawiającego warunki progowe, które uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia wykonawcy, prowadzą wyłącznie do obejścia przywołanych przepisów.

2. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, wskazać należy, że art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających zmiany wysokości wynagrodzenia. Ustawodawca nie narzucił w wyżej wspomnianym zakresie żadnych dodatkowych wymogów, nie uznał zatem za zasadne obarczania w całości Zamawiającego ryzykiem związanym ze zmianami cen materiałów i surowców. W szczególności, na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców. Powyższa okoliczność stanowi ryzyko kontraktowe, które powinno być co do zasady wkalkulowane w cenę ofertową. Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen, wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i przedstawić dopasowaną do uwarunkowań rynkowych ofertę.

3. Celem wprowadzenia przez Zamawiającego zapisów o waloryzacji jest to, aby wykonawcy wycenili w przedmiotowym postępowaniu ofertę w sposób profesjonalny i rzetelny. Istotnym jest, aby cena oferty została skalkulowana pod kątem aktualnych kosztów usług i materiałów oraz dostępności na rynku niezbędnych kadr. Należy pamiętać, że nie zawsze wygrywa najtańsza oferta, a rzetelna wycena usługi pozwoli na skuteczną i należytą jej realizację (wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3476/21).

4. Klauzula waloryzacyjna oparta na art. 439 ustawy Pzp powinna mieć charakter symetryczny, w tym znaczeniu, że powinna prowadzić zarówno do zwiększenia, jak i do zmniejszenia kwoty wynagrodzenia. Jest to następstwo postanowień art. 439 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się nie tylko wzrost odpowiednio cen lub kosztów, lecz także ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Przepis ten wprawdzie nie służy bezpośrednio określaniu zmiany wynagrodzenia, lecz jedynie określeniu zmiany ceny jako zdarzenia warunkującego dokonanie zmiany wynagrodzenia, ale dobrze wyraża intencje ustawodawcy (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439).

5. Wskazane w art. 439 ust. 2 ustawy PZP obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia, ale także poziom tej waloryzacji. Gdyby miało być inaczej i waloryzacja miałaby odzwierciedlać w całości zmianę

cen, ustawodawca wyraziłby to wprost wiążąc waloryzację z obligatoryjnymi wskaźnikami i

ich zmiana w czasie.

6. Wskazany przez Odwołującego górny limitu wartości korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen do poziomu +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie nie został poparty żadną kalkulacją. Wskazanie wpływu zmian cen na koszt realizacji inwestycji na podstawie jednego wybranego kontraktu z 2021 r. nie jest w żadnym stopniu miarodajne.

7. Zgodnie treścią wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3159/21, „w odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu, należy wskazać, że odwołujący zaproponował nowe brzmienie zaskarżonego postanowienia projektu umowy, w taki sposób, że przewiduje on maksymalną łączną wartość korekt wynikającą z waloryzacji na poziomie 5% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §4 ust. 1 Umowy, w stosunku rocznym. Odwołujący nie wykazał, dlaczego uważa, że ustalenie waloryzacji na takim poziomie czyni zadość wymogom wskazanym we wskazanych przez odwołującego przepisach, tj. art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art 353(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP. Na tę okoliczność, odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów ani też kalkulacji potwierdzających zasadność zgłoszonego żądania”.

8. Także na gruncie niniejszej sprawy nawiązanie przez Odwołującego do kontraktu który

realizuje na linii kolejowej E59 z 27.01.2021 r., bez załączenia dowodów potwierdzających prawidłowość przyjętych danych oraz adekwatność do niniejszej sprawy, w żaden sposób nie potwierdza żądania Odwołującego.

9. W szczególności nie ma podstaw do przyjęcia, że limit waloryzacji umownej wskazywany przez Odwołującego jest bardziej odpowiedni niż limit przyjęty w przedmiotowej Umowie na gruncie regulacji art. 439 ustawy PZP, skoro jak wskazano przepis ten nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen.

10. Powyższe wnioski wynikają także ze stanowiska KIO zawartego w Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3476/21:

Izba uznała, że wykonawcy, którzy posiadają wiedzę o współczynniku waloryzacji wynagrodzenia zespołu konsultanta, a także mając wiedzę, co do kierunku możliwego rozwoju procesów rynkowych w krajach, których gospodarka jest częścią rynku Unii Europejskiej mogą z dużym prawdopodobieństwem tak oszacować koszty realizacji zamówienia, że będą w stanie złożyć ofertę z właściwą ceną. Zamawiający jako element współczynnika waloryzacji ustanowił wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i wyliczony w odniesieniu do dnia składania ofert. Urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w sposób wskazany powyżej stanowi przewidywalne i dające się skalkulować ryzyko zarówno wykonawcy jak i zamawiającego, co oznacza możliwość założenia stabilizacji ceny kontraktu. Izba wskazuje, że dopuszczenia w ustawie Pzp waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia. Celem jest utrzymanie wynagrodzenia Konsultanta na poziomie związanym z wzrostem lub spadkiem przeciętnego wynagrodzenia.

11. Z uwagi na dynamicznie zmieniające się warunki rynkowe, wynikające głównie z działań rządu mających na celu zredukowanie inflacji, np. w postaci systematycznego podnoszenia stóp procentowych WIBOR, czy też wprowadzenie rządowej tarczy antyinflancyjnej, nieprawdopodobnym wydaje się założenie, że inflacja będzie rosła. Według szacunków NBP uchwalone i zapowiedziane programy w ramach tarczy antyinflacyjnej przyczynią się do obniżenia inflacji CPI przejściowo nawet o 3,4 pkt. proc. W ujęciu średniorocznym inflacja CPI w 2022 roku powinna być niższa o około 1,2 pkt. proc. z tytułu oddziaływania tarcz antyinflacyjnych. Ekonomiści twierdzą, że „Globalnie inflacja osiąga właśnie szczyt. Zejście będzie długotrwałe, ale kierunek już spadkowy. W takim otoczeniu wygładzanie ścieżki inflacji w Polsce, ograniczając przy tym koszt ekonomiczny i społeczny, ma sens". Dość nieoczekiwaną zaletą tarczy może być również spadek cen materiałów budowlanych. Analitycy Biura Maklerskiego Banku Pekao szacują, że niższy VAT na paliwa obniży inflacje materiałów budowlanych o ok 2-3 pkt. proc. "Szczyt inflacji materiałów budowlanych mieliśmy w listopadzie 2021 na 30 proc. Szacujemy, że spadnie ona do ok 6. proc. w drugim kwartale 2022 r."1

12. Stanowisko KIO przedstawione w wyżej przywołanym wyroku wskazuje, że należy się spodziewać spadku inflacji: „Z prognoz NBP wynika, że obecnie jesteśmy w okolicach szczytu inflacyjnego i w następnych okresach wielkość inflacji będzie się stabilizowała oraz ulegała obniżaniu” (wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3476/21). W związku z tym, zakładanie, że to co się działo w 2021 r., kiedy nie było żadnych działań ze strony rządu, które prowadziłyby do zmniejszenia inflacji, nie wpłynie na stabilizację poziomu inflacji, nie jest miarodajne.

13. Należy dodać, że wykonawcy poza waloryzacją umowną dysponują środkami prawnymi pozwalającymi na rekompensatę w przypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia na etapie szacowania oferty, ujętych w Umowie oraz w przepisach kodeksu cywilnego.

IV. Zarzut z pkt 3 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w zakresie Opcji 1 i 2 w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zakresie Opcji 1 i 2 w sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów wykonania Opcji w szacowanych terminach Opcji 1 i 2

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że ustalił zasady waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie Opcji w sposób nieuwzględniający zmiany cen materiałów i kosztów oraz wskazał, że jego zdaniem mechanizm waloryzacyjny ustalony przez Zamawiającego jest ponad dwukrotnie niższy niż wynikałoby to zastosowania wskaźników GUS bez ograniczania.

2. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przedstawiony mechanizm waloryzacji dla Prawa Opcji nr 1 i 2 jest stosownych przez Zamawiającego przez ostatnie 3 lata w analogicznych postępowaniach zamówieniowych, co nie budziło wątpliwości oferentów.

3. Natomiast odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń wysokości wskaźników CPI oraz Robocizny waloryzacyjnych w latach 2010 - 2021, Zamawiający ma świadomość przedstawionej zmienności dynamiki trendu wzrostowego tych wskaźników w przeszłości oraz możliwej w przyszłości. Jednocześnie Zamawiający uważa, że przyjęte wskaźniki waloryzacji zawarte w mechanizmie waloryzacyjnym mierniki w postaci dynamiki CPI w danym roku oraz dynamiki przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia sektorze przedsiębiorstw w danym roku kalendarzowym są powszechnie dostępnymi oraz zbliżonymi do faktycznych nośników kosztów realizacji świadczenia Opcji nr 1 i nr 2.

4. Głównymi nośnikami kosztów dla realizacji Opcji nr 1 i nr 2 są wynagrodzenia pracowników Wykonawcy je realizujących oraz koszty logistyki tych usług tj. koszty zapewnienia dostępności i użycia niezbędnych do realizacji usług zasobów technicznych takich jak środki transportu, środki łączności, specjalistyczne narzędzia pomiarowe, materiały eksploatacyjne oraz zapewnienie dostępności i użycia części zamiennych - bez cen ich zakupu.

5. Zamawiający wyjaśnia, że wskaźniki a2=0,5; b2=0,1; c3=0,4 we wzorze określającym Wysokość Wskaźnika Waloryzacyjnego Usług za dany rok kalendarzowy tj. W2Gn = a2 + (b2 x CPin /100) + (c2 x Rn / 100) wzoru waloryzacyjnego zostały zastosowane w celu zapewnienia:

a) adekwatności wskaźnika dotyczącego miesięcznego wynagrodzenia sektorze przedsiębiorstw w danym roku kalendarzowym (wynoszącego przykładowo w 2021r. wg GUS 5889,84 zł) do zdecydowanie wyższych wynagrodzeń pracowników podmiotów realizujących usługi utrzymania urządzeń SRK i TK objętych Opcją nr 1 i Opcją nr 2 i spodziewanej niższej dynamice zmian tych wynagrodzeń (wachlarz wynagrodzeń od 7890 zł do 10 020 zł za 2021r. - informacja wg wyjaśnień składanych przez oferentów w podobnych zamówieniach obejmujących Opcje nr 1 i Opcje nr 2);

b) ograniczeniu ryzyk znacznej zmienności cen w realizacji zamówieniach publicznych wynikających jedynie z wskaźników makroekonomicznych, które nie uwzględniają choćby w części stałej poprawy jakości pracy i optymalizacji własnych kosztów pracy przez podmioty świadczące usługi utrzymaniowe.

6. Zamawiający wskazuje również, że Odwołujący formułując zarzut z punktu nr 2 Odwołania, nie podważył wskaźnika a=0,5 zastosowanych w niniejszym zamówieniu dla mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia za Zakres Podstawowy, tym samym godząc się na ograniczenie zmienności wynagrodzenia z tego tytułu. Przesądza to o niekonsekwencji Odwołującego.

7. Mając powyższe na uwadze, wskaźnik waloryzacji przygotowany przez Zamawiającego uwzględnia główne nośniki kosztów realizacji Opcji 1 oraz Opcji 2, a dodatkowo został przygotowany w sposób przemyślany i pozwalający na rzeczywistą waloryzacje wynagrodzenia Wykonawcy. Ponadto Zamawiający ponownie wskazuje, iż wykonawcy poza waloryzacją umowną dysponują środkami prawnymi pozwalającymi na rekompensatę w przypadku wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia na etapie szacowania oferty, ujętych w Umowie oraz w przepisach kodeksu cywilnego.

8. Ponadto warto wskazać, że mechanizm waloryzacji w pełni realizuje wymagania przepisu 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy PZP, który pozostawia do wyboru Zamawiającego określenie wskaźników, które będą podstawą dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.

V. Zarzut z pkt 4 Odwołania - naruszenie przepisów ustawy PZP poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia objętego Opcją 1 i 2 uwzględniającego wymogi tych przepisów, w szczególności wobec zaniechania opisu buforu Części Zamiennych, zaniechania określenia przedmiotu Opcji 2, braku wskazania okoliczności skorzystania z Opcji 1 i 2, w tym terminu skorzystania z Opcji 1 i 2

V.I

1. Odwołujący sformułował zarzut nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1 dot. usług pogwarancyjnych poprzez zaniechanie podania przez Zamawiającego informacji dotyczących buforu Części Zamiennych.

2. Konieczność wymiany zepsutej lub zużytej części przez Wykonawcę w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych przewiduje §2 ust. 12 Załącznika nr 13 do Tomu II SWZ (Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych):

§2 Przedmiot Świadczenia Usług pogwarancyjnych

12. Zadania zdefiniowane jako Usługi ma realizować II Linia Utrzymania, którą stanowić będzie personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane

narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych.

3. Zamawiający wskazuje, iż powyższy obowiązek koreluje z wymaganiami postawionymi w zakresie usługi w okresie pogwarancyjnym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU). W szczególności obowiązek wymiany części przy użyciu magazynu (buforu) Części Zamiennych Wykonawcy przewidziano w pkt 6.1 „Wymagania ogólne" ust. 14 PFU. Wskazuje to, że obowiązek z §2 ust. 12 Załącznika nr 13 do Tomu II SWZ należy interpretować łącznie z pozostałymi zapisami PFU. I tak w pkt 3.4.1. „Plan utrzymania" PFU przewidziano, że przed dokonaniem odbioru końcowego Robót i/lub Odcinka Wykonawca opracuje plan utrzymania oraz uzgodni go z Zamawiającym. W pkt 3.4.1 ust. 8 pkt 3 lit. j PFU wskazano natomiast, że projekt planu utrzymania dla Usług pogwarancyjnych wskazanych w rozdziale 6 PFU powinien w szczególności zawierać:

Lokalizację i skład potencjału wykonawczego Wykonawcy (i ewentualnego Podwykonawcy) do realizacji zadań II Lini Utrzymania, w tym: zespołu osobowego (Zespół stały i Zespół zmienny zgodnie z wymaganiami w Rozdz. 4.11. PFU Personel Wykonawcy - II Linia Utrzymania), zasobów technicznych i magazynu części zamiennych (lokalizacja i wskazanie, których Systemów dotyczy zasób/magazyn, oraz wykaz części zamiennych).

4. Mając powyższe na uwadze, to na Wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia magazynu części zamiennych w zakresie wynikającym z jego doświadczeń ale głównie jakości oferowanych urządzeń. Zdaniem Zamawiającego oszacowanie wykazu i ilości Części Zamiennych może wykonać jedynie Wykonawca przy udziale wybranego przez niego dostawcy (producenta) Systemów (tj. przedmiotu Opcji nr 1), w sposób zapewniający realizację wymagań jakościowych w PFU dla Opcji nr 1, w szczególności wskazanych w PFU w tabeli: „Parametry czasowe dla Zgłoszeń Serwisowych".

5. Zamawiający nie znając i nie mogąc narzucić dostawcy (producenta) Systemów planowanych do zabudowy przez Wykonawcę nie jest w stanie określić takiego wymogu w sposób bardziej szczegółowy. Szersza wiedza w tym zakresie jest po stronie Oferenta (potencjalnego Wykonawcy zamówienia).

6. Niemniej jednak, Zamawiający w celu uniknięcia wątpliwości co do sposobu oszacowania kosztów buforu części zamiennych, wprowadził do SWZ korekty za zmianą z dnia 11 lutego

2022 r.

W §2 pkt 12 Załącznika do TOM II SIWZ Warunki Umowy - Warunki Realizacji Część C Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych oraz w pkt 6.1 „Wymagania ogólne" ppkt 14 PFU dokonał się zmiany poprzez nadanie brzmienia:

Zadania zdefiniowane jako Usługi (Opcja nr 1 opisana w Rozdziale nr 6 PFU) ma realizować II Linia Utrzymania, którą stanowić będzie personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych. Wykorzystanie Części Zamiennych przez II Linię Utrzymania do realizacji Usług

będzie rozliczone odpowiednio jak zakup nowych na zasadach określonych w ramach Usługi naprawy Urządzeń i Części Zamiennych.

Natomiast w pkt 2 „Ogólny Opis Przedmiotu Zamówienia" ppkt 11 PFU oraz pkt 5.1 . „Wymagania ogólne" ppkt. 15 PFU dokonał się zmiany poprzez nadanie brzmienia:

Zadania zdefiniowane jako Usługi (gwarancyjne lub pogwarancyjne) ma realizować II Linia Utrzymania, którą stanowić będzie personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych. Wykorzystanie Części Zamiennych przez II Linię Utrzymania do realizacji Usług będzie rozliczone odpowiednio jak zakup nowych na zasadach określonych w ramach Usługi naprawy Urządzeń i Części Zamiennych, przy czym w ramach Usług gwarancyjnych Zamawiającemu przysługuje odrębne uprawnienie do żądania bezpłatnego usunięcia Wady poprzez wymianę Części Zamiennej na nową lub naprawioną.

V.II

1. Odwołujący w ramach swojego zarzutu dot. nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1 podniósł również, że dokumentacja zamówienia wprowadza niepewność co do zapewnienia narzędzia klasy Service Desk.

2. Intencją Zamawiającego dla zapisu pkt 6.1 PFU pt. „Wymagania ogólne" ust. 15 wprowadzającym obowiązek dysponowania przez Wykonawcę centrum serwisowym

przyjmującym zgłoszenia, było podjęcie decyzji o ograniczeniu zakresu Usług pogwarancyjnych na etapie decyzji o uruchomieniu Opcji nr 1, celem ograniczenia ponoszenia podwójnych kosztów z tytułu utrzymania dwóch równoległych Narzędzia Klasy SD (u Zamawiającego i u wykonawcy).

3. W związku z powyższym Zamawiający wprowadził stosowne korekty do PFU usuwające formułowane przez Odwołującego wątpliwości, za zmianą SWZ z dnia 11 lutego 2022 r.:

W pkt 5.1 PFU pt. „Wymagania ogólne" dla Usług gwarancyjnych wykreślił ppkt 19 zaś w pkt 6.1 PFU pt. „Wymagania ogólne" dla Usług pogwarancyjnych (opcji nr 1) nadał brzmienie

ppkt 18 brzmienie:

Zamawiający zastrzega sobie prawo, do skorzystania z niego przy decyzji o rozpoczęciu świadczenia Usług Pogwarancyjnych, do dostarczenia własnego Narzędzia Klasy SD polegającego na własnego Narzędzia Klasy SD dla którego Wykonawca otrzyma 1 licencje na jego użytkowanie i będzie zobowiązany wykonywać czynności rejestracji i aktualizacji statusu Zgłoszeń Serwisowych."

V.III

1. W Odwołaniu zawarto także zarzut dotyczący nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 2. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał opisania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP, gdyż w opisie zawartym w pkt 7 PFU zawarto, że:

Wykonawca przewidzi, wyceni i uwzględni w ramach niniejszego zakresu zamówienia koszty związane ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania (bezpiecznego i niewprowadzającego ograniczeń eksploatacyjnych) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami przewidywanymi do zabudowy i wymagającymi powiązania.

2. Zamawiający wyjaśnia, że zastosował prawo Opcji 2 celem zapewnienia przyszłym wykonawcom urządzeń SRK na odcinkach stycznych do odcinka objętego przedmiotowym zadaniem, współpracy z wykonawcą urządzeń SRK w ramach niniejszego zadania. Kwestia ta jest szczególnie istotna ze względu na fakt, że wymaganie w zamówieniu powiązania z istniejącymi komputerowymi urządzeniami SRK niejednokrotnie jest przedmiotem odwołań z zarzutem uprzywilejowania dostawcy istniejących urządzeń SRK. Związane jest to z faktem, że w przypadku urządzeń SRK wykonanych w technologii komputerowej producenci tych urządzeń posiadają wyłączne prawa autorskie do oprogramowania (kody źródłowe) to swoich urządzeń.

3. W związku z powyższym Zamawiający zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2. W pkt 7 PFU określono wymagania wobec wykonawcy w zakresie powiązania urządzeń wraz z określeniem potencjalnych prac jakie Zamawiający przewiduje w przyszłości.

4. Ponadto w przywołanym zapisie PFU wskazano, że współpraca urządzeń SRK będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę zgodnie z pkt. 4.3.2.

5. Zgodnie z pkt 4.3.2 PFU:

Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować.

6. Mając powyższe na względzie, to na Wykonawcy ciąży obowiązek określenia zasady powiązania (współpracy) z urządzeniami SRK, które będą zabudowane w przyszłości. Takie wymaganie ma na celu pozyskanie informacji od Wykonawcy w jaki sposób należy przygotować przyszłe urządzenia SRK do współpracy z jego urządzeniami.

7. Zamawiający podkreśla, że to Wykonawca wyłoniony w przyszłości będzie mieć obowiązek dostosować się do warunków powiązania urządzeń określonych przez Wykonawcę niniejszego zadania w specyfikacjach interfejsu.

8. Ponadto ze względu na charakter stosowanej formuły „projektuj i buduj" Zamawiający nie jest w stanie podać oczekiwanych odwołaniu informacji dotyczących typów urządzeń jakie będą zabudowywane w przyszłości. Ciężar określenia zasad powiązania spoczywa bowiem na Wykonawcy. Z tego powodu nie można uznać, że Zamawiający nienależycie opisał

przedmiot zamówienia w zakresie Opcji 2.

9. Dodatkowo Zamawiający w odniesieniu do podniesionej przez Odwołującego kwestii braku informacji o systemie ETCS w języku polskim, wskazuje, że system ten jako standard europejski zdefiniowany jest w załącznikach do Rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej (z późn. zm.) udostępnionych na stronie internetowej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej (ERA). Załączniki te określają szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne dla systemu ETCS oraz interfejsów w nim stosowanych a także odwołują się do norm europejskich. Należy przy tym zaznaczyć ww. załączniki i normy opracowane są wyłącznie w języku angielskim i nie były nigdy przetłumaczone na język polski. Wszelkie próby tłumaczenia specyfikacji systemu ETCS na inny język niż źródłowy może prowadzić do błędów w interpretacji i skonfigurowanie systemu ETCS oraz urządzeń współpracujących w sposób niezgodny z wymaganiami interoperacyjności. Należy również podkreślić, że wszystkie z dotychczasowych zadań związanych z zabudową systemu ETCS lub dostosowaniem do współpracy z systemem ETCS na sieci zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. były i są realizowane w oparciu o specyfikacje systemu opracowane w języku angielskim.

V.IV.

1. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie określił terminu wykonania przedmiotu objętego Opcją 2 oraz okoliczności skorzystania z Opcji 2. Zamawiający całkowicie nie zgadza się z tym zarzutem i wskazuje, że dokumentacja Postępowania zawiera kompletne regulacje w tym zakresie.

2. Zgodnie z Klauzulą 22 „Prawo Opcji 2" (Tom II SWZ Warunki Szczególne Część B) pkt 4 i

5:

4. Zamawiający będzie miał prawo do uruchamiania Prawa Opcji w całym okresie realizacji Umowy (w tym także w czasie realizacji Prawa Opcji 1) z zastrzeżeniem terminów określonych dla czasu realizacji tych robót wskazanych w Subkalauzuli 8.13 Etapy.

5. Zamawiający każdorazowo powiadomi Wykonawcę pisemnie o terminie i zakresie realizacji Prawa Opcji, z zastrzeżeniem, iż wskazany termin realizacji nie będzie wcześniejszy niż 6 m-cy od powiadomienia o uruchomieniu Prawa Opcji.

3. Zamawiający wprowadził w powyższych punktach wyraźne regulacje odnoszące się do terminu uruchomienia Prawa Opcji 2. Jednocześnie Zamawiający wprowadził termin na przygotowanie się przez Wykonawcę do realizacji Prawa Opcji 2.

4. W ocenie Zamawiającego tak określony termin na mobilizację do realizacji świadczeń objętych Prawem Opcji 2 pozwala odpowiednie przygotowanie się Wykonawcy, a tym samym nie musi on, jak zasugerowano w Odwołaniu, pozostawać w ciągłej niepewności.

5. Zamawiający podkreśla, że samym przedmiotem Opcji 2 jest zobowiązanie do świadczenia gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego (Pkt 7 PFU). Tym samym zarzut Odwołującego w zakresie konieczności pozostawania w ciągłej gotowości jest całkowicie nieuzasadniony.

6. Zatem data uruchomienia Opcji nr 2 i związany z taką datą gwarantowany 6-cio miesięczny termin przygotowania do realizacji świadczeń z Opcji nr 2 oraz zapewniona Kontraktem waloryzacja ceny tych świadczeń pozwalają Oferentom na dokonanie wyceny Opcji nr 2 w sposób należyty i bez istotnych ryzyk kontraktowych. Z tego powodu zarzut Odwołującego nie powinien zostać uwzględniony.

VI. Zarzut z pkt 5 Odwołania - naruszenie przepisów ustawy PZP poprzez ustalenia terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata

1. W punkcie 5 Odwołania sformułowano zarzut dotyczący czasu obowiązywania umowy. Odwołujący wskazał, że przy czasie świadczenia Usługi pogwarancyjnej określonej w Opcji 1 na maksymalnie 9 i pół roku, tj. 108 miesięcy naruszony został przepis art. 434 ustawy PZP.

2. Zgodnie z art. 434 ustawy PZP:

1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego

lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

3. Ustawodawca w przywołanym przepisie przewidział, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na okres dłuższy niż 4 lata jest dozwolone w przypadku, w którym wykonanie zamówienia w dłuższym okresie:

1) spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub

2) jest uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub

3) jest uzasadnione zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

4. Zamawiający wskazuje, iż w niniejszym Postępowaniu spełnione są przesłanki do zawarcia umowy na czas dłuższy niż 4 lata. W szczególności spowoduje oszczędności przy realizacji zamówienia.

5. Realizacja zamówienia w dłuższym okresie, tj. w zakresie zamówienia opcjonalnego (Opcja nr 1) spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia, gdyż kryterium ceny na etapie wyboru dostawcy urządzeń, który zabuduje je w ramach zadania inwestycyjnego, uwzględnia oprócz kosztów zabudowy, także koszty utrzymania w postaci usuwania ujawnionych wad (usterek i awarii), przeglądów okresowych (gwarancyjnych) tych urządzeń w okresie gwarancji (tzw. usługi gwarancyjne) w okresie 6 lat oraz przez 9-lat świadczenie tzw. usług pogwarancyjnych (zamówienie opcjonalne - opcja nr 1).

6. Dotychczas stosowany przez Zamawiającego model pozyskiwania urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych obejmował stosowanie kryteriów ceny dla kosztów zakupu oraz kosztów usuwania usterek i awarii i przeglądów okresowych (gwarancyjnych) w okresie gwarancyjnym. Na okres pogwarancyjny Zamawiający zmuszony był udzielać odrębnych zamówień w trybie z wolnej ręki, kierując je do producentów tych urządzeń, będących właścicielami autorskich praw majątkowych rozwiązań technicznych. Już sama ta okoliczność w ocenie Zamawiającego prowadzi do oszczędności.

7. Nie bez znaczenia jest również, że realizacja usług gwarancyjnych i pogwarancyjnych dla wszystkich urządzeń zabudowanych w ramach przedmiotowego zamówienia pozwoli uniknąć podziału odpowiedzialności między wiele podmiotów odpowiedzialnych obecnie za utrzymanie poszczególnych rodzajów urządzeń. Problem ten jest szczególnie widoczny przy identyfikacji usterek w nowoczesnych urządzeniach komputerowych współpracujących pomiędzy sobą za pomocą programistycznego (cyfrowego) interfejsu. Zabudowane w projekcie urządzenia SRK różnych typów stanowią funkcjonalnie jeden zintegrowany system (np. urządzenia LCS) pozwalający bezpiecznie i efektywnie prowadzić ruch kolejowy.

8. Dzięki zawarciu Umowy na odpowiednio długi czas, personel Zamawiającego odpowiedzialny za prowadzenie ruchu kolejowego będzie mógł oczekiwać kompleksowego wsparcia serwisowego zgłaszając się do jednego podmiotu odpowiedzialnego i koordynującego prace nad przywróceniem funkcjonalności systemu po zaobserwowanym braku jakiejkolwiek jego funkcjonalności. W sytuacji odmiennej Zamawiający musi skoncentrować uwagę i środki dla zidentyfikowania ewentualnego źródła/przyczyny usterki czyli wskazaniu niesprawności konkretnego urządzenia i odpowiedniego jego producenta-usługodawcy utrzymania. Powyższe względy uzasadniają udzielenie zamówienia poprzez podpisanie jednej umowy, uwzględniającej także świadczenie Usług pogwarancyjnych w jej ramach.

9. Na uwagę zasługuje także, że zastosowany w niniejszym postępowaniu model utrzymania wzbudzi wśród producentów motywacje do konstruowania urządzeń i tworzenia instrukcji ich obsługi, które w większym niż dotychczas stopniu umożliwią użytkownikowi rozwiązywanie problemów utrzymaniowych, np. poprzez zastosowanie prostych mechanizmów naprawczych (napraw modułowych) lub obejściowych (redundancji) lub sygnalizowanie stanów przedawaryjnych - pozwalających osiągać lepsze parametry dostępności funkcjonalności systemu.

10. Mając powyższe na uwadze, przewidziany czas trwania umowy w niniejszym Postepowaniu jest prawidłowy i nie narusza art. 433 ustawy PZP. Z tego powodu zarzut Odwołującego w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

VII. Zarzut z pkt 6 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez ukształtowaniu Warunków Umowy w zakresie Opcji 1 w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych

1. Odwołujący w pkt 6 Odwołania sformułował zarzut dot. naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, art. 5 k.c. , art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie w § 16 ust. 6 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ (Warunki realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych) kary umownej za wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,3% zaakceptowanej kwoty kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w Rozbiciu Ceny Ofertowej.

2. Zamawiający wskazuje, że taka wysokość kary umownej w przypadku wypowiedzenia przez Wykonawcę świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu jest niezbędna do zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

3. Celem wyjaśnienia Zamawiający wskazuje, że utrzymanie prawie wszystkich rodzajów zamawianych urządzeń podlega ograniczeniom prawno-podmiotowym, gdyż ich eksploatacja odbywa się na podstawie wydawanych dopuszczeń do eksploatacji wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego dla producentów tych urządzeń. Wykonywanie napraw i konserwacji takich urządzeń nie może w żaden sposób naruszyć wydanych w ww. sposób dopuszczeń, w przeciwnym wypadku niemożliwe byłoby ich eksploatowanie. Tym samym udział producentów przedmiotowych urządzeń w procesie utrzymania oraz wprowadzanie w nich jakichkolwiek zmian jest konieczny w celu właściwej realizacji czynności utrzymaniowych, tj. w sposób zgodny z wydanymi dla nich dopuszczeniami.

4. Z uwagi na powyższe, w razie wypowiedzenia przez Wykonawcę świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu koszty związane z realizacją zastępczego wykonania Opcji nr 1, dla którego podmiot wykonujący usługi nie może być skutecznie wyłoniony w trybie konkurencyjnym, gdyż wybór dostawców/producentów Systemów objętych Opcją nr 1, determinuje konieczność udzielenia zamówień tym samym dostawcom/producentom na świadczenie usług analogicznych do zakresu Opcji nr 1 - czyli w trybie z ograniczoną konkurencją (np. z wolnej ręki), co spowoduje znaczący wzrost kosztów świadczenia takich usług.

5. Zamawiający w celu zabezpieczenia swoich interesów w razie zajścia ww. sytuacji musi wprowadzić odpowiednią karę umowną. Jak wskazuje się w orzecznictwie, podstawowymi funkcjami kary umownej są: funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczania jej wysokości, co ułatwia realizację dochodzonego uprawnienia (Wyrok SA w Lublinie z 19.11.2020 r., sygn. akt I AGa 106/19). Zamawiający podkreśla więc, że w opisanej sytuacji prawidłowo zastosował przedmiotową kare umowną.

VIII. Zarzut z pkt 7 Odwołania - naruszenie art. 452 ust. 2 ustawy PZP poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji 1 w wysokości przekraczającej 5 % jej wartości

1. Zarzut opisany w pkt 7 Odwołania dotyczy ustalonego zabezpieczenia należytego zabezpieczenia Umowy ustalonego przez Zamawiającego w pkt 22.1 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW") jako 5% ceny całkowitej brutto dla Zakresu Podstawowego (bez kwoty warunkowej) podanej w ofercie pomniejszonej o koszty brutto komunikacji zastępczej zastrzeżeniem postanowień punktu 21 IDW. Dodatkowo Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia zabezpieczenie Opcji 1 w wysokości 0,3 % kwoty netto Ceny Kontraktowej.

2. Odwołujący wskazał, że powyższe wymagania dot. zabezpieczenia należytego wykonania Umowy są sprzeczne z art. 452 ust. 2 ustawy PZP. Zamawiający podkreśla, że ocena ta jest nieprawidłowa, gdyż wysokość aktywnego zabezpieczenia w żadnym momencie obowiązywania Umowy nie przekroczy wskazanej w tym przepisie wartości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

3. Zamawiający wyjaśnia, że maksymalna wartość Zabezpieczenia Wykonania wyniesie w tym przypadku 5% wartości Zamówienia za Zakres podstawowy Zamówienia - bez kosztów brutto Kwoty Warunkowej i Komunikacji zastępczej) i będzie obowiązywać tylko w trakcie realizacji robót zakresu podstawowego. W okresie gwarancyjnym (Okres Zgłaszania Wad) wartość Zabezpieczenia Wykonania ulegnie zmniejszeniu o 70% czyli wyniesie 1,5% wartości Zamówienia za Zakres podstawowy Zamówienia - bez kosztów brutto Kwoty

Warunkowej i Komunikacji zastępczej. Dopiero w ostatnim roku okresu gwarancji, w przypadku uruchomienia Opcji nr 1 - Zamawiający oczekuje ustanowienia odrębnego zabezpieczenia Opcji nr 1 o wartości 0,3% wartości Zamówienia za Zakres podstawowy Zamówienia. Po rozpoczęciu realizacji Opcji nr 1 (czyli po zwolnieniu Zabezpieczenia

Wykonania dla Zakresu Podstawowego o wskazanej powyżej wartości 1,5% dla Okresu Zgłaszania Wad), będzie to jedyne Zabezpieczenie Wykonania

4. Mając powyższe na uwadze, w żadnym momencie realizacji zamówienia wartość zabezpieczenia nie przekroczy 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. 5. Ponadto Zamawiający wskazuje, że ustawodawca w art. 452 ust. 3 ustawy PZP przewidział, że zabezpieczenie może zostać ustalone w wysokości większej niż 5%, nie wyższej jednak niż

10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Warunkiem jest tu uzasadniona potrzeba Zamawiającego lub wystąpienie ryzyka związanego z realizacją zamówienia. W ocenie Zamawiającego nawet przy przyjęciu błędnej jego zdaniem interpretacji dokumentacji zamówienia, a przez to dojście do wniosku, że próg 5% zabezpieczenia został przekroczony, w niniejszym Postepowaniu występują uzasadnione potrzeby Zamawiającego do

wyznaczenia takiej wysokości zabezpieczenia. Potrzeby w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy są tożsame jak w przypadku kary umownej opisanej w pkt VII niniejszego pisma procesowego. Wysokość zabezpieczenia Opcji 1 na poziomie 0,3 % kwoty

netto Ceny kontraktowej jest natomiast konieczna w celu należytego zabezpieczenia Zamawiającego przed rezygnacją Wykonawcy z realizacji Opcji 1 i wykonania jedynie zakresu podstawowego zamówienia, co może generować następcze straty finansowe po

stronie Zamawiającego, zgodnie z ewentualną sytuacją opisaną w pkt VII ppkt 3-4 powyżej.

IX. Zarzut z pkt 8 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 1.8.4., pkt 1.8.13., pkt 1.9., pkt 1.10. i pkt 2 STWiORB wymagania Ogólne, w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający określenie zakresu prac i ustalenia kosztów robót na etapie

sporządzenia oferty, złożenie porównywalnych ofert, a w konsekwencji z naruszeniem zasad

uczciwej konkurencji

IX.I.

1. W zakresie żądania nr 16 Odwołania Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 1.8.4

STWiORB poprzez nadanie mu brzmienia:

Dla usunięcia nieprzewidzianych kolizji z sieciami elektroenergetycznymi zarządzanymi przez Zakłady Energetyczne Wykonawca, wykona niezbędne roboty po uzyskaniu akceptacji Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego na warunkach określonych w Warunkach Umowy.

Wykonawca tak powinien opracować projekty technologiczne, warsztatowe i inne, aby uniknąć konieczności zmian lub uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji administracyjnych. W przypadku kiedy Wykonawca wprowadzi zmiany do dokumentacji to uzyskanie wszelkich wymaganych uzgodnień lub decyzji administracyjnych z tym związanych będzie po jego stronie. Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy.

2. Zamawiający wprowadzając powyższą zmianę doprecyzował zakres obowiązków Wykonawcy, przez co zarzut sformułowany w tym zakresie przez Odwołującego stał się bezprzedmiotowy.

IX.II.

1. Żądanie nr 17 Odwołania odnosi się do strony 25 STWiORB, na której w części „Prowadzenie robót na terenie stacji i na szlaku" Zamawiający określił, że Wykonawca będzie ponosił koszty związane m.in. z zwiększeniem obsady posterunków ruchu. Zdaniem Odwołującego wskazany zapis nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, gdyż nie określa zakresu zwiększenia obsady posterunków ruchu czy ilości osób w takiej obsadzie.

2. W ocenie Zamawiającego zarzut ten nie może zostać uwzględniony, gdyż szczególne wymagania dot. obsady posterunków zależą w dużej mierze od samego Wykonawcy. Wykonawca robót jako autor technologii prac i dopasowania do niej fazowania robót może przyczyniać się bezpośrednio do zwiększenia obsady na przykład poprzez konieczność stworzenia tymczasowego posterunku ruchu.

3. W takich okolicznościach określanie szczegółowych wymagań w zakresie obsadzenia posterunków ruchu byłoby całkowicie nieracjonalne i ograniczałoby Wykonawcę. Z tego względu zarzut Odwołującego jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

IX.III.

1. Odwołujący sformułował również zarzut odnoszący się do zapisów pkt 1.9 (str. 27) „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki" STWiORB, zgodnie z którym: „Przed przystąpieniem do robót budowlanych Wykonawca naprawi istniejące ogrodzenia, tak aby uniemożliwić osobom postronnym dostęp do linii kolejowej i placu budowy."

2. Odwołujący uważa, że powyższy zapis prowadzi do nadmiernego i nieuprawnionego obowiązku naprawy przez Wykonawcę ogrodzenia. Zamawiający wskazuje, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie i stanowi jedynie chęć ograniczenia zakresu świadczenia wykonawcy, bez uwzględnienia przepisów dotyczących placu budowy.

3. Zgodnie z art. 652 k.c. po przejęciu placu budowy wykonawca ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Natomiast jak zauważył sam Odwołujący zgodnie z § 9 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych z dnia 6 lutego 2003 r. (dalej: „rozporządzenie w sprawie bhp") teren budowy lub robót należy ogrodzić albo w inny sposób uniemożliwić wejście osobom nieupoważnionym. Jednocześnie art. 22 pkt 3d ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (dalej: „Prawo budowlane"), przewiduje, że podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym stanowi jeden z podstawowych obowiązków kierownika budowy, który stanowi personel Wykonawcy. 4. Jak wskazuje się w orzecznictwie, odpowiedzialność za sposób prowadzenia robót budowlanych (w tym za zabezpieczenie terenu budowy przed osobami nieupoważnionymi) ponosi wykonawca robót a nie inwestor (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 marca 2006 r. sygn. akt I ACa 977/05). 5. Tym samym uwzględniając przepisy k.c., rozporządzenia w sprawie bhp oraz prawa budowlanego, Wykonawca jest zobowiązany do ogrodzenia placu budowy i uniemożliwienia wstępu na budowę osobom nieupoważnionym. Tym samym Zamawiający wymaga aby Wykonawca dopełnił tego obowiązku poprzez naprawienie ogrodzenia, co pozwoli na prawidłowe zabezpieczenie placu budowy.

X. Zarzut z pkt 9 Odwołania - naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy PZP poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim obciąża Wykonawcę nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami usuwania nieprzewidywalnych kolizji oraz przewiduje obowiązek wykonania zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów

1. W punkcie 9 Odwołania postawiono zarzut odnoszący się do zapisu pkt 1.10 „Niewypały, niewybuchy" STWiORB, w którym Zamawiający przewidział, że koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów ponosi Wykonawca.

2. Zamawiający wskazuje, że biorąc pod uwagę wskazany już art. 652 k.c. odpowiedzialność za plac budowy spoczywa na Wykonawcy. Jak wskazuje się w doktrynie prawa, w związku z tym przepisem Wykonawca zachowuje teren budowy w swoim władaniu, w ramach którego podejmuje różne czynności związane z prowadzeniem robót, zapewnieniem ich prawidłowości oraz bezpieczeństwa i porządku (R. Tanajewska [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX/el. 2021, art. 652).

3. Biorąc powyższe pod uwagę w żaden sposób nie może uznać, że zapis pkt 1.10 STWiORB, który zobowiązuje Wykonawcę do zabezpieczenia terenu stanowi naruszenie przepisów, które mogłoby prowadzić do naruszenia równowagi stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego.

4. Zamawiający wskazuje również, że w związku z tym że inwestycje kolejowe w odróżnieniu do inwestycji drogowych w zdecydowanej większości wykonywane są w obrębie terenu kolejowego od wielu lat eksploatowanego ryzyko wystąpienia niewypałów/niewybuchów jest

marginalne. Nie sposób więc uznać, że obowiązek ich ewentualnego usunięcia powoduje niemożność rzetelnego skalkulowania kosztów przez Wykonawcę.

5. Z powyższych powodów przedmiotowy zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Treść pkt 1.10 STWiORB w żaden sposób nie jest sprzeczna z przepisami oraz nie nakłada na Wykonawcę ryzyka, powodującego, że skalkulowanie oferty jest niemożliwe.

XI. Zarzut z pkt 10 Odwołania - naruszenie przepisów ustawy PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania 1. Odwołujący sformułował zarzut naruszenia

przepisów ustawy PZP również w zakresie punkt 2.2 „Materiały po demontażu i rozbiórce” STWiORB, w odniesieniu do bazy - składowiska odpadów. W wymienionym zapisie Zamawiający przewidział, iż materiały z rozbiórek kwalifikowane, jako odzysk, należy transportować uprzednio posegregowane na bazę składową Zakładu Linii Kolejowych. Natomiast koszty organizacji bazy i robót związanych z przystosowaniem wskazanej lokalizacji dla potrzeb składowiska obciążają Wykonawcę.

2. W zakresie powyższego zapisu STWiORB Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo konieczności wykonania prac nie określił on wystarczająco i jednoznacznie przedmiotu zamówienia, który Wykonawca zobowiązany jest wykonać i wycenić w swojej kalkulacji. Powyższy wniosek Odwołujący oparł na błędnym poglądzie, jakoby Zamawiający nie wskazał lokalizacji bazy i zakresu jej przystosowania.

3. Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowy zarzut jest błędny, gdyż został sformułowany z pominięciem treści SubKlazuli 7.10 Warunków Umowy, w której wyraźnie przewidziano, że: Wykonawca zobowiązany jest ponieść wszelkie koszty związane z demontażem, segregacją, magazynowaniem, przeładunkiem i transportem wszelkich materiałów i urządzeń do miejsca wskazanego przez Zamawiającego, tj. do stacji Zabrzeg Czarnolesie przy torze nr 53, 300, 703, w stacji Zebrzydowice przy torze nr 403 na wydzielonej części placu składowego oraz w stacji Czechowice-Dziedzice w rejonie bazy ISE Czechowice-Dziedzice niezależnie od tego jak Zamawiający zamierza wykorzystać przydatne mu materiały i urządzenia. Zamawiający może wskazać inne miejsce, do którego Wykonawca powinien transportować materiały lub urządzenia, w promieniu 60 km od miejsca rozbiórki.

4. Tym samym Zamawiający wyraźnie wskazał adres bazy do składowania materiałów kwalifikowane jako odzysk. Jednocześnie Wykonawca znając dokładną lokalizację bazy-składowiska jest w stanie przeprowadzić na jej miejscu wizję lokalną i samodzielnie ustalić zakres prac potrzebnych do jej przystosowania zgodnie z pkt 2.2. „Materiały po demontażu i

rozbiórce” STWiORB. Z tego powodu zarzut Odwołującego nie może zostać uwzględniony.

Pisma procesowe zawierające stanowiska Uczestników złożyli także Przystępujący: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu (w sprawie o sygnaturze KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22), Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (w sprawie o sygnaturze KIO 226/22, KIO 232/22, KIO 234/22), Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. (w sprawie o sygnaturze KIO 232/22, 234/22), AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (w sprawie o sygnaturze KIO 234/22).

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie trzech wniesionych odwołań, z uwzględnieniem treści złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk stron i uczestników postępowania odwoławczego złożonych na piśmie wraz z załącznikami oraz na rozprawie do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej.

Izba ustaliła, że w zakresie żadnego z odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący Thales, Budimex oraz Strabag wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a tym samym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w przepisie art. 513 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że ukształtowanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień przyszłej umowy w sposób, który narusza uczciwą konkurencję, prowadzi do uniemożliwienia lub utrudnienia wykonawcy złożenia oferty i uzyskania zamówienia, godzi w interes wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Szkoda, jaka może w takiej sytuacji powstać po stronie wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wynika z utraty korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego Thales w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt: KIO 226/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

2. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;

3. TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu;

4. Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie;

Izba stwierdziła skuteczność ww. zgłoszeń.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpień po stronie Odwołującego Budimex w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt KIO 232/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. PORR S.A. z siedzibą z siedzibą w Warszawie;
2. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
3. TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu;
4. Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie;
5. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;
6. Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła skuteczność ww. zgłoszeń.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpień po stronie Odwołującego Strabag w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt: KIO 234/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie;
3. AZD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (Czechy);
4. PORR S.A. z siedzibą z siedzibą w Warszawie;
5. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie;
6. TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu;
7. Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie;
8. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach;
9. Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia zgłoszonego przez Wykonawcę Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ponieważ nastąpiły one z przekroczeniem trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Izba potwierdziła skuteczność pozostałych przystąpień zgłoszonych w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 234/22.

Sygn. akt KIO 226/22

Izba ustaliła następujący stan faktyczny

Izba ustaliła oraz przyjęła następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Przedmiot zamówienia objęty postępowaniem odwoławczym stanowi element składowy inwestycji obejmującej realizację infrastruktury sterowania ruchem kolejowym oraz infrastruktury teletechnicznej na linii E65 Będzin-Zebrzydowice. W ramach tej inwestycji realizowane są zamówienia dotyczące poszczególnych jej odcinków - określonych jako części: LOT A1, LOT A, LOT B, LOT C i LOT D.

Postępowanie o udzielenie zamówienia będące przedmiotem postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 226/22 dotyczy części LOT B.

Zamówienie dotyczące części LOT C zostało udzielone w 2019 r. - obejmuje ono realizację prac na odcinku sąsiadującym z odcinkiem objętym postępowaniem o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt KIO 226/22. Zamówienie dotyczące części LOT C obejmuje m.in. dostawę i zabudowę urządzeń srk na stacji Czechowice-Dziedzice.

W treści punktu 3.1.16 Programu Funkcjonalno-Użytkowego dotyczącego części LOT C Zamawiający zawarł wymagania dla urządzeń srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami srk - interfejsy. Zamawiający wskazał, że „Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować”.

W zakresie części LOT B Zamawiający zawarł następujące postanowienia.

Zgodnie z pkt 3.5.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego jako stan docelowy urządzeń na posterunkach ruchu LOT B wskazano m.in. „Komputerowa samoczynna czterostawna blokada liniowa na szlakach: Kobiór - Pszczyna, Pszczyna - podg. Most Wisła (projektowany jako szlak Pszczyna-Czechowice-Dziedzice) wraz z powiązaniem z urządzeniami srk na st. Czechowice-Dziedzice.”

Zgodnie z pkt 4.3.1. PFU „Współpraca (powiązanie) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z komputerowymi urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, powinna być realizowana w technologii cyfrowej (interfejs cyfrowy). W powiązaniach z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym realizowanych w technologii niekomputerowej, dopuszcza się stosowanie technologii przekaźników bezobsługowych - jako rozwiązanie przejściowe do czasu ujednolicenia technologii (komputerowej). Zastosowanie technologii cyfrowej dla powiązań systemów/urządzeń sterowania ruchem kolejowym, musi być realizowane również w ramach formuły ujętej w Rozdziale 7 „Przewidywany zakres zmian w zakresie interfejsów - Prawo Opcji”.”

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione przez Wykonawcę Thales nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że Odwołujący Thales nie dowiódł wywodzonych przez niego twierdzeń, jakoby kwestionowane postanowienia SWZ w sposób nieuprawniony uniemożliwiały złożenie prawidłowej oferty przez wykonawcę niepowiązanego z Wykonawcą Bombardier lub uniemożliwiały dokonanie prawidłowej wyceny oferty. Uzasadnienie odwołania w przeważającej mierze sprowadza się do powyższych nieudowodnionych twierdzeń. Jednocześnie Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wykazał, iż z przyczyn obiektywnych oraz uzasadnionych jego potrzebami na tym etapie nie ma możliwości bardziej precyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia w kwestionowanym zakresie, a jednocześnie ustalony przez niego opis przedmiotu zamówienia jest na tyle jednoznaczny i precyzyjny, że w konsekwencji umożliwia złożenie prawidłowej oferty oraz dokonanie jej prawidłowej wyceny.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający nie uzyskał dotąd specyfikacji interfejsu urządzeń srk opracowanej przez Wykonawcę zamówienia na LOT C. Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią umów dokumentacja techniczna jest przekazywana do urządzeń, które już zostały zainstalowane, co oznacza, że jeżeli urządzenia nie zostały jeszcze zainstalowane i odebrane, to Zamawiający nie dysponuje dokumentacją techniczną. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że w odniesieniu do zamówień realizowanych na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego wykonawca na etapie składania ofert nie posiada i nie może być w posiadaniu dokumentacji projektowej z uwagi na fakt, że

dokumentacja ta zostanie dopiero opracowana przez wykonawcę wybranego w postępowaniu. Równolegle Zamawiający wskazał na potrzebę zapewnienia ciągłości realizacji kolejnych odcinków objętych inwestycją oraz konieczność przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia w sposób zazębiający się - bez przerw wynikających z konieczności przeprowadzania kolejnych procedur przetargowych. Zamawiający podniósł także, iż równolegle będzie realizowany drugi kontrakt, jednak Zamawiający nie będzie miał możliwości korzystania z linii kolejowej z uwagi na brak certyfikacji - do uzyskania certyfikacji konieczne jest powiązanie urządzeń srk.

Nadto Izba zwróciła uwagę na fakt, że obowiązek wykonania powiązania został wskazany w SWZ i objęty przedmiotem niniejszego zamówienia. Dodatkowo Izba za istotną

uznała okoliczność zastrzeżenia przez Zamawiającego konieczności zapewnienia prawidłowej współpracy urządzeń srk zabudowywanych w ramach zamówienia na LOT C z

urządzeniami, które będą dostarczane przez wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienie na LOT B. W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Zamawiający zapewniając prawidłową współpracę urządzeń srk zabudowywanych w ramach zamówienia LOT C z urządzeniami dostarczanymi w ramach zamówienia na LOT B, zapewnił konkurencyjność na takim poziomie, na jakim była ona możliwa do zrealizowania w kontekście obiektywnych potrzeb Zamawiającego. W ocenie Izby istotną dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest również deklaracja Zamawiającego co do przekazania wybranemu wykonawcy niniejszego zamówienia specyfikacji technicznej interfejsu opracowanej przez wykonawcę realizującego zamówienie na LOT C natychmiast po jej otrzymaniu - w celu ułatwienia i przyspieszenia realizacji zadania.

W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący Thales w toku postępowania odwoławczego złożył do akt sprawy załącznik do protokołu rozprawy z dnia 8 marca 2022 r., w którego treści złożył m.in. następujące oświadczenie.

„(...) odwołujący podtrzymuje żądanie alternatywne zgłoszone na rozprawie w dniu 15 lutego br. na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę żądań zawartych w odwołaniu, tj. wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji warunków zamówienia poprzez:

1. Udostępnienie informacji obejmujących co najmniej typ urządzeń i wersję oprogramowania wraz z wersją korekty zabudowanych w ramach zamówienia na realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku podg. Most Wisła - Czechowice-Dziedzice - Zabrzeg;

2. Zapewnienie w treści projektu umowy lub PFU, że:

   a) Na etapie realizacji umowy zamawiający udostępni niezbędną dokumentację techniczną, w tym obejmującą specyfikację interfejsu urządzeń srk (.);

   b) Przekazanie specyfikacji nastąpi niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie przewidzianym na ukończenie etapu projektowania;

   c) W przypadku opóźnienia w przekazaniu ww. dokumentacji odpowiedniemu wydłużeniu ulegnie termin na realizację przez Wykonawcę obowiązków w

   zakresie powiązania planowanych do zabudowy urządzeń z istniejącymi

   urządzeniami (...);

   d) Wykonawca będzie zwolniony z odpowiedzialności za opóźnienia lub nienależyte wykonanie umowy w ww. zakresie w przypadku nieudostępnienia przez Zamawiającego ww. dokumentacji.”

Izba uznała, że wobec zarzutów odwołania, których istota sprowadza się do uznania niezbędności dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach zamówienia na LOT C, do złożenia prawidłowej oferty oraz dokonania prawidłowej wyceny, żądania alternatywne Odwołującego Thales zgłoszone na rozprawie mają jedynie walor osłabiający argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania.

Treść ww. żądań alternatywnych może bowiem przeczyć temu, że kwestionowana dokumentacja jest Odwołującemu niezbędna do sporządzenia oraz wyceny oferty - skoro wnosi o udostępnienie jej na etapie realizacji umowy.

W odniesieniu do kwestii szacowania zakresu niezbędnych robót przez Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia Izba wzięła pod uwagę przywołaną przez Zamawiającego argumentację, zgodnie z którą szacowanie oraz wycenę niezbędnych robót, w tym także projektowych, wykonawcy muszą opracować na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz własnych doświadczeń nabytych podczas zrealizowanych dotychczas projektów. Zamawiający zwrócił uwagę, że w zakresie urządzeń srk profesjonalni wykonawcy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej realizują zadania polegające na powiązywaniu swoich urządzeń srk z urządzeniami już zabudowanymi przez innego producenta - w ocenie Zamawiającego szacowanie wartości prac w tym zakresie pozostaje przyjętą praktyką dla tego typu zamówień. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 1 marca 2022 r. (sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22, KIO 236/22), brak dokumentacji technicznej obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C niewątpliwie można uznać za okoliczność utrudniającą wykonawcom wycenę oferty, jednakże nie uniemożliwia ona takiego oszacowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na brak potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

Sygn. akt KIO 232/22

Izba jako okoliczności stanu faktycznego istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ustaliła i przyjęła, co następuje.

Odwołujący Budimex na rozprawie dokonał aktualizacji treści odwołania w konsekwencji modyfikacji SWZ dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 28 stycznia 2022 r. (znak pisma: IRZR3.292.5.2022.IRE-01287-I.SB-S.04) polegającej na nadaniu nowego brzmienia postanowienia Tomu II SWZ Warunki Umowy Część A i Część B - Subklauzula 8.13. Etapy w odniesieniu do Etapu 6 - terminów wykonania kontraktów:

Etap nr 6: 13 tygodni od 169 tygodnia trwania umowy - uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6.

Stosownie do zmienionego brzmienia SWZ subklauzuli 8.13 Odwołujący Budimex zakwestionował zmodyfikowany termin wykonania Etapu nr 6.

Izba ustaliła, że w zakres czynności objętych Etapem oznaczonym numerem 6 wchodzi m.in. uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie - urządzenia przytorowe, wydanego na czas nieokreślony.

Zgodnie z ustalonym przez Zamawiającego brzmieniem § 5 ust. 4 lit. e w zakresie części A oraz w § 5a ust. 4 dla części B Umowy:

„W przypadku zaistnienia innych okoliczności, bez względu na ich charakter, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym, o ile ich pojawienie się nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym, w szczególności brak możliwości udzielenia uzgodnionych zamknięć torowych w terminie ustalonym na podstawie Instrukcji Ir-19, możliwa jest uzasadniona tymi okolicznościami zmiana:

- sposobu wykonania, materiałów i technologii Robót, zmiana lokalizacji budowanych obiektów budowlanych, urządzeń w zakresie pozwalającym na wykonanie Robót w sposób należyty oraz zakresu Etapu lub Etapów, w tym wyłączenia części Robót oraz zmiana Czasu na Ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów odpowiednio do okresu trwania przeszkody,

która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy, zgodnie z jej treścią i w sposób należyty, zakresu obowiązków Wykonawcy lub Zamawiającego na etapie świadczenia Usług gwarancyjnych lub Usług pogwarancyjnych w sposób maksymalnie odpowiadający pierwotnemu celowi zmienianego postanowienia umownego.

• Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej odpowiednio poprzez zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych kosztów lub zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych kosztów, obliczanych na podstawie SubKLAUZULI 13.3 Warunków Szczególnych."

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie wniesione przez Odwołującego Budimex nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego.

Odwołujący Budimex zarzucił Zamawiającemu, że ustanowiony przez niego termin na wykonanie Etapu nr 6 jest krótszy niż termin ustawowy przewidziany na wydanie przez właściwy organ zezwolenia, które Wykonawca jest zobowiązany uzyskać w ramach Etapu nr 6, jak również, że jest to termin niemożliwy do dotrzymania.

W ocenie Izby, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Odwołujący Budimex nie wykazał, by termin ustalony przez Zamawiającego na wykonanie Etapu nr 6 był terminem niemożliwym do dochowania - argumentacja Odwołującego Budimex sprowadza się w głównej mierze do oparcia tego zarzutu na uznaniu, że ustanowiony termin jest krótszy niż termin ustawowy przewidziany na uzyskanie koniecznego zezwolenia.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 25e ust. 4 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym, dalej jako „ustawa TK", Prezes UTK przed wydaniem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, o którym mowa w art. 25a podsystemy systemu kolejowego Unii ust. 2 pkt 1 lit. a-c, sprawdza dokumentację pod względem jej kompletności, trafności oraz spójności. W przypadku przytorowych urządzeń ERTMS Prezes UTK sprawdza także zgodność z warunkami określonymi w decyzji Agencji o zatwierdzeniu proponowanych rozwiązań technicznych albo z wynikiem procedury, o której mowa w art. 30 ust. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/796 z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie Agencji Kolejowej Unii Europejskiej i uchylenia rozporządzenia (WE) nr 881/2004.

W myśl przepisu art. 25e ust. 4a. ustawy TK, Prezes UTK w terminie miesiąca od dnia otrzymania wniosku informuje wnioskodawcę, że dokumentacja jest kompletna, albo wzywa do usunięcia braków.

Zgodnie z przepisem art. 25e ust. 4b, Prezes UTK wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, o którym mowa w art. 25a podsystemy systemu kolejowego Unii ust. 2 pkt 1 lit. a-c, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku.

Izba w tym zakresie przede wszystkim zwróciła uwagę na fakt, że termin, o którym mowa w art. 25 ust. 4b ustawy TK - 4 miesiące od dnia otrzymania kompletnego wniosku - na wydanie zezwolenia został określony jako termin maksymalny, co oznacza, że stosowne zezwolenie może zostać wydane w czasie krótszym, w szczególności w sytuacji złożenia kompletnego wniosku z zachowaniem należytej staranności po stronie wykonawcy.

W sytuacji, gdyby organ wydający zezwolenie popadł w opóźnienie, Zamawiający powołał się na treść postanowienia Umowy zawartego w § 5 ust. 3 Aktu Umowy dla części A oraz § 5a ust. 1 Umowy dla części B, który przewiduje, że dopuszczalna jest zmiana umowy , w tym także zmiana czasu na ukończenie, a także czasu wykonania Etapów w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej (...), których działalność wymaga wydania jakiejkolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień i certyfikatów w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy - zwłaszcza w sytuacji, gdy dochodzi do opóźnień w wydawaniu stosownych decyzji, zezwoleń itp.

W szczególności Izba zwróciła uwagę na fakt, że postanowienia wzoru umowy zawarte w § 5 ust. 4 lit. e w zakresie części A oraz w § 5a ust. 4 dla części B Umowy przewidują, że także w przypadku innych okoliczności, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym możliwa jest zmiana umowy, w tym zmiana czasu na ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów.

Izba uznała ww. postanowienie umowne za istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy postanowienie, które łagodzi potencjalną rygorystyczność przyjętego przez Zamawiającego terminu na wykonanie Etapu nr 6, bowiem wprowadza ono mechanizm umożliwiający zmianę umowy także w zakresie terminu wykonania Etapu nr 6. Jednocześnie okoliczności stanowiące przesłanki umożliwiające dokonanie zmiany umowy określone w § 5 ust. 4 lit. e w zakresie części A oraz w § 5a ust. 4 dla części B Umowy ocenić należy jako

okoliczności obejmujące szeroki katalog zdarzeń, w tym także o charakterze prawnym, organizacyjnym, administracyjnym lub technicznym.

Ponadto Izba zwróciła uwagę na fakt, że argumentacja Odwołującego, w szczególności przedstawiona w złożonym na rozprawie schemacie prezentującym analizę czasu etapu i faz wybranych przetargów LOT B, opiera się w dużej części na założeniu maksymalnych terminów, bez możliwości równoległego wykonywania prac oraz krótszego od maksymalnego terminu uzyskania certyfikacji. Przyjęto także założenie konieczności uzupełniania i poprawiania dokumentacji projektowej i wniosku składanego do Prezesa UTK, podczas gdy sporządzenie i złożenie wniosku w warunkach dochowania należytej staranności przez wykonawcę nie generuje konieczności jego uzupełniania i znacząco skraca terminy w stosunku do przyjętych przez Odwołującego Budimex założeń. Brak jest jednocześnie podstaw, by a priori zakładać, że ziszczą się jednocześnie wszystkie okoliczności skutkujące wyczerpaniem maksymalnych terminów, w jakich mogą być realizowane zadania objęte Etapem nr 6.

Izba uznała zatem, że dochowanie założonego w postanowieniach SWZ terminu wykonania Etapu nr 6 jest możliwe, a dodatkowo potencjalny rygoryzm ustanowionego terminu został złagodzony przewidzianym przez Zamawiającego mechanizmem umożliwiającym zmianę umowy (tak też KIO w wyroku z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22, KIO 236/22).

W okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego czynnością ustalenia kwestionowanego terminu na wykonanie Etapu nr 6.

Sygn. akt KIO 234/22

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Strony złożyły zgodnie następujące oświadczenia, przedstawione do protokołu rozprawy.

Odwołujący Strabag oświadczył, że w związku z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego i dokonaną przez niego modyfikacją cofa odwołanie w zakresie żądania oznaczonego nr 5 na str. 4 odwołania związanego w części z zarzutem oznaczonym nr 4 w zakresie buforu oraz cofa odwołanie w zakresie żądania nr 3, tj. zarzutu nr 2.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia żądanie oznaczone nr 18 i 19 odwołania oraz że dokona w tym zakresie stosownych korekt w SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego Strabag. Zamawiający oświadczył także, że uwzględnia żądanie zawarte w

punkcie 16 odwołania i odnośny punkt 1.8.4 SWZ zdanie „ryzyka z tym związane są po stronie wykonawcy” zostanie zastąpione zdaniem „zmiany wynikające z powyższych okoliczności zostaną wprowadzone zgodnie z warunkami kontraktu”.

Strony zgodnie oświadczyły, że sformułowanie dotyczące punktu 1.8.13 SWZ

zacytowane w punkcie 17 żądań odwołania w tiret 4 oznacza, że wykonawcę obciążają koszty posterunków ruchu, jeżeli wynikają one ze zmiany fazowania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Strony uznały, że koszty urządzenia składowiska w innej lokalizacji niż podana w odpowiedzi na odwołanie będzie ponosił wykonawca, jeżeli konieczność wywozu materiałów z rozbiórek do innego miejsca będzie wynikać ze zmiany fazowania w stosunku do przewidzianego w SWZ, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyższe ustalenie dotyczyło żądania opisanego w punkcie 20 odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie żądania wskazanego w punkcie 17 odwołania (str. 5) związanego w części z zarzutem wskazanym w punkcie 8, oraz że cofa odwołanie w zakresie żądania wskazanego w punkcie 20 odwołania (str. 6) również związanego w części z zarzutem wskazanym w punkcie 8.

Z uwagi powyższe oświadczenia stron Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze odpowiednio w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego - na podstawie

art. 568 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp oraz w zakresie, w jakim

Odwołujący Strabag wycofał zarzuty i żądania odwołania - na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden wykonawca.

Odnosząc się do zarzutów i żądań, które nie zostały wycofane ani uwzględnione Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba nie powiela okoliczności stanu faktycznego istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy wskazanych w treści odwołania oraz odpowiedzi Zamawiającego na wniesione odwołanie.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1 odwołania - opartego na przekroczeniu granic swobody kontraktowania polegającym na zaniechaniu wprowadzenia definicji Odcinków, a tym samym wprowadzeniu postanowień umownych, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanych części robót (Etapu 3, 4 i 5) rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia i po upływie czasowej eksploatacji tych części Izba uznała, że stanowisko Odwołującego Strabag nie zasługiwało na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba uznała w tym zakresie za trafne stanowisko wyrażone przez Zamawiającego, który wskazał, że przedmiotowe zamówienie jest realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, co oznacza, że w subklauzuli 1.1.3.7. warunków Umowy pojawiło się pojęcie „Odcinka", jednak zasadą jest, że wprowadzenie odcinków należy do uprawnień Zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający z przysługującego mu uprawnienia nie skorzystał i nie zdecydował się na wprowadzenie podziału na odcinki, z czego nie sposób czynić Zamawiającemu zarzutu wobec fakultatywnego charakteru tego uprawnienia. W odniesieniu do zarzutu zobowiązania wykonawcy do doprowadzenia eksploatowanych robót do stanu zgodnego z kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu, Izba szczególną uwagę zwróciła na dalszą treść Subklauzuli 11.1 Warunków Umowy, która nie została przytoczona przez Odwołującego Strabag w treści odwołania - zgodnie z jej brzmieniem Zamawiający nie przewidział, by w zakres odpowiedzialności Wykonawcy za wady wchodziło zużycie zwyczajne. Izba uznała za trafne w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który wskazał, że Odwołujący pominął tę okoliczność i błędnie przyjął, iż w ramach gwarancji i rękojmi wykonawca miał ponownie doprowadzić zużyte roboty do stanu odpowiadającemu momentowi rozpoczęcia eksploatacji. W dalszej kolejności Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w zakresie tego, że bieg okresu rękojmi rozpoczyna się od ukończenia obiektu, którym w okolicznościach przedmiotowej sprawy będzie moment odbioru końcowego. Dodatkowo Zamawiający wskazał na konieczność uzyskania certyfikacji oraz na fakt, że brak jest możliwości uzyskania certyfikacji dla każdego odcinka - konieczne jest do tego wykonanie całości robót. Ponadto w ocenie Izby Zamawiający trafnie podniósł, że nie można uznać, iż odbiór eksploatacyjny, o którym mowa w subklauzuli 8.13 Warunków Umowy jest równoznaczny z potwierdzeniem spełnienia całości świadczenia (tak też KIO w wyroku z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 235/22). W odniesieniu do początku biegu terminu okresu rękojmi oznaczonego jako dzień wydania rzeczy kupującemu zgodnie z przepisem art. 568 § 1 KC wskazać należy, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi powstaje po ukończeniu obiektu i jego odbiorze przez inwestora. Co za tym idzie wadliwe lub niezgodne z umową

wykonywanie prac na wcześniejszym etapie uzasadnia ewentualne skorzystanie przez inwestora z uprawnień wskazanych w art. 636 KC w zw. z art. 656 § 1 KC. Izba uznała zatem kwestionowane przez Odwołującego Strabag postanowienia uzależniające rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji od ukończenia wszystkich prac za prawidłowe i nienaruszające przepisów KC, w szczególności art. 568 § 1 KC w zw. z art. 638 KC i art. 656

§ 1 KC (tak też KIO w wyroku z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22, KIO 236/22).

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła, by Zamawiający przekroczył granice swobody kontraktowania ani też by naruszył przepisy Kodeksu cywilnego odnoszące się do biegu terminu rękojmi i gwarancji w kwestionowanym w odwołaniu zakresie. Ponadto Izba uznała, że Odwołujący Strabag nie wykazał konieczności wprowadzenia definicji Odcinków do postanowień umowy, ani wyrażonej w żądaniu odwołania konieczności wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót z danego odcinka i rozpoczęciu eksploatacji. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 568 § 1 KC w zw. z art. 638 KC i art. 656 § 1 KC oraz art. 558 § 1 KC w zw. z art. 353^1 KC, art. 58 KC oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 3. Odwołania - naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w zakresie Opcji 1 i 2 w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zakresie Opcji 1 i 2 w sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów wykonania opcji w szacowanych terminach Opcji 1 i 2 Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości

wynagrodzenia.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, przepis art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp pozostawia do wyboru Zamawiającego określenie wskaźników stanowiących podstawę

dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że przedmiotem zarzutu jest ograniczenie wysokości waloryzacji wynagrodzenia za Opcję nr 1 i 2 o ponad 50% wysokości wskaźników GUS tj. CPI - wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych oraz R - dynamika wskaźnika przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw ogółem, co w ocenie Odwołującego Strabag prowadzi do przerzucenia na Wykonawcę nieprzewidywalnego ryzyka zmian cen i wynagrodzeń w części przewyższającej 50%.

Tymczasem w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający, działając w zgodzie z treścią art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, określił mechanizm waloryzacyjny posługując się wskaźnikiem waloryzacji uwzględniającym główne nośniki kosztów realizacji Opcji 1 i Opcji 2.

W tym miejscu należy wskazać, że - jak zauważono w wyroku Izby z dnia 21 lutego 2022 r. (sygn.. akt KIO 235/22) - „(...) przepisy ustawy Pzp w przypadku waloryzacji umownej nakładają na zamawiającego obowiązek określenia w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy m.in. sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub też przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Z analizy ww. przepisu wynika zatem, że ustawodawca pozostawił zamawiającym swobodę co do sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który nie musi być oparty o wskaźniki GUS. Z powyższego przepisu w ocenie Izby nie można jednak wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jakkolwiek Izba dostrzega dynamikę trendu wzrostowego wskaźników CPI - wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych oraz R - przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia brutto w sektorze przedsiębiorstw w latach 2010 - 2021, to jednak nie oznacza to, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może

zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe.”

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 4. odwołania w zakresie, w jakim jego podstawą faktyczną uczyniono opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1 z naruszeniem art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp w odniesieniu do usług zapewnienia dostępu do Narzędzia Klasy SD Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na znaczną ogólnikowość postawionego zarzutu, w szczególności na brak wskazania informacji, które są Odwołującemu niezbędne do wyceny przedmiotowego zakresu zamówienia.

Jednocześnie Izba uznała, że modyfikacja PFU dokonana przez Zamawiającego dnia 11 lutego 2022 r. w zakresie pkt 5.1 PFU pt. „Wymagania ogólne” oraz pkt 6.1 PFU ppkt 18 stanowi doprecyzowanie okoliczności skorzystania z prawa dostarczenia własnego Narzędzia Klasy SD, co należy uznać za skuteczne usunięcie wątpliwości - zwłaszcza wobec braku konkretnych żądań Odwołującego wynikających z postawienia omawianego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 4. odwołania w zakresie, w jakim jego podstawą faktyczną uczyniono nienależyte opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 2 wyrażające się w oczekiwaniu od wykonawców oszacowania nie tylko wartości zamówienia, ale też określenia jego przedmiotu oraz w braku ujawnienia liczby i typów urządzeń srk, jakie miałyby być zabudowane w ramach „Zabudowy urządzeń srk na stacji Tychy czy Radostowice” oraz braku liczby odstępów oraz typów blokad w ramach planowanych przebudów stacji, Izba uznała za wiarygodne i zasługujące na uwzględnienie wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego, zgodnie z którymi zastosował prawo Opcji 2 celem zapewnienia przyszłym wykonawcom urządzeń SRK na odcinkach stycznych do odcinka objętego przedmiotowym zadaniem, współpracy z wykonawcą urządzeń SRK w ramach niniejszego zadania.

Zamawiający mając ten cel na uwadze zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2, określając wymagania w zakresie powiązania urządzeń wraz z określeniem potencjalnych prac, jakie Zamawiający przewiduje w przyszłości. W treści PFU wskazano,

że współpraca urządzeń SRK będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę zgodnie z pkt 4.3.2. Natomiast zgodnie z przywołanym pkt 4.3.2 PFU Wykonawca opracuje i przekaże w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować.

Jak wskazał Zamawiający, to na Wykonawcy wyłonionym w przyszłości będzie spoczywał obowiązek dostosowania się do warunków powiązania urządzeń określonych przez Wykonawcę niniejszego zadania w specyfikacjach interfejsu. Z uwagi na charakter formuły „projektuj i buduj" Zamawiający wskazał, że nie jest w stanie podać oczekiwanych w odwołaniu informacji dotyczących typów urządzeń jakie będą zabudowywane w przyszłości, co Izba uznała za okoliczność wiarygodną i uzasadnioną obiektywnymi względami. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że omawiany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 4. odwołania w zakresie, w jakim jego podstawą faktyczną uczyniono nienależyte opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie braku informacji o systemie ERTMS/ETCS Izba uznała, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę lakoniczność argumentacji Odwołującego Strabag, który ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że brak jest jakichkolwiek informacji w zakresie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, w szczególności w zakresie dostawcy takiego systemu oraz do sformułowania żądania do nakazania Zamawiającemu podania opisu i właściwości ww. systemu w języku polskim. Tymczasem, jak słusznie wskazał Zamawiający, system ten to standard europejski zdefiniowany i udostępniony na stronie internetowej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej (ERA). W dokumentach tam udostępnionych określone zostały szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne dla systemu ETCS oraz interfejsów w nim stosowanych. Zamawiający podkreślił także, że dokumenty te i normy opracowane są wyłącznie w języku angielskim i nigdy nie zostały przetłumaczone na język polski.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku wskazania okoliczności skorzystania z Opcji 1, w tym terminu wykonania Opcji 1, jak również ustalenia terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata, Izba zwróciła uwagę na lakoniczny charakter uzasadnienia przedstawionego zarzutu, które nie daje podstaw do jego uwzględnienia. Ponadto Izba uznała za kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii brzmienie przepisu art. 434 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Umowę zawiera się na czas oznaczony.

2. Zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

W tym miejscu należy wskazać, że Odwołujący Strabag, przywołał w treści odwołania nieaktualne brzmienie przepisu art. 434 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowę zawiera się na czas oznaczony, nie dłuższy niż 4 lata. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 21 lutego 2022 r. (sygn. akt: KIO 235/22), brzmienie to zostało zmienione zgodnie z art. 2 pkt 86 ustawy z dnia 27 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Jak wskazała Izba w ww. wyroku, (...) Ustawodawca dostrzegł bowiem, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na okres 4 lat w przypadku robót budowlanych niejednokrotnie mogłoby być niemożliwe do zachowania i zdecydował się na przywrócenie regulacji obowiązującej pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Z kolei stosownie do treści art. 434 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może zawrzeć umowę, której przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe, na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego lub zakresem planowanych nakładów oraz okresem niezbędnym do ich spłaty.

W ocenie Izby analiza art. 434 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane brak jest ograniczenia co do czasu, na który umowa może zostać zawarta. Dostrzec należy, iż przedmiotu umowy o roboty budowlane nie można zakwalifikować jako świadczenie powtarzające się lub ciągłe. Umowa taka ma charakter jednorazowy, bez względu na czas, na jaki została zawarta, co oznacza że do takiej umowy znajduje zastosowanie art. 434 ust. 1 ustawy Pzp.

Co istotne w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, z brzmienia przepisu art. 434 ustawy Pzp wynika, że w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są usługi zamawiający może zawrzeć umowę na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli spełnione zostaną wskazane przez ustawodawcę przesłanki, przy czym wystarczające jest spełnienie jednej z

nich.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, co Izba przyjęła za wiarygodne, że realizacja zamówienia objętego Opcją nr 1 w dłuższym czasie spowoduje

oszczędności kosztów realizacji zamówienia z uwagi na fakt, że kryterium ceny na etapie wyboru dostawcy urządzeń uwzględnia oprócz kosztów zabudowy także koszty utrzymania, takie jak usuwanie ujawnionych wad, przeglądy okresowe tych urządzeń w okresie gwarancji oraz świadczenie usług pogwarancyjnych (zamówienie opcjonalne - Opcja nr 1). Dalej Zamawiający wskazał, że oszczędności generuje już sam fakt, że Zamawiający nie jest już zmuszony udzielać zamówień w trybie z wolnej ręki na usługi pogwarancyjne producentom urządzeń będących właścicielami autorskich praw majątkowych rozwiązań technicznych.

Dodatkowo Zamawiający słusznie podniósł, że realizacja usług gwarancyjnych i pogwarancyjnych dla wszystkich urządzeń objętych przedmiotowym zamówieniem pozwoli uniknąć podziału odpowiedzialności pomiędzy liczne podmioty odpowiedzialne obecnie za utrzymanie urządzeń - ich różnych rodzajów. Izba uznała także za wiarygodną i zasługującą na uwzględnienie argumentację Zamawiającego odnoszącą się do korzyści, jaką Zamawiający odniesie dzięki zawarciu umowy na odpowiednio długi czas - w postaci kompleksowego wsparcia serwisowego pochodzącego od jednego podmiotu, który będzie odpowiedzialny oraz koordynujący prace nad przywróceniem funkcjonalności systemu po zaobserwowaniu jej braku.

Izba stwierdziła jednocześnie, że twierdzenia Odwołującego Strabag w żaden sposób nie pozwalają na zanegowanie podnoszonej przez Zamawiającego argumentacji w zakresie zaistnienia przesłanek uprawniających Zamawiającego do ustalenia terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że omawiany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania określenia okoliczności oraz terminu skorzystania z Opcji nr 2 Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Wskazać należy, że zgodnie z Klauzulą 22 „Prawo Opcji 2" pkt 4 i 5:

4. Zamawiający będzie miał prawo do uruchamiania Prawa Opcji w całym okresie realizacji Umowy (w tym także w czasie realizacji Prawa Opcji 1) z zastrzeżeniem terminów określonych dla czasu realizacji tych robót wskazanych w Subklauzuli 8.13 Etapy;

5. Zamawiający każdorazowo powiadomi Wykonawcę pisemnie o terminie i zakresie realizacji Prawa Opcji z zastrzeżeniem, iż wskazany termin realizacji nie będzie wcześniejszy niż 6 m-cy od powiadomienia o uruchomieniu Prawa Opcji.

Jak trafnie podniósł Zamawiający, dokumentacja postępowania zawiera regulacje dotyczące terminu uruchomienia Opcji nr 2. Jednocześnie Zamawiający wprowadził termin na przygotowanie się Wykonawcy do realizacji Opcji nr 2. Określony termin realizacji świadczeń objętych Prawem Opcji 2 został zatem wskazany i pozwala na odpowiednie przygotowanie się Wykonawcy. Izba uznała za wiarygodne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w treści odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym określony termin na mobilizację do realizacji świadczeń objętych Opcją nr 2 pozwala na odpowiednie przygotowanie się Wykonawcy, dzięki czemu nie musi on pozostawać w stanie niepewności. Dodatkowo Izba dostrzegła trafność stanowiska zajętego przez Zamawiającego, który stwierdził, że przedmiot Opcji nr 2 stanowi zobowiązanie do świadczenia gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego, co oznacza, że zarzut w zakresie konieczności pozostawania w ciągłej gotowości należy uznać za nieuzasadniony (tak też Izba w wyroku z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt KIO 228/22, KIO 233/22, KIO 236/22). Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotem wyceny dokonywanej w odniesieniu do zamówienia objętego Opcją nr 2 jest w istocie zobowiązanie wykonawcy do świadczenia gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi na rzecz Zamawiającego dostawy lub roboty budowlane i dała wiarę stanowisku Zamawiającego, zgodnie z którym data uruchomienia Opcji nr 2 oraz związany z tą datą zagwarantowany sześciomiesięczny okres służący przygotowaniu Wykonawcy do realizacji świadczeń objętych Opcją nr 2 pozwalają na dokonanie wyceny oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że omawiany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasługujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 484 § 1 KC w zw. z art. 3531 KC oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na ukształtowaniu Warunków Umowy w zakresie Opcji 1 w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych.

W odniesieniu do zakresu kar umownych przewidzianych dla Opcji nr 1 Izba uznała,

że ich zastrzeżenie na ustalonym przez Zamawiającego poziomie znajduje uzasadnienie w konieczności zabezpieczenia interesów Zamawiającego na wypadek wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Izba uznała w tym zakresie za wiarygodne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym koszty w wypadku wypowiedzenia przez wykonawcę świadczenia usług pogwarancyjnych lub kontraktu koszty związane z realizacją zastępczego wykonania Opcji nr 1, dla którego, jak wskazał

Zamawiający, podmiot realizujący usługi musiałby zostać wyłoniony w niekonkurencyjnym trybie np. zamówienia z wolnej ręki, znacząco by wzrosły.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący Strabag nie wykazał, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne dla Opcji nr 1 zostały ustalone w sposób sprzeczny z zasadą kontraktowania oraz zasadami współżycia społecznego. W szczególności Odwołujący nie podważył uzasadnionych interesów Zamawiającego, których wystąpienie determinuje konieczność zabezpieczenia na wypadek wypowiedzenia przez wykonawcę świadczenia usług pogwarancyjnych lub kontraktu, co w efekcie prowadzi do konieczności udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym i wiąże się z wyższymi kosztami realizacji.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 484 § 1 KC w zw. z art. 353^1 KC oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 452 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji nr 1 w wysokości przekraczającej 5% jej wartości.

Zgodnie z treścią art. 452 ust. 2 ustawy Pzp zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Odwołujący Strabag za nieuzasadnione uznał ustalenie przez Zamawiającego wartości zabezpieczenia od wartości ceny kontraktowej - w jego ocenie wartość zabezpieczenia powinna zostać ustalona na poziomie 5% wartości Opcji nr 1.

Zamawiający ustanowił należyte zabezpieczenie Umowy jako 5% ceny całkowitej dla Zakresu Podstawowego (bez kwoty warunkowej) podanej w ofercie pomniejszonej o koszty brutto komunikacji zastępczej z zastrzeżeniem postanowień punktu 21 IDW. Dodatkowo Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia zabezpieczenia Opcji nr 1 w wysokości 0,3 % kwoty netto Ceny Kontraktowej. W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego Strabag uznać należy za nieprawidłowe z uwagi na fakt, że zgodnie z niekwestionowanymi wyjaśnieniami Zamawiającego wysokość aktywnego zabezpieczenia w żadnym momencie obowiązywania Umowy nie przekroczy wskazanej w tym przepisie wartości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Izba zwróciła uwagę także na fakt, że na warunkach określonych w przepisie art. 452 ust. 3 ustawy Pzp zabezpieczenie może zostać ustalone w wysokości większej niż 5%, nie wyższej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy - jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia, co zamawiający opisał w SWZ lub innych dokumentach zamówienia.

Izba nadto podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 21 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 235/22), w którym Izba na gruncie tożsamego stanu faktycznego wskazała, że „(...) ustalona przez Zamawiającego wysokość zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 nie naruszała art. 452 ust. 2 ustawy Pzp, a stanowisko Odwołującego sprowadzało się w istocie do wprowadzenia do dokumentów zamówienia postanowień względniejszych dla wykonawcy. W szczególności wskazać należy, iż powyższy przepis dopuszcza możliwość ustalenia zabezpieczenia w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Z kolei jak wynika z postanowień SWZ - niekwestionowanych przez Odwołującego -

ceną oferty w niniejszym postępowaniu jest cena za zamówienie podstawowe oraz zamówienie opcjonalne (Opcja 1 i Opcja 2). Powyższe oznacza, iż w niniejszej sprawie Zamawiający uprawniony był do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny ofertowej, tj. ceny za zamówienie podstawowe oraz opcjonalne przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. Ponadto zauważyć należy, iż przepisy ustawy Pzp nie uzależniają wysokości zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia opcjonalnego od ceny opcji, czego oczekiwał Odwołujący."

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że omawiany zarzut podlega oddaleniu. stwierdzono tym samym naruszenia przepisu ustawy.

W konsekwencji nieuwzględnienia żadnego z zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba nie stwierdziła, by Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszył przepis art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp określających podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania oznaczonego sygnaturą akt KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba w sprawach oznaczonych sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 oraz KIO 234/22 wydała orzeczenie łączne.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....