Sygn. akt: KIO 235/22

WYROK

z dnia 21 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Aleksandra Patyk
Anna Packo
Irmina Pawlik

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

B. wykonawcy Bomardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą

w Katowicach,

C. wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

D. wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

E. wykonawcy Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie,

F. wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie I.2 petitum odwołania oraz I.4 petitum odwołania w zakresie jakim jego podstawa

faktyczna dotyczyła zaniechania opisu buforu Części Zamiennych oraz podania opisu i właściwości systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w języku angielskim.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy 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 koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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 235/22

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie

przetargu nieograniczonego na prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65)

na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. - Katowice - Katowice Piotrowice (znak postępowania: IREZA4.292.01.2022.f).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 011-025030.

W dniu 27 stycznia 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie wobec postanowień SWZ zarzucając Zamawiającemu

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 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające 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 rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia i po upływie czasowej eksploatacji tych części;

2. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy 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 ich wykonania;

4. art. 99 ust. 1, 2 i ust. 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 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 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie 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 ustawy 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. 3 i 3a Warunków Realizacji Części C);

7. art. 452 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji 1 w wysokości przekraczającej 5 % jej wartości;
a konsekwencji wszystkich powyższych naruszeń naruszenie:

8. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 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, 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.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinków:

ODCINEK 1: Wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 3, 5, 6 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi

ODCINEK 2: Wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 4, 4a, 4b, 7 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi

ODCINEK 3: Wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 8, 10, 12 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi

ODCINEK 4: Wszystkie roboty budowlane przewidziane w Fazach 9, 11, 13 wraz z odbiorami eksploatacyjnymi

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,

ewentualnie

2. nakazanie wprowadzenia innego równoważnego postanowienia umownego umożliwiającego rozpoczęcie biegu okres rękojmi i gwarancji w odniesieniu do robót przewidzianych do wykonania w Fazach 3-13 oddzielnie, po odbiorze/przejęciu danej zorganizowanej części robót (Odcinka) i rozpoczęciu eksploatacji przez Zamawiającego;

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Kontraktu, tj. Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu i pozostałych odnośnych 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. nakazanie Zamawiającemu 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: (a) W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100) - wysokość wskaźnika

waloryzacyjnego za dany rok gdzie: a2=0,0 b2=0,2 c2=0,8;

5. nakazanie Zamawiającemu 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. nakazanie Zamawiającemu 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 Zawiercie, Sosnowiec Południowy

- podania typu blokad i liczby odstępów na szlaku Będzin - Dąbrowa Górnicza linii nr 001

oraz

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

7. nakazanie Zamawiającemu określenia terminu wykonania przedmiotu Opcji 1 w okresie nie dłuższym niż 4 lata;

8. nakazanie Zamawiającemu określenia okoliczności skorzystania z Opcji 1, w szczególności poprzez nakazanie wskazania terminu skorzystania z Opcji w terminie 6 miesięcy od podpisania Kontraktu;

9. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 1;

10. nakazanie Zamawiającemu 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 Zamawiającemu ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 w wysokości nie wyżej niż 5 % wartości tej Opcji;

14. nakazanie Zamawiającemu zmianę 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. 3 Warunków Realizacji Części C;

15. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z kary umownej określonej § 16 ust. 3a Warunków Realizacji Części C);

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

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał na Subklauzulę 8.13 Warunków Szczególnych dla obu części zamówienia i uzasadniał, że wynika z nich, iż prace budowalne przewidziano do wykonania w ramach Etapów 2-5. Po zakończeniu robót ujętych w poszczególnych fazach ujętych w Etapach Zamawiający uprawniony będzie do eksploatacji 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 10 - 44 miesięcy od rozpoczęcia eksploatacji robót przewidzianych do wykonania w ramach konkretnego Etapu. Powyższy wniosek wynika z postanowień Umowy dotyczących okresu zgłaszania wad (tj. rękojmi i gwarancji). Odwołujący przywołał brzmienie Subklauzuli 1.1.3.7 WSK,

Subklauzuli 10.1 WSK, Subklauzuli 2.7 WSK i uzasadniał, że 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. 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.

Odwołujący uzasadniał, że 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. Odwołujący przywołał treść Subklauzuli 10.2 WSK, 11.1 oraz 11.9 WSK. Odwołujący wskazał, że z powyższych regulacji wynika, że pomimo eksploatowania części Robót, np. Robót objętych Etapem 2, 3, 4 czy 5 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 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 oszacowanie 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 ustawy 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 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że 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 ustawy 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 2, 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.

Dalej Odwołujący przedstawił argumentację prawną dotyczącą art. 568 § 1 k.c. i art. 558 k.c. uzasadniając, że 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. Przywołał wyrok SA w Katowicach z dnia 28 listopada 2013 r. sygn. akt: I ACa 700/13. Wskazał, że 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. Odwołujący wskazał, że podobny pogląd wyrażany jest w orzecznictwie SN (wyrok SN z dnia 5 lipca 2002 r. sygn. akt: II CZP 39/02) oraz poglądach doktryny.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący przywołał brzmienie Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych dla części B. Wskazał, że Zamawiający w 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 Zamawiający wprowadzając współczynnik stały „a2" o wartości 0,5 niepodlegający korekcie, czym 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. 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%. Odwołujący przedstawił analizę sposobu wyliczenia wartości waloryzacji dla Opcji nr 1 i nr 2, wg. danych archiwalnych GUS za lata 2010 do 2021. Uzasadniał, że z przedstawionych w odwołaniu danych wynika, iż po 12 latach realizacji Opcji waloryzacja Wynagrodzenia

wyniesie 1,315 co po zmianie na procent daje 31,50%. Z analiz dokonanych przez

wykonawcę wynika, iż taka wartość waloryzacji będzie niewspółmierna do faktycznie występujących wzrostów cen robocizny, usług i materiałów. Dla poparcia powyższego twierdzenia Odwołujący przedstawił 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.). Z zawartych w odwołaniu danych 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 2021 r. z 176,10 % do 268,70% czyli wzrost w ciągu 5 lat wyniósł 92,60%. Uzasadniał, że na uwagę zasługuje 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 Wykonawca wnosi o zmianę sposobu liczenia waloryzacji wg. sposobu ustalonego 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. Odwołujący wskazał, że z zawartej w odwołaniu tabeli wynika, że różnica pomiędzy sposobem zaproponowanym przez Zamawiającego (tabela 1 - kolumna c) a propozycją Wykonawcy (tabela 2 - kolumna c') po 12 latach realizacji wynosi: c - 1,315 = 31,5% - o jakie należy zwaloryzować wynagrodzenie wg. Zamawiającego oraz c' - 1,712 = 71,20% - o jakie należy zwaloryzować po korekcie zaproponowanej przez Wykonawcę. Powyższe dowodzi, że wskazany 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 19 lat, kiedy będą realizowane Opcje, Odwołujący wnosi o uwzględnienie przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji, poprzez zmianę postanowień §12, ust. 2 pkt 2 w zakresie określenia nowych wartości stałych współczynników: a2=0,0, b2=0,2, c2=0,8.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił wewnętrzną niezgodność dotycząca sposobu liczenia waloryzacji wynagrodzenia Prawa Opcji 1 i Prawa Opcji 2. Odwołujący przywołał Subkluazulę 13.8 Warunków Szczególnych Umowy dla części B oraz § 12 ust. 1 - 3 Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1. Odwołujący stwierdził, że ustalone przez Zamawiającego opisane wyżej sposoby liczenia waloryzacji są względem siebie sprzeczne i nie pozwalają na uwzględnienie w cenie oferty zmian cen, jakie zapewne nastąpią w okresie 19 lat. Odwołujący wniósł w związku z tym o zmianę i ujednolicenie warunków umowy w zakresie waloryzacji Opcji 1 i 2 poprzez zastosowania następującego wzoru: (a) W2Gn=a2+(b2xCPIn/100)+(c2xRn/100) - wysokość wskaźnika waloryzacyjnego za dany rok gdzie: a2=0,0 b2=0,2 c2=0,8 (b) wyliczenie należnej wartości waloryzacji poprzez iloczyn wysokości Wskaźników Waloryzacyjnych Usług (W2Gn) za wszystkie poprzednie lata kalendarzowe rozpoczynające się po upływie roku, w którym wykonawca złoży Ofertę (w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 3 Umowy).

W zakresie zarzutu 4. petitum odwołania - nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1 Odwołujący wskazał, że w zakresie Opcji 1 - Zamawiający zastrzegł sobie prawo do opcjonalnego (dodatkowego) powierzenia Wykonawcy świadczenia Usług pogwarancyjnych, w zakresie i na warunkach opisanych w Rozdziale 7 Programu Funkcjonalno Użytkowego (TOM IIIA i TOM IIIB). Obok PFU, zakres obowiązków Wykonawcy określa Umowa - (Warunki Realizacji Część C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych). Odwołujący przywołał brzmienie punktu 12.1 IDW oraz postanowienia RCO w zakresie elementów podlegających wycenie w ramach Opcji 1. Uzasadniał, że w odniesieniu do „Usługi zapewnienie dostępu do Narzędzia Klasy SD" Zamawiający nie wskazał jakikolwiek informacji, czy wytycznych pozwalających na wyceną 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". Z kolei w § 2 ust. Umowy (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 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż zarówno w zakresie buforu Części Zamiennych, jak i wymogów Narzędzi Klasy SD, 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.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania - nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 2 Odwołujący wskazał na pkt II.2.11) Ogłoszenia o zamówieniu, odpowiednio Rozdziału 1 pkt 2.3 IDW SWZ Zamawiający, a także opisu zawartego w rozdziale 8 TOMu III A PFU. Uzasadniał, że wskazany Przedmiot Opcji 2 został ujęty w Rozbiciu Ceny Ofertowej RCO dla Opcji 1 i 2. 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 1, 2 i 3 nie istnieją jakiekolwiek podstawy do oszacowania, ani tym bardziej do przewidzenia, jakie urządzenia w ramach innych Kontraktów zostaną w przyszłości zabudowane. Odniesieniu do pkt 4 z kolei Zamawiający nie udostępnił wymaganych informacji w języku polskim. 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 zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 5. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż 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 ustawy 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.

Odnośnie zarzutu 4. - brak należytego określenia terminu wykonania przedmiotu objętego Opcją 2 oraz okoliczności skorzystania z Opcji 2 Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem 8 TOMu III A PFU zakres prac obejmujących Prawo Opcji 2 ma być realizowany 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. Uzasadniał, że termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia jedna z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej. Powołał się na wyrok KIO z 12.11.2014r., KIO 2167/14, wyrok KIO z 16.10.2014r., KIO 2029/13, wyrok KIO z 06.11.2014r., KIO 2177/14. Odwołujący wskazał, że 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. Odwołujący podniósł, że Zamawiający może skorzystać z prawa Opcji w sposób zupełnie dowolny oraz w 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 2 w terminie 224 miesięcy 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 k.c., w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 7. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 22. 1 SWZ IDW Zamawiający wymaga wniesienia zabezpieczenia 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 1 % kwoty netto Ceny Kontraktowej. Zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy 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 1.000.000,00 zł. Żądane zabezpieczenie wyniesie 10.000.000,00 zł. Przyjmując szacunkową wartość Opcji 1 to ok. 10.000.000,00 zł brutto, maksymalna wartość zabezpieczenia winna wynieść 500.000,00 zł. Za nieuzasadnione uznać należy ustalenia wartości zabezpieczenia od wartości Ceny Kontraktowej, która zresztą nie została precyzyjnie zdefiniowana. Wartość zabezpieczenia winna zostać ustalona na poziomie 5% wartości Opcji 1.

Odnośnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 6. petitum odwołania Odwołujący podał,

że przewidziana w § 16 ust. 3 Umowy - Warunki Realizacji Części C - Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych kara umowna godzi w wymogi art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 5 k.c., art. 3531 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, 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 brutto, a zatem uwzględniając jedynie szacunkową wartość zamówienia podstawowego ewentualna kara umowna wyniesie ok. 10.000.000,00 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.

10.000.000,00 zł brutto tym samym wartość kary umownej może osiągnąć wartość

przedmiotu Opcji 1.

Odwołujący wskazał, że podobnie wygórowaną karę przewidziano w § 16 ust. 7 Załącznika nr 16 do Tomu II SWZ (prawidłowo winno być § 16 ust. 3a). Odwołujący wskazał, że 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. Wskazał, że 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. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 27 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1585/19. Wskazał, że 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.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 lutego 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający wskazał, iż zarzut jest całkowicie bezzasadny, a żądania Odwołującego w jego zakresie są sprzeczne z podstawową funkcją ochronną gwarancji. Kontrakt jest oparty na warunkach kontraktowych FIDIC, tym samym w powyższej SubKlauzuli (1.1.3.7) pojawia się pojęcie „Odcinka" ale co do zasady wprowadzenie odcinków pozostaje uprawnieniem Zamawiającego. W niniejszym Postepowaniu Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie odcinków. 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. 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 podkreślał, że takie stanowisko można uznać wyłącznie za nieuprawnioną wykładnię przepisów k.c. przez Odwołującego, która nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Zamawiający przywołał treść Subklauzuli 11.1 WSK i wskazał, że z ww. zapisu umownego wynika, iż 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 SubKlauzuli 11.1 Wykonawca w zakresie zwyczajnego zużycia robót nie będzie zobowiązany do ich przywrócenia do stanu z momentu odbioru eksploatacyjnego.

Odnosząc się do kwestii początku biegu terminu okresu rękojmi oznaczonego jako dzień wydania rzeczy kupującemu zgodnie z art. 568 § 1 k.c. Zamawiający wskazał, 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. Zamawiający zwrócił 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). 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.

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.

Z uwagi na daleko posuniętą ostrożność Zamawiający wskazał, 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 w całości. Zamawiający przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 listopada 2018 r. sygn. akt AGa 205/18.

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 wskazał, 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.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że przedstawiony mechanizm waloryzacji dla Prawa Opcji nr 1 i 2 jest stosowny przez Zamawiającego przez ostatnie 3 lata w analogicznych postępowaniach zamówieniowych, co nie budziło wątpliwości oferentów. Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego wyliczeń wysokości wskaźników CPI oraz Robocizny waloryzacyjnych w latach 2010 - 2021 wskazał, że 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. 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.

Zamawiający wyjaśnił 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. Zamawiający wskazał 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.

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 wskazał, 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. Wskazał, 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.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania w zakresie dotyczącym narzędzia klasy SD Zamawiający podał, że intencją Zamawiającego dla zapisu pkt 6.1 PFU pt. „Wymagania ogólne" ust. 15 (sprostowano w toku posiedzenia ppkt 16) 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 Narzędzi Klasy SD (u Zamawiającego i u wykonawcy). 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 6.1 PFU dla Usług gwarancyjnych wykreślono ppkt 19, natomiast w pkt 7.1 PFU dla Usług pogwarancyjnych (opcji nr 1) ppkt 18 otrzymał następujące 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.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania dotyczącego nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 2 Zamawiający wskazał, że zakres Opcji 2 jest usługą, nie zaś robotą budowlaną. Zamawiający wyjaśnił, 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. W związku z powyższym Zamawiający zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2. W pkt 8 PFU określono wymagania wobec wykonawcy w zakresie powiązania urządzeń wraz z określeniem potencjalnych prac jakie Zamawiający przewiduje w przyszłości. 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. (sprostowano w toku posiedzenia pkt 4.13). 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. Zamawiający podkreślił, że to Wykonawca wyłoniony w przyszłości będzie mieć obowiązek dostosować się do warunków powiązania urządzeń określonych przez Wykonawcę niniejszego zadania w specyfikacjach interfejsu. Ponadto ze względu na charakter stosowanej formuły „projektuj i buduj" Zamawiający nie jest w stanie

podać oczekiwanych w odwołaniu informacji dotyczących typów urządzeń jakie będą zabudowywane w przyszłości. Natomiast ze względu na rodzaj zobowiązania i zakres wymagań dot. świadczenia Opcji nie ma to większego znaczenia. Gdyż to Wykonawca tej umowy określa zasady powiązania z jego urządzeniami, a oczekiwaniem Zamawiającego jest jedynie wykonanie współpracy z Wykonawcą realizującym kontrakt powiązania się z urządzeniami Wykonawcy. Z tego powodu nie można uznać, że Zamawiający nienależycie opisał przedmiot zamówienia w zakresie Opcji 2.

W zakresie zarzutu określonego w punkcie 4. petitum odwołania dotyczącego braku wskazania terminu skorzystania z Opcji 2 Zamawiający wskazał na klauzulę 22 „Prawo Opcji 2" (Tom II SWZ Warunki Szczególne Część B pkt 4 i 5). 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. 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. Zamawiający podkreślał, że samym przedmiotem Opcji 2 jest zobowiązanie do świadczenia gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego. Tym samym zarzut Odwołującego w zakresie konieczności pozostawania w ciągłej gotowości jest całkowicie nieuzasadniony. 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.

W zakresie zarzutu 5. petitum odwołania Zamawiający podniósł, iż w niniejszym Postępowaniu spełnione są przesłanki do zawarcia umowy na czas dłuższy niż 4 lata. W szczególności spowoduje oszczędności przy realizacji zamówienia. 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). 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. Zamawiający uzasadniał, że 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. 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. 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.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 6. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że postanowił wprowadzić zmianę do SWZ poprzez modyfikację § 16 ust. 3 do dokumentu WARUNKI REALIZACJI CZĘŚCI C Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych Tomu II SWZ - Warunki Umowy i zmniejszenie wysokości wskazanej kary umownej do 0,3%

kwoty netto Ceny Kontraktowej powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wskazał, że taka wysokość kary umownej w przypadku wypowiedzenia przez Wykonawcę świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu jest niezbędna do zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Celem wyjaśnienia Zamawiający wskazał, 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. 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. 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.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 7. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że wprowadził zmianę do SWZ poprzez modyfikację punktu 22.16 IDW i zmniejszenie wysokości zabezpieczenia dla Opcji 1 do wysokości 0,3% kwoty netto ceny kontraktowej powiększonej o podatek od towarów i usług. Zamawiający podniósł, że Odwołujący wskazał, że powyższe wymagania dot. zabezpieczenia należytego wykonania Umowy są sprzeczne z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślał, 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. Zamawiający wyjaśnił, 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 (sprostowano w toku posiedzenia winno być 0,3% kwoty netto ceny kontraktowej). 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. Mając powyższe na uwadze, w żadnym momencie realizacji zamówienia wartość zabezpieczenia nie przekroczy 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. Ponadto Zamawiający wskazał, 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. 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.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie oraz TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Budimex

S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego odpowiednio w dniu 1 lutego 2022 r. oraz 2 lutego 2022 r.

Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Mając na uwadze, że kopia odwołania została przekazana ww. wykonawcom w dniu 28 stycznia 2022 r., to termin na zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego upłynął w dniu 31 stycznia 2022 r. Wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszając przystąpienie po tej dacie uchybili terminowi, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego ww. wykonawcy nie zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz

modyfikacjami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 lutego 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Treść SWZ obejmowała:

1. Tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW);

2. Tom II Warunki Umowy (WU);

3. Tom III Opis przedmiotu zamówienia (OPZ):

- Część A Dokumentacja Projektowa oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru

Robót Budowlanych (STWiORB)

- Część B Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU)

4. Tom IV: Wycena

Część A Przedmiary Robót

Część B Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO).

TOM I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (IDW)

Zgodnie z punktem 2. KRÓTKI OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

2.1. Zakres podstawowy:

Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych oraz systemu monitoringu wizualnego na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe.

Część A

2.1.1. Realizacji robót budowlanych w zakresach:

a. układu torowego wraz z odwodnieniem; b. obiektów inżynieryjnych; c. budynków, małej architektury i peronów; d. ekranów akustycznych; e. układu drogowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą; f. sieci trakcyjnej; g. sieci elektroenergetycznych; h. SDIP, SMW; i. kolizji i przyłączy elektroenergetycznych, wod-kan i gaz; j. przebudowę odcinków linii tramwajowych w bezpośrednim sąsiedztwie wiaduktów kolejowych; k. modernizacja zaplecza Specjalnego pociągu Ratunkowego w st. Sosnowiec Główny l. Realizacji robót polegających na budowie obiektów służących ochronie środowiska.

2.1.2. Dokumentacji powykonawczej, w tym: a. opracowanie regulaminów technicznych, we współpracy z Zamawiającym, na podstawie Instrukcji Ir-3, po zakończeniu robót budowlanych, w zakresie wszystkich branż, b. opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej: - pikietażu linii i profilu podłużnego linii kolejowej, - protokołów zdawczo-odbiorczych znaków regulacji osi toru, - numerycznej mapy sytuacyjno-wysokościowej z geodezyjną inwentaryzacją powykonawczą, c. opracowanie dokumentacji z założenia oraz pomiaru Kolejowej podstawowej osnowy geodezyjnej oraz Kolejowej osnowy specjalnej, d. opracowanie nowych schematów posterunków ruchu oraz punktów ekspedycyjnych.

2.1.3. Przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych w zakresie objętym zamówieniem na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu) i przekazanie odpowiednich deklaracji weryfikacji WE i certyfikatów weryfikacji WE dla podsystemów.

2.1.4. Przeprowadzenie procesu i pozyskanie w imieniu Zmawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych Infrastruktura, Energia i Sterowanie - urządzenia przytorowe 2.1. Zakres podstawowy:

Część B

2.1.5. Wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych dla branży SRK

w tym CSDIP i SMW;

1) Dokumentacji projektowej, w tym: a. opracowanie projektu wykonawczego, b. opracowanie dokumentacji powykonawczej,

2) robót w zakresach: a. urządzenia sterowania ruchem kolejowym srk (wewnętrzne i zewnętrzne), b. przebudowy urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych (sieci kablowych światłowodowych, miedzianych wraz z osprzętem do transmisji danych oraz łączności radiowej na długości całego modernizowanego odcinka, c. urządzenia i układy elektroenergetyki do 1 kV, d. wyposażenia przystanków i stacji w Centralny System Dynamicznej Informacji Podróżnych i System Monitoringu Wizualnego.

2.1.6. Dokumentacji powykonawczej, w tym: a. opracowanie regulaminów technicznych, we współpracy z Zamawiającym, na podstawie Instrukcji Ir-3, po zakończeniu robót budowlanych, w zakresie wszystkich branż, b. opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej: - pikietażu linii i profilu podłużnego linii kolejowej, - protokołów zdawczo-

odbiorczych znaków regulacji osi toru, - numerycznej mapy sytuacyjno-wysokościowej z geodezyjną inwentaryzacją powykonawczą, c. opracowanie dokumentacji z założenia oraz pomiaru Kolejowej podstawowej osnowy geodezyjnej oraz Kolejowej osnowy specjalnej, opracowanie nowych schematów posterunków ruchu oraz punktów ekspedycyjnych.

2.1.7. Przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych w zakresie objętym zamówieniem na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu) i przekazanie odpowiednich deklaracji weryfikacji WE i certyfikatów weryfikacji WE dla podsystemów.

2.1.8. Przeprowadzenie procesu i pozyskanie w imieniu Zmawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych Infrastruktura, Energia i Sterowanie - urządzenia przytorowe 2.1. Zakres podstawowy:

Część C

2.2. Opcja 1: świadczenie usług pogwarancyjnych dla branży srk po upływie okresu gwarancji.

2.3. Opcja 2: wykonanie dodatkowego zakresu robót polegających na gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi w przyszłości roboty budowlane, dostawy lub usługi na rzecz Zamawiającego, które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego postępowania przetargowego.

Zgodnie z punktem 3. IDW okres realizacji Zamówienia: 224 miesiące od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się

w Tomie II SWZ w tym:

3.1 Okres realizacji Zamówienia podstawowego: 44 miesiące od Daty Rozpoczęcia, zgodnie

z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ.

3.2 Okres realizacji Opcji 1: od 117 miesiąca do 224 miesiąca od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ. (przez 108 miesięcy poczynając od dnia upływu Okresu Zgłaszania Wad)

3.3 Okres realizacji Opcji 2: nie krócej niż 6 miesięcy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego na każdy z 4 zakresów opcji nr 2, żądanie prawa opcji może być złożone w okresie do 224 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ tj. w okresie nie dłuższym niż do zakończenia okresu podstawowego, a w przypadku uruchomienia opcji nr 1 do czasu zakończenia jej realizacji.

Zgodnie z punktem 12.1 IDW 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 oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce).

Zgodnie z punktem 23.1. IDW Zamawiający ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy zawartej w wyniku Postępowania o udzielenie niniejszego Zamówienia w wysokości: 5% ceny brutto za zakres podstawowy, pomniejszonej o koszty brutto komunikacji zastępczej z zastrzeżeniem postanowień pkt 22 IDW.

TOM IV WYCENA CZĘŚĆ B ROZBICIE CENY OFERTOWEJ (RCO)

W odniesieniu do Opcji 1 Zamawiający wymaga złożenia wyceny usług pogwarancyjnych w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO). Zamawiający przewidział następujące

pozycje:

1. komputerowy system sterowania ruchem kolejowym na posterunkach ruchu - bez urządzeń przytorowych (urządzenia wewnętrzne) - na posterunkach ruchu (lokalne stanowiska obsługi);

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;

3. komputerowe blokady liniowe na szlaku z kontrola niezajętości wraz z powiązaniem na stacjach stycznych i okablowaniem (urządzenia wewnętrzne i zewnętrzne);

4. urządzenia systemu sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz systemu sygnalizacji włamania i kontroli dostępu (w tym urządzenia monitoringu tych systemów);

5. 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,

6. usługa zapewnienia dostępu do Narzędzia Klasy SD.

W odniesieniu do Opcji 2 Zamawiający wymaga złożenia wyceny usług pogwarancyjnych w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO). Zamawiający przewidział następujące pozycje:

1. zabudowa urządzeń zdalnego sterowania na stacji Zawiercie (LCS Zawiercie), wraz z w włączeniem urządzeń srk na stacji Będzin do LCS Zawiercie , w tym urządzenia CUiD oraz PIP;

2. zabudowa urządzeń srk na stacji Sosnowiec Południowy;

3. zabudowa urządzeń blokadowych na szlaku Będzin - Dąbrowa Górnicza linii nr 001;

4. zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2.

WARUNKI UMOWY TOM II

W Subklauzuli 1.1.3.7 dla obu części 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. Bieg okresu Gwarancji Jakościowej rozpoczyna się w dacie wskazanej w Karcie Gwarancyjnej. (...)

Zgodnie z Subklauzulą 2.7 dla obu części: 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 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.

W Subklauzuli 8.13 dla obu części zamówienia Zamawiający określił Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w określonych terminach.

Zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla obu części: 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.

Zgodnie z Subklauzulą 10.2 dla obu części: 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 dla obu części zamówienia Zamawiający wskazał, 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.

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 i uszkodzeń, 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.

Zgodnie z Subklauzulą 11.9 dla obu części zamówienia: Wykonywanie zobowiązań Wykonawcy nie będzie uważane za ukończone do czasu aż Inżynier wystawi Wykonawcy Świadectwo Wykonania (łącznie dla Części A i Części B) podające datę ukończenia zobowiązań Wykonawcy według Kontraktu w zakresie Robót (Zakresu Podstawowego). Inżynier wystawi Świadectwo Wykonania (łącznie dla Części A i Części B), 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

Zgodnie z Subklauzulą 13.8 część 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 wskazana 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 dla Oferty złożonej w 2019 roku będzie obliczone jako iloczyn: wynagrodzenia za Prawo Opcji 2 (wskazana cena w RCO dla Prawo Opcji 2) oraz poszczególnych Wskaźników Waloryzacyjnych Usług,

tj.:W2G 2020r., W2G 2021 r., W2G 2022 r., W2G 2023 r., W2G 2024 r., W2G 2025 r., W2G

2026 r. Wysokość Wskaźnika Waloryzacyjnego Usług za dany rok kalendarzowy będzie obliczana wg wzoru: W2Gn = a2 + (b2 x CPin /100) + (c2 x Rn / 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.

Dalej Zamawiający przedstawił Koszyk Waloryzacyjny dla Usług.

KLAUZULA 22 PRAWO OPCJI 2 WARUNKI SZCZEGÓLNE CZĘŚĆ B

- pkt 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

- pkt 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.

WARUNKI REALIZACJI CZĘŚCI C - Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych

Zgodnie z §2 ust. 13 Zamawiający wymaga, by Wykonawca dysponował centrum serwisowym, przyjmującym Zgłoszenia Serwisowe i zapewniającym stały kontakt w języku polskim, w celu udzielania wsparcia technicznego w trybie 24/7/365(6). Wykonawca poda, najpóźniej do dnia Odbioru Końcowego Usług, numery telefonów oraz e-mail CSW.

Zgodnie z §2 ust. 16 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.

Zgodnie z § 12:

1. Cena za realizację Usług Pogwarancyjnych jest ryczałtowa i podlega korektom zgodnie

z Kontraktem.

2. Wskazana w RCO miesięczna wartość Usług pogwarancyjnych, podlega zmianie o „Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych" ogłoszony w formie komunikatu przez Prezesa Głownego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski" za poprzedni rok kalendarzowy - dalej zwanych „wskaźnikiem inflacyjnym". Obowiązująca w danym roku wysokość wynagrodzenia z tytułu realizacji Usług pogwarancyjnych będzie ustalona jako iloczyn następujących składowych: wysokość wynagrodzenia za Usługi pogwarancyjne wskazana w RCO oraz wysokość wskaźników inflacyjnych (o którym mowa powyżej) za wszystkie poprzednie lata kalendarzowe rozpoczynających się po upływie roku, w którym Wykonawca złożył Ofertę, w rozumieniu §1 Aktu Umowy.

3. W zakresie Usług planowanie, rozliczanie oraz płatności za realizację Usług odbywa się z uwzględnieniem zasad określonych w Rozdziale nr 6.3.2 PFU dla srk i 6.3.2 PFU dla

telekomunikacji.

Zgodnie z § 14 ust. 1 w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z świadczenia przez Wykonawcę Usług pogwarancyjnych, Wykonawca w ciągu 14 dni od złożenia oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, zobowiązany jest złożyć Zabezpieczenie Wykonania w wysokości odpowiadającej 1% kwoty netto Ceny Kontraktowej powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zgodnie z § 14 ust. 6 wykonawca zapewni, że zabezpieczenie wykonania będzie ważne i wykonalne, aż do należytego zrealizowania i ukończenia usług pogwarancyjnych przez Wykonawcę. Zabezpieczenie wykonania będzie obowiązywało w okresie o 30 dni dłuższym, od dnia wykonania usług i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonaną.

Zgodnie z §16 zamawiający uprawniony jest do obciążenia Wykonawcy karami umownymi w następujących przypadkach:

(.)

3. w przypadku wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w Rozbiciu Ceny

Ofertowej.

3a. 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 1% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w Rozbiciu Ceny Ofertowej.

Zgodnie z sekcją II.2.11) Ogłoszenia o zamówieniu:

Prawo opcji 1 - świadczenie usług pogwarancyjnych dla branży SRK po upływie okresu gwarancji robót w okresie od 117 miesiąca od podpisania umowy przez okres 108 m-cy, Prawo opcji 2 - wykonanie dodatkowego zakresu robót polegających na gotowości i realizacji współpracy z innych wykonawcami realizującymi w przyszłości roboty budowlane lub dostawy na rzecz Spółki, które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zadania w okresie do 224 miesięcy, to jest w okresie nie dłuższym niż do zakończenia okresu podstawowego a w przypadku uruchomienia opcji 1 do czasu zakończenia jej realizacji.

W rozdziale 8 TOM III A PFU - Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów

Zamawiający podał:

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. 4.13.

Zamawiający przewiduje następujący zakres prac realizowanych w ramach innych Kontraktów wpływający na konieczność dokonania zmian w zakresie interfejsów (realizacji Prawa Opcji 2):

1. Zabudowa urządzeń zdalnego sterowania na stacji Zawiercie (LCS Zawiercie), wraz z w włączeniem urządzeń srk na stacji Będzin do LCS Zawiercie , w tym urządzenia CUiD oraz PIP.

2. Zabudowa urządzeń srk na stacji Sosnowiec Południowy,

3. Zabudowa urządzeń blokadowych na szlaku Będzin - Dąbrowa Górnicza linii nr 001,

4. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2

W dniu 11 lutego 2022 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ m.in.:

1. W pkt 6.1 PFU pt. „Wymagania ogólne” dla Usług gwarancyjnych wykreśla się ppkt nr 19.

2. W pkt 7.1 PFU pt. „Wymagania ogólne” dla Usług pogwarancyjnych (opcji nr 1) ppkt 18 otrzymuje następujące brzmienie:

18. 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.

3. Punkt 22.16 - otrzymuje brzmienie: 22.16 Wykonawca zobowiązany będzie do wniesienia uzupełniającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla zwiększonego zakresu Umowy w przypadku skorzystania przez Zamawiającego: - z Prawa Opcji nr 1 w wysokości odpowiadającej 0,3% kwoty netto ceny kontraktowej powiększonej o podatek od towarów i usług - z Prawa Opcji nr 2 w wysokości 5% całkowitej ceny brutto za realizację Opcji nr 2 z zastrzeżeniem postanowień pkt 21 IDW.

4. § 14 Zabezpieczenie wykonania ust. 1 - otrzymuje brzmienie: 1. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z świadczenia przez Wykonawcę Usług pogwarancyjnych, Wykonawca w ciągu 14 dni od złożenia oświadczenia woli Zamawiającego w tym zakresie, zobowiązany jest złożyć Zabezpieczenie Wykonania w wysokości odpowiadającej 0,3% kwoty netto Ceny Kontraktowej powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zabezpieczenie może być wniesione na okres nie krótszy niż 2 lat, przy czym Wykonawca zobowiązuje się do przedłużenia Zabezpieczenia Wykonania lub wniesienia nowego Zabezpieczenia Wykonania na kolejne okresy zgodnie z Umową. Wykonawca zapewni, że Zabezpieczenie Wykonania będzie ważne i wykonalne, aż do zrealizowania i ukończenia Usług pogwarancyjnych.

5. § 16 Kary umowne ust. 3 - otrzymuje brzmienie:

3. w przypadku wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych 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.

6. ust. 3a - otrzymuje brzmienie: 3a. 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.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Odwołujący w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników postępowania oświadczył, że cofa zarzut zawarty w punkcie I.2 petitum odwołania oraz I.4 petitum odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła zaniechania opisu buforu Części Zamiennych oraz podania opisu i właściwości systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w języku angielskim. Wobec powyższego Izba uznała, że postępowania odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlega umorzeniu. Ww. zarzuty nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, specyfikacja warunków zamówienia zawiera projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei w myśl art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r.

i, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie natomiast z art. 58 § 1 k.c., czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy. Z kolei stosownie do treści § 2 ww. przepisu, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie w świetle art. 353^1 k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

Wskazać również należy, iż ustawodawca w art. 439 ustawy Pzp unormował klauzule waloryzacyjne m.in. w umowie o roboty budowlane. I tak zgodnie z ust. 1 ww. przepisu, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Stosownie do ust. 2, 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.

Ponadto Izba wskazuje, że kluczowym elementem każdego zamówienia publicznego jest opis wymogów stawianych przez zamawiającego potencjalnym wykonawcom zamówienia. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Obowiązkiem zamawiającego w świetle art. 99 ust. 1 ustawy Pzp jest skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający stosownie do treści art. 99 ust. 4 ustawy Pzp nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminacyjny. Podkreślić należy, że sporządzony przez zamawiającego należycie opis przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla porównywalności złożonych ofert, prawidłowego odczytania przez wykonawcę obowiązków leżących po jego stronie, kalkulacji ceny ofertowej, w tym uwzględnienia i realnej wyceny wszystkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją zamówienia publicznego.

Dokonując opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający może zdecydować o skorzystaniu z prawa opcji. Stosownie do art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Jednocześnie stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Zgodnie z art. 17 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 568 § 1 k.c. w zw. z 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 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Odwołujący w zakresie ww. zarzutu wskazał, iż Zamawiający przekroczył granicę swobody kontraktowania z uwagi na zaniechanie wprowadzenia definicji Odcinków, a tym samym wprowadzenie postanowień umownych, w myśl których bieg terminu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanych części robót rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia i po upływie czasowej eksploatacji tych części. Ponadto Odwołujący argumentował, że wykonawca zobowiązany będzie do doprowadzenia eksploatowanych robót do stanu zgodnego z kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z kontraktu.

Stanowisko Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie. W szczególności Izba nie stwierdziła przekroczenia granic swobody kontraktowania, jak również naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących rozpoczęcia biegu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do wykonanej w pełni i zorganizowanej części robót budowlanych z chwilą wykonania całości przedmiotu zamówienia. Na wstępie zauważyć należy, iż niniejsze zamówienie realizowane jest na podstawie warunków kontraktowych FIDIC, przez co w stosownych Subklauzulach pojawia się pojęcie „Odcinka". Wskazać jednak należy, iż wprowadzenie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia odcinków jest co do zasady uprawnieniem Zamawiającego, czemu nie przeczył Odwołujący. Dalej odnosząc się do kwestii zobowiązania wykonawcy do doprowadzenia eksploatowanych robót do stanu zgodnego z kontraktem, tj. m.in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z kontraktu Izba wskazuje, iż Odwołujący pominął treść Subklauzuli 11.1 Warunków Umowy dla obu części, na mocy której Zamawiający wyłączył z zakresu odpowiedzialności wykonawcy odpowiedzialność za zwyczajne zużycie wynikające z eksploatacji robót. Tym samym wykonawca w zakresie zwyczajnego zużycia robót nie będzie zobowiązany do ich przywrócenia do stanu z momentu odbioru eksploatacyjnego. Kolejno podnieść należy, iż treść Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy dla obu części dotyczy odbiorów eksploatacyjnych dla wszystkich robót objętych Etapami. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, który wskazywał, że nie można uznać, iż przyjęcie robót do eksploatacji stanowi potwierdzenie spełnienia całości świadczenia, nawet dla danego zakresu robót. W ocenie Izby Odwołujący nie podważył stanowiska Zamawiającego, iż roboty odebrane w ramach odbioru eksploatacyjnego, a przed obiorem końcowym, nie stanowią wykonanego w pełni i ukończonego przedmiotu zamówienia gwarantującego spełnienie wszystkich parametrów technicznych właściwych dla produktu końcowego. Jak wyjaśnił Zamawiający technologia prac inwestycji dotyczących modernizacji torów powoduje, iż występują obostrzenia związane z ruchem pociągów obejmujące np. ograniczenie ich prędkości lub też nie następuje odbiór wszystkich zamontowanych urządzeń. Dopiero komplet zabudowanych urządzeń sterownia ruchem kolejowym zgodnie z fazowaniem robót daje możliwość wykorzystania ich pełnych parametrów, a ponadto z uwagi na chociażby zabudowę rozjazdów tymczasowych na innych szlakach kolejowych nie zostanie osiągnięta przepustowość docelowa. Ponadto jak wskazywał Zamawiający, czego nie kwestionował Odwołujący, w przypadku oddania danej części robót do eksploatacji również wykonawca będzie eksploatował przekazaną część prac choćby w celu dowozu materiałów i sprzętu. W takiej sytuacji w ocenie Izby nie można mówić o klasycznym wydaniu rzeczy Zamawiającemu zgodnie z art. 568 § 1 k.c. (Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości - przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu). Nie mamy bowiem do czynienia z ukończeniem obiektu przez wykonawcę i jego odbiorem przez Zamawiającego. Jednocześnie jak wskazał Zamawiający, czemu nie przeczył Odwołujący, po odbiorze eksploatacyjnym części robót nie jest możliwe przeprowadzenie procesu certyfikacji dla danych odcinków prac. Z kolei proces certyfikacji (pozyskanie Certyfikatów końcowych WE) zgodnie z dokumentami zamówienia został przewidziany w ramach Etapu 6, po wykonaniu całości prac, co było okolicznością bezsporną.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania konieczności wprowadzenia do postanowień umowy definicji Odcinków w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6 Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, a w konsekwencji wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpoczęłby bieg i skończyłby się odpowiednio w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót z danego Odcinka i rozpoczęciu eksploatacji. Odwołujący nie udowodnił, że roboty przejęte przez Zamawiającego do eksploatacji wykonane w ramach danego Etapu, o których mowa w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy dla obu części będą stanowiły zorganizowany i wykonany w pełni zakres robót umożliwiający ich odbiór, jak również przeprowadzenie procesu certyfikacji. Tym samym kwestionowane postanowienia Warunków Umowy dotyczące obu części zamówienia podstawowego uzależniające rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji od ukończenia wszystkich prac nie naruszają zarzucanych przez Odwołującego przepisów Kodeksu cywilnego.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia 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 ich wykonania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż wbrew treści zarzutu wynikającej z petitum odwołania Zamawiający przewidział w projekcie umowy stosowne postanowienia umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zakresie Opcji 1 i 2, w sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów wykonania Opcji w szacowanych terminach ich wykonania. Izba wskazuje, iż analiza uzasadnienia faktycznego wniesionego odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący podważał w istocie określony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacyjny, który jest ponad dwukrotnie niższy niż wynikałoby to z zastosowania wskaźników GUS bez ograniczenia, czym - zdaniem Odwołującego - Zamawiający przerzucił na wykonawcę nieprzewidywalne ryzyko zmian cen i wynagrodzeń w części przewyższającej 50%. Wobec powyższego Odwołujący domagał się zmiany wartości stałych współczynników określonych przez Zamawiającego, tj. a2=0,0, b2=0,2 oraz c2=0,8. W kontekście uwag natury ogólnej Izba zauważa, iż co do zasady, zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353^1 k.c. Strony zawierające umowę zasadniczo mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu, że którakolwiek z przywołanych zasad została naruszona.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie doszło do naruszenia art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Podkreślić należy, iż wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (tak KIO w wyroku z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21).

Izba wskazuje, że 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. Ponadto zauważyć należy, iż Strony postępowania odwoławczego były zgodne, iż głównym czynnikiem kosztotwórczym w przypadku realizacji Opcji 1 i Opcji 2 są wynagrodzenia pracowników świadczących usługi z ramienia wykonawcy. Z kolei jak wyjaśnił Zamawiający wskaźniki a2=0,5, b2=01 oraz c3=04 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 adekwatności wskaźnika dotyczącego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw w danym roku kalendarzowym (wynoszącego przykładowo w 2021 r. 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 2021 r. - informacja wg wyjaśnień składanych przez oferentów w podobnych zamówieniach obejmujących Opcje nr 1 i Opcje nr 2). Ponadto Zamawiający wskazywał na ograniczenie ryzyka 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. Odwołujący nie polemizował z Zamawiającym w powyższym zakresie ograniczając się w dużej mierze do akcentowania konieczności zmiany dokumentów zamówienia w sposób korzystniejszy dla wykonawcy. Jedocześnie słusznie zauważył Zamawiający, że przyjęty współczynnik a2=0,5 przy niskim wzroście cen i kosztów będzie podwyższał wzrost wynagrodzenia należnego wykonawcy, a w przypadku gdy wskaźnik CPI oraz wskaźnik R będą na poziomie powyżej 5%, to współczynnik stały a2=0,5 będzie obniżał wysokość wynagrodzenia wykonawcy. W okolicznościach niniejszej sprawy Izba wzięła również pod uwagę, iż wartość Opcji 1 zgodnie z zapisami SWZ winna mieścić się w przedziale od 1% do 9% wartości netto Zakresu Podstawowego, co ma znaczenie marginalne w świetle szacowanej wartości zamówienia podstawowego na poziomie ok. miliarda złotych.

W końcu Izba wskazuje, iż Odwołujący nie wyjaśnił w żaden sposób w czym upatrywał wewnętrzną niezgodność dotyczącą sposobu liczenia waloryzacji wynagrodzenia Prawa Opcji 1 i Prawa Opcji 2. W rzeczywistości Odwołujący przywołał stosowne postanowienia dokumentów zamówienia i stwierdził, że zawarte w nich sposoby liczenia waloryzacji są względem siebie sprzeczne i nie pozwalają na uwzględnienie w cenie oferty zmian cen, jakie jego zdaniem nastąpią w okresie 19 lat.

W świetle powyższych okoliczności Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienie omawianego zarzutu i nakazania Zamawiającemu wprowadzenia do dokumentów zamówienia zmian żądanych przez Odwołującego.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i ust. 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 zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 1 w przedmiocie Narzędzia Klasy SD.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie było ogólne. W przedmiocie ww. zarzutu Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że w odniesieniu do „Usługi zapewnienia dostępu do Narzędzia Klasy SD" Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek informacji, czy wytycznych pozwalających na wycenę zapewnienia Narzędzia Klasy SD. W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż Odwołujący nie podał w treści odwołania jakich konkretnie elementów dotyczących ww. narzędzia zabrakło w treści specyfikacji, a których określenie przekładałoby się na prawidłowe sformułowanie prawa Opcji 1 oraz możliwość jej wyceny. Co więcej, w zakresie omawianego zarzutu Odwołujący nie sformułował stosownych żądań, które winny zostać wprowadzone do dokumentów zamówienia, czyniąc tym samym - zdaniem Odwołującego - treść SWZ jednoznaczną, wyczerpującą i umożliwiającą kalkulację ceny Opcji 1.

Ponadto rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający 11 lutego 2022 r. dokonał zmiany treści specyfikacji w zakresie pkt. 6.1 PFU „Wymagania ogólne" wykreślając ppkt 19, natomiast pkt. 7.1 PFU dla Usług pogwarancyjnych (opcji nr 1) ppkt 18 nadając 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 licencję na jego użytkowanie i będzie zobowiązany wykonywać czynności rejestracji i aktualizacji statusu Zgłoszeń Serwisowych. Z powyższego wynika, iż ww. modyfikacją treści SWZ Zamawiający doprecyzował, w którym momencie realizacji Opcji 1 skorzysta z prawa dostarczenia wykonawcy własnego Narzędzia Klasy SD eliminując tym samym niepewność po stronie wykonawcy podnoszoną w odwołaniu. Wskazać również należy, iż Odwołujący w toku rozprawy nie polemizował z treścią, czy zakresem dokonanej zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia. Nie wskazywał przy tym, że dokonana zmiana w dalszej mierze czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i niepełnym.

Uwzględniając powyższe okoliczności Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i ust. 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 nie mógł zostać uwzględniony.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 434 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez ustalenie

terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata.

W przedmiocie ww. zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującego było lakoniczne i sprowadzało się do stwierdzenia, że przewidziany przez Zamawiającego w SWZ okres świadczenia usług pogwarancyjnych stanowiący Opcję 1 w maksymalnym wymiarze 108 miesięcy jest niedopuszczalny. Odwołujący nie podał przy tym żadnej merytorycznej argumentacji uzasadniającej twierdzenie co do niedopuszczalności ustanowienia okresu realizacji Opcji 1 w przewidzianym w SWZ wymiarze. W szczególności stanowiska Odwołującego nie potwierdza treść art. 434 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia (Umowę zawiera się na czas oznaczony). Izba wskazuje, iż przywołane przez Odwołującego w treści odwołania brzmienie art. 434 ust. 1 ustawy Pzp (Umowę zawiera się na czas oznaczony, nie dłuższy niż 4 lata) zostało zmienione przez 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2275). 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. Z kolei w przypadku umów, których przedmiotem są świadczenia powtarzające się lub ciągłe dopuszczalne jest zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli zostanie spełniona co najmniej jedna z przesłanek określonych tym przepisem. W tym miejscu zauważyć również należy, iż art. 434 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku zawiadomienia Prezesa Urzędu o zamiarze zawarcia umowy na okres dłuższy niż 4 lata wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W okolicznościach niniejszej sprawy zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie podważył stanowiska Zamawiającego, iż realizacja zamówienia opcjonalnego - Opcja 1 w dłuższym okresie niż 4 letni spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia względem okresu czteroletniego. W kontekście powyższego Odwołujący nie odparł argumentacji Zamawiającego, który wskazywał, że dotychczasowy model pozyskiwania urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych obejmujący stosowanie kryteriów ceny dla kosztów zakupu oraz kosztów usuwania usterek i awarii i przeglądów okresowych (gwarancyjnych) w okresie gwarancyjnym przekładał się na konieczność udzielenia odrębnych zamówień z wolnej ręki producentom tych urządzeń będących właścicielami autorskich praw majątkowych w zakresie rozwiązań technicznych na okres pogwarancyjny. Już sama ta okoliczność w ocenie Zamawiającego prowadzi do oszczędności. Izba w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie znalazła podstaw do podważenia stanowiska Zamawiającego, który wskazywał, iż istotne znacznie ma również to, że realizacja usług gwarancyjnych i pogwarancyjnych dla wszystkich urządzeń zabudowanych pozwoli uniknąć podziału odpowiedzialności między wiele podmiotów odpowiedzialnych obecnie za utrzymanie poszczególnych rodzajów urządzeń. Jak wskazywał Zamawiający 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. 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.

Ponadto Odwołujący nie polemizował z Zamawiającym, że zastosowany w niniejszym postępowaniu model utrzymania wzbudzi wśród producentów motywację 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.

Wobec powyższego żądanie Odwołującego dotyczące zmiany treści dokumentów zamówienia poprzez określenie terminu wykonania przedmiotu Opcji 1 w okresie nie dłuższym niż 4 lata nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów ustawy Pzp. Za nieuzasadnione w kontekście specyfiki niniejszego zamówienia należy również uznać żądanie Odwołującego dotyczące nakazania Zamawiającemu wskazania terminu skorzystania z Opcji 1 w okresie 6 miesięcy od podpisania kontraktu, skoro przedmiotem Opcji 1 objęto usługi pogwarancyjne, które będą świadczone przez wykonawcę od 117 miesiąca do 224 miesiąca od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 434 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 103 ust. 1 - 3 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i ust. 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 odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła braku należytego opisania przedmiotu zamówienia objętego Opcją 2 oraz określenia terminu wykonania Opcji 2.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia objętego Opcją 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dał jakichkolwiek podstaw do ustalenia zakresu zamówienia oraz jego oszacowania, w szczególności z uwagi na brak możliwości przewidzenia, jakie urządzenia w ramach innych kontraktów zostaną w przyszłości zabudowane. Odwołujący wnosił o uzupełnienie opisu przedmiotu Opcji 2 w zakresie podania liczby i typów urządzeń SRK, jakie miałyby być zabudowane w ramach zabudowy urządzeń SRK na stacji Zawiercie, Sosnowiec Południowy oraz podania typu blokad i liczby odstępów na szlaku Będzin - Dąbrowa Górnicza linii nr 001.

Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, iż Zamawiający w dokumentach zamówienia podał zakres prac realizowanych w ramach innych kontraktów wpływający na konieczność dokonania zmian w zakresie interfejsów w urządzeniach SRK zabudowanych w ramach niniejszego zadania. Zamawiający wskazał, iż zakres prac dotyczy zabudowy urządzeń zdalnego sterowania na stacji Zawiercie (LCS Zawiercie), wraz z włączeniem urządzeń SRK na stacji Będzin do LCS Zawiercie, w tym urządzenia CUiD oraz PIP, zabudowy urządzeń SRK na stacji Sosnowiec Południowy, zabudowy urządzeń blokadowych na szlaku Będzin - Dąbrowa Górnicza linii nr 001 oraz zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Ponadto Zamawiający w rozdziale 8 TOM III A PFU uszczegółowił, że współpraca urządzeń SRK będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez wykonawcę zgodnie z punktem 4.13. Na wykonawcę zamówienia został nałożony obowiązek opracowania i przekazania 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. Z powyższego wynika, że obowiązkiem wykonawcy, który zostanie wyłoniony w niniejszym postępowaniu jest określenie zasad współpracy z urządzeniami SRK, które zostaną zabudowane w przyszłości. Tym samym to wykonawca, który zostanie wyłoniony w przyszłości będzie zobowiązany dostosować się do warunków powiązania urządzeń określonych przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego postępowania i opisanych w specyfikacjach interfejsu. Ponadto jak wyjaśnił w toku rozprawy Zamawiający przewidziane w dokumentach zamówienia prawo Opcji 2 ma na celu zapewnienie przyszłym wykonawcom urządzeń SRK na odcinkach stycznych do odcinka objętego przedmiotowym zadaniem, współpracy z wykonawcą urządzeń SRK w ramach niniejszego zadania, co jest szczególnie istotne ze względu na fakt, że wymaganie w zamówieniu powiązania z istniejącymi komputerowymi urządzeniami SRK spotyka się zarzutem uprzywilejowania dostawcy istniejących urządzeń SRK z uwagi na przysługujące producentom tych urządzeń wyłączne prawa autorskie do oprogramowania urządzeń.

Dalej zauważyć należy, iż przedmiotem Opcji 2 są usługi, a nie roboty budowlane, co też potwierdzają postanowienia PFU. Jak wynika bowiem z postanowień rozdziału 8 TOM III A PFU 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. Tym samym przedmiotem wyceny w ramach Opcji 2 jest zobowiązanie wykonawcy do świadczenia gotowości i realizacja współpracy z innymi wykonawcami realizującymi zadania publiczne na rzecz Zamawiającego w ramach 4 podanych w SWZ przypadków.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę, iż z przyczyn o obiektywnym charakterze, uzasadnionych potrzebami Zamawiającego nie ma możliwości bardziej precyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia opcjonalnego (Opcji 2), w szczególności w zakresie oczekiwanym przez Odwołującego, tj. w przedmiocie liczby i typów urządzeń SRK, które miałyby zostać zabudowane w przyszłości oraz typu blokad i liczby odstępów. Sam Odwołujący zresztą wskazał, że nie jest możliwe do przewidzenia jakie urządzenia w ramach innych kontraktów zostaną zabudowane w przyszłości, nie jest przecież znany przedmiot przyszłych kontraktów, jak i wykonawcy, którzy będą go realizowali. Powyższe w ocenie Izby nie oznacza jednak, iż sporządzony przez Zamawiającego opis zamówienia opcjonalnego uchybiał przepisom ustawy Pzp zarzucanym przez Odwołującego, skoro na obecnym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający nie posiada obiektywnej możliwości szerszego opisania zamówienia opcjonalnego. Ponadto jak zauważył w toku rozprawy Zamawiający stopień szczegółowości powiązania urządzeń SRK w zakresie zamówienia podstawowego jest tożsamy ze stopniem szczegółowości w zakresie Opcji 2, a przedmiotem odwołania nie objęto nienależytego opisania zamówienia podstawowego. W ocenie Izby sam fakt, iż wykonawcy mogą przyjąć odmienne założenia co do wyceny świadczenia własnej gotowości i realizacji współpracy z innymi, przyszłymi wykonawcami, którzy będą świadczyli usługi na rzecz Zamawiającego w zakresie powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zamówienia, nie oznacza a priori, że złożone oferty będą nieporównywalne. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby informacje przekazane przez Zamawiającego w zakresie Opcji 2 były niewystarczające do dokonania takiej wyceny.

Przechodząc następnie do kwestii zaniechania wskazania terminu skorzystania z Opcji 2 Odwołujący wskazał, że termin wykonania przedmiotu opcji jest jednym z kluczowych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zdaniem Odwołującego odległy 224 - miesięczny termin wykonania Opcji 2 czyni przedmiot opcji niemożliwym do oszacowania z uwagi na zachodzące zmiany gospodarcze, które są niemożliwe do przewidzenia oraz oszacowania.

Poza sporem było to, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający będzie uprawniony do uruchomienia prawa opcji 2 w całym okresie realizacji umowy, w tym w czasie realizacji Opcji 1. Nie można jednak podzielić stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia terminu skorzystania z Opcji 2. Powyższemu przeczy postanowienie punktu 3.3 IDW, w którym Zamawiający podał, że okres realizacji Opcji 2 wynosi nie krócej niż 6 miesięcy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego na każdy z 4 zakresów opcji nr 2 oraz że żądanie prawa opcji może być złożone w okresie do 224 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ tj. w okresie nie dłuższym niż do zakończenia okresu podstawowego, a w przypadku uruchomienia Opcji nr 1 do czasu zakończenia jej realizacji. Ponadto zgodnie z klauzulą 22 Prawo Opcji 2 Tom II

SWZ Warunki Szczególne Część B pkt 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. Z powyższego wynika, że Zamawiający wprowadził regulacje odnoszące się do terminu wykonania Opcji 2, jak również przewidział 6-miesięczny okres przygotowawczy do realizacji Opcji 2. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby po jego stronie istniały przeszkody, które uniemożliwiłyby wykonawcy wycenę własnej gotowości i realizacji współpracy z innymi podmiotami w sytuacjach określonych specyfikacją warunków zamówienia. Nie można pominąć również tego, że Zamawiający przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należnego za realizację Opcji 2, co w powiązaniu z 6-miesięcznym okresem przygotowawczym oraz wskazanym wprost terminem uruchomienia Opcji 2 nie wskazuje na brak możliwości wyceny Opcji 2. W tym miejscu zauważyć również należy, iż art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczy terminu wykonania zamówienia opcjonalnego, dlatego naruszenie tego przepisu w okolicznościach faktycznych zarzucanych przez Odwołującego jest niemożliwe.

Jednocześnie za nieuzasadnione w okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba uznała żądanie Odwołującego dotyczące nakazania Zamawiającemu złożenia oświadczenia o skorzystaniu z Opcji 2 w terminie 6 miesięcy od podpisania kontraktu oraz określenia terminu wykonania Opcji 2 w czasie wykonania zadania podstawowego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wytłumaczył dlaczego wprowadzenie do treści specyfikacji żądanego postanowienia ograniczającego w istocie termin realizacji Opcji 2 do czasu trwania zamówienia podstawowego oraz ograniczenia terminu jej uruchomienia czyniłoby treść SWZ zgodną z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego. Przypomnieć należy, iż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zarzucanych mu przepisów, zatem w zakresie ww. zarzutów odwołanie należało oddalić.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 452 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji 1 w wysokości przekraczającej 5% jej wartości.

Na wstępie Izba wskazuje, iż mimo dokonanej przez Zamawiającego w dniu 11 lutego 2022 r. zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie postanowienia §14 ust. 1 Warunków realizacji części C - Prawo Opcji polegającej na zmniejszeniu wysokości zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 z 1% kwoty netto Ceny Kontraktowej do 0,3% kwoty netto Ceny Kontraktowej, zarzut odwołania pozostawał aktualny, bowiem modyfikacja

SWZ, nie zmieniła jego istoty, tj. ustalenia przez Zamawiającego wysokości zabezpieczenia dla Opcji 1 od wartości Ceny Kontraktowej, nie zaś od wartości Opcji 1.

Zgodnie z art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (art. 452 ust. 2 ustawy Pzp). Zabezpieczenie można ustalić w wysokości większej niż określona w ust. 2, nie większej 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 (art. 452 ust. 3 ustawy Pzp).

W ocenie Izby 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.

Dalej wskazać należy, iż Odwołujący nie zakwestionował stanowiska Zamawiającego, że wysokość aktywnego zabezpieczenia w żadnym momencie obowiązywania umowy nie przekroczy wskazanej w art. 452 ust. 2 ustawy Pzp wartości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie. Odwołujący nie polemizował z mechanizmem zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia przewidzianym przez Zamawiającego w SWZ w zakresie zamówienia podstawowego oraz Opcji 1. Zamawiający przewidział bowiem, że maksymalna wartość zabezpieczenia wyniesie 5% wartości zamówienia za Zakres podstawowy (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 - bez kosztów brutto Kwoty Warunkowej i Komunikacji zastępczej. Dopiero w ostatnim roku okresu gwarancji, w przypadku uruchomienia Opcji 1 - Zamawiający oczekuje ustanowienia odrębnego zabezpieczenia Opcji 1 o wartości 0,3% kwoty netto Ceny Kontraktowej. Po rozpoczęciu realizacji Opcji 1 (czyli po zwolnieniu zabezpieczenia wykonania dla Zakresu Podstawowego o wskazanej powyżej wartości 1,5% dla Okresu Zgłaszania Wad), będzie to jedyne zabezpieczenie wykonania.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w przypadkach określonych art. 452 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający uprawniony jest żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości wyższej niż określona w ust. 2 ww. przepisu, nie większej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, czego zresztą nie kwestionował Odwołujący.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności Izba stwierdziła, iż kwestionowane przez Odwołującego postanowienie specyfikacji nie narusza art. 452 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. 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 wskazanych w § 16 ust. 3 i 3a Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1.

Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Jednocześnie zgodnie z art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było rozstrzygnięcie, czy kary umowne za wypowiedzenie świadczenia usług pogwarancyjnych lub kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 1% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej oraz za zawinione przez wykonawcę niewykonanie w terminie zobowiązania do złożenia zabezpieczenia wykonania w wysokości 1% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej mają charakter rażąco wygórowany. Izba wskazuje, iż ww. zarzut pozostawał aktualny mimo dokonanej przez Zamawiającego zmiany SWZ w ww. zakresie poprzez obniżenie kar umownych zastrzeżonych w §16 ust. 3 i 3a Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1 do wysokości 0,3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej (każda kara umowna).

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, iż kary umowne zastrzeżone w §16 ust. 3 i 3a Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1 zostały przewidziane w sposób sprzeczny z zasadą swobody kontraktowania oraz zasadami współżycia społecznego, godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji z uwagi na ich rażąco wygórowany charakter.

W przypadku kary umownej, o której mowa w §16 ust. 3 wskazać należy, iż Odwołujący ograniczył się do ogólnego stwierdzenia, że ww. kara umowna ma rażąco wygórowany charakter i nie znajduje poparcia w potrzebach Zamawiającego domagając się jej obniżenia do poziomu 10% wartości Opcji 1. W ocenie Izby Odwołujący nie podważył jednak uzasadnionych interesów Zamawiającego wymagających zabezpieczenia w przypadku wypowiedzenia przez wykonawcę świadczenia usług pogwarancyjnych lub kontraktu prowadzących w konsekwencji do konieczności udzielenia zamówienia z wolnej ręki, które co do zasady przekłada się na wyższe koszty nabywanych usług ponoszone przez zamawiającego. Z kolei jak wyjaśnił Zamawiający 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. 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.

Podobnie rzecz ma się w przypadku kary umownej przewidzianej w §16 ust. 3a Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1 do wysokości 0,3% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej pomniejszonej o wartość Kwoty Warunkowej i wartości kosztów komunikacji zastępczej w sytuacji zawinionego przez wykonawcę niezłożenia zabezpieczenia wykonania, o którym mowa w §14 ust. 1. W ocenie Izby po stronie Zamawiającego istnieje uzasadniona potrzeba wprowadzenia mechanizmów, które będą stymulowały wykonawcę do należytego wywiązania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych, w tym złożenia stosownego zabezpieczenia. W zakresie podnoszonego przez Odwołującego uprawnienia Zamawiającego do skorzystania z posiadanego zabezpieczenia, w sytuacji gdy wykonawca nie złoży zabezpieczenia należytego wykonania dla Opcji 1 zauważyć należy, iż zgodnie z Subklauzulą 4.2 Warunków Szczególnych dla Części A i B Zamawiający zwróci Wykonawcy 70 % Zabezpieczenia Wykonania dla Zakresu podstawowego w ciągu 30 dni od

dnia dokonania Odbioru końcowego Zakresu podstawowego zamówienia (Odcinka 1). Pozostała kwota w wysokości 30 % Zabezpieczenia Wykonania dla Zakresu podstawowego pozostanie na zabezpieczenie roszczeń powstałych w Okresie Zgłaszania Wad dla Odcinka 1 i zostanie zwrócona nie później niż w terminie 15 dni po upływie tego okresu pod warunkiem usunięcia wszystkich wad potwierdzonych Świadectwem Wykonania wystawionym przez Inżyniera zgodnie z SubKLAUZULĄ 11.9 Warunków Szczególnych. Z kolei Opcja 1 rozpocznie się, o ile zostanie uruchomiona, bezpośrednio po dacie upływu okresu świadczenia Usług gwarancyjnych. Ponadto wskazać należy, iż sformułowane przez Odwołującego żądanie wykreślenia kary umownej zastrzeżonej w §16 ust. 3a Warunków Realizacji Części C - Prawo Opcji 1 nie przystawało do zarzutu rażącego wygórowania ww. kary umownej, w ramach którego Odwołujący winien wnosić o zmniejszenie wysokości zastrzeżonej kary, nie zaś o jej wykreślenie.

W świetle powyższego zarzut naruszenia art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła, by przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: .....

Członkowie: