

WYROK

z dnia 21 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Anna Kurowska

Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2022 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2022 r. przez wykonawców:

A) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie (KIO 529/22, KIO 530/22),

B) Skanska S.A., Aleja Solidarności 173; 00-877 Warszawa (KIO 535/22),
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,
ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa,

przy udziale wykonawców:

1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa (KIO 535/22),

2) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie (KIO 535/22),

3) STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków (KIO 529/22, KIO 530/22, KIO 535/22),

4) Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., ul. Wielicka 250; 30-663 Kraków (KIO 529/22, KIO 530/22, KIO 535/22),

5) TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43; 61-119 Poznań (KIO 529/22, KIO 530/22, KIO 535/22),

6) PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa (KIO 529/22, KIO 530/22),
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie (KIO 529/22, KIO 530/22) oraz Skanska S.A., Aleja Solidarności 173; 00-877 Warszawa (KIO 535/22) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców:

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400

Zawiercie (KIO 529/22, KIO 530/22) (40 000,00 zł) oraz Skanska S.A., Aleja Solidarności 173; 00-877 Warszawa (KIO 535/22) (20 000,00 zł), tytułem wpisu od odwołań.

3. Zasadza od Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10; 42-400 Zawiercie (KIO 529/22, KIO 530/22) na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa, kwotę 7 200,00 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach KIO 529/22 (3 600,00 zł) oraz KIO 530/22 (3 600,00 zł),

4. Zasadza od Skanska S.A., Aleja Solidarności 173; 00-877 Warszawa (KIO 535/22) na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO 535/22.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 529/22, KIO 530/22, KIO 535/22

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

1) „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa

i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na odc. E od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104 na odcinku od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652), wzdłuż linii kolejowej nr 96 Tarnów - Leluchów na odc. od km ist. 87+700 do km ist. 90+345 oraz na stacji Nowy Sącz” realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz” (numer referencyjny: 9090/IRZR1/02227/00595/22/P)”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 032-083026.

2) „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na odc. A1 od km 0+576 (km istn. 0+576) do km 6+100 (km istn. 6+109) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104, wzdłuż linii kolejowej nr 98 Sucha Beskidzka - Chabówka na odc. od km istn. 33+830 do km istn. 35+313 oraz na stacji Chabówka” realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz” (numer referencyjny: 9090/IRZR1/02233/00591/22/P)”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 032-083027

Dnia 25 lutego 2022 roku, wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. (KIO 529/22, KIO 530/22) oraz Skanska S.A. (KIO 535/22) (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

KIO 529/22:

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. wnioś
odwołanie wobec następujących postanowień SWZ:

1. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 1 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika Budowy legitymowała się doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 2 zadań inwestycyjnych w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości min. 100 000 000,00 PLN, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającą kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 9 rozjazdach zabudowanych

w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych;

2. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 2 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika robót torowych legitymowała się doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 1 zadania inwestycyjnego w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającą kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 6 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych;

3. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 3 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych legitymowała się 12 miesięcznym doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) robót związanych z budową lub kompleksową przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie obejmującym wzmocnienie i/lub wymianę podtorza uwzględniającą całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 km toru.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw.

z art. 16 Pzp, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika robót torowych oraz Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i rażąco ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu, w szczególności

poprzez:

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy postawienie wymogu posiadania doświadczenia w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 2 zadań inwestycyjnych w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości min. 100 000 000,00 PLN, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 9 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, podczas gdy rozjazdy blokowe zostały wprowadzone do instrukcji zamawiającego dopiero w 2016 r., co oznacza, iż dopiero po tym terminie wszczęte zostały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zakresie przedmiotowym wymagany przez zamawiającego w treści warunku udziału, tj. budowy/przebudowy stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy postawienie wymogu w zakresie doświadczenia przy budowie lub przebudowie stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na stacji, przy czym dla każdego z zadań zamawiający wymaga doświadczenia w dokonaniu przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej dwóch peronów jedno- lub dwukrawędziowych, co przy uwzględnieniu szerokich (pozostałych) wymagań nakreślonych warunkiem udziału istotnie ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót torowych postawienie wymogu posiadania doświadczenia w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 1 zadania inwestycyjnego w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 6 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub

kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych, podczas gdy rozjazdy blokowe zostały wprowadzone do instrukcji zamawiającego dopiero w 2016 r., co oznacza, iż dopiero po tym terminie wszczęte zostały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zakresie przedmiotowym wymaganym przez zamawiającego w treści warunku udziału, tj. budowy lub przebudowy stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót torowych postawienie wymogu w zakresie doświadczenia przy budowie/przebudowie stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na stacji, przy czym dla każdego z zadań zamawiający wymaga doświadczenia w dokonaniu przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej dwóch peronów jedno- lub dwukrawędziowych, co przy uwzględnieniu szerokich (pozostałych) wymagań nakreślonych warunkiem udziału istotnie ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych postawienie wymogu w zakresie posiadania 12 miesięcznego doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) na robotach związanych z budową lub kompleksową przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie obejmującym wzmocnienie i/lub wymianę podtorza uwzględniającą całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 km toru lub w odniesieniu do robót związanych z budową lub kompleksową przebudową dróg w zakresie obejmującym wzmocnienie podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km drogi, podczas gdy za wskazane zakresy prac nie odpowiada kierownik z uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi, co prowadzi do niezasadnego ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu, bowiem nie jest możliwym przedstawienie na to stanowisko osoby z doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), które przedmiotowo odpowiada zakresowi wymaganych przez zamawiającego uprawnień;

a w konsekwencji

2. art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w następujący sposób:

a) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 1 SWZ (Kierownik budowy):

- poprzez usunięcie z tego warunku wymogu posiadania doświadczenia przy budowie lub kompleksowej przebudowie co najmniej 1 stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 9 rozjazdach zabudowywanych w technologii blokowej oraz zmianę brzmienia fragmentu wymagającego od osoby skierowanej na stanowisko Kierownika budowy doświadczenia przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych,

b) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 2 SWZ (Kierownik robót torowych):

- poprzez usunięcie z tego warunku wymogu posiadania doświadczenia przy budowie lub kompleksowej przebudowie co najmniej 1 stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 6 rozjazdach zabudowywanych w technologii blokowej oraz zmianę brzmienia fragmentu wymagającego od osoby skierowanej na stanowisko Kierownika budowy doświadczenia przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych,

c) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 3 SWZ (Kierownik robót geotechnicznych i podtorzowych):

- poprzez usunięcie z tego warunku udziału wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na wzmocnieniu i/lub wymianie podtorza uwzględniającego całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 km toru oraz (w zakresie fakultatywnego warunku):

- usunięcie z warunku udziału wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na: wzmocnieniu podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km drogi,

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz na podstawie art. 573 Pzp o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił zamawiający w dokumentach postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, które przejawiają się skonstruowaniem zbyt wygórowanych i ograniczających konkurencję warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego kadry skierowanej do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w ramach warunków udziału dotyczących kadry wykonawcy oczekuje wykazania się konkretnie wyszczególnionym doświadczeniem zawodowym zdobytym w okresie ostatnich 10 lat. Jednym z części składowych tego doświadczenia (wymaganego zarówno dla Kierownika Budowy jak i Kierownika robót torowych) jest doświadczenie przy budowie/przebudowie stacji kolejowej uwzględniającej wzmocnienie podtorza/wymianę podtorza na co mniej 9/6 (w zależności od funkcji) rozjazdach zabudowywanych w technologii blokowej. Postawiony przez zamawiającego wymóg posiadania doświadczenia realizacji rozjazdów zabudowywanych w technologii blokowej jest jednak wymogiem nadmiernym i ograniczającym (w sposób nieuzasadniony) konkurencję. Zabudowa rozjazdów w technologii blokowej wprowadzona do polskiej praktyki inwestycji kolejowych została załącznikiem z dnia 9 lutego 2016 r. do uchwały nr 124/2016 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pn.: „Warunki techniczne wykonania i odbioru robót nawierzchniowo-podtorzowych Id-114” (regulacja wewnętrzna zamawiającego). Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że uzyskanie doświadczenia przy realizacji rozjazdów zabudowywanych w technologii blokowej możliwe było dopiero po 2016 roku, bowiem wcześniej, prowadzenie robót w technologii blokowej nie było wymagane na kontraktach kolejowych. Już zatem w oparciu o tę informację widać, że zamawiający w istocie dalece skrócił czas potencjalnego nabywania doświadczenia niezbędnego do spełnienia wymogów w postępowaniu. Wprowadzenie dopiero w 2016 r. omawianej technologii wcale nie oznacza, że wszelkie inwestycje realizowane (wszczęte) po tej dacie umożliwiają przedstawienie odpowiedniego doświadczenia dla Kierownika Budowy i Kierownika robót torowych (w szczególności, iż dla Kierownika Budowy zamawiający wymaga aż dwóch takich zadań). Ocenę możliwości uzyskania takiego doświadczenia należy oceniać również z perspektywy chwili wszczęcia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego oraz momentu rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia. Od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej może upłynąć nawet blisko rok. Dodatkowo, faktyczne rozpoczęcie prac kontraktowych może przesunąć się o kolejne kilka miesięcy (postępowania odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą na wybór oferty najkorzystniejszej, wyznaczenie terminu podpisania umowy) co oznacza, że pierwsze zadania uwzględniające technologię blokową mogły rozpocząć się najszybciej w drugim kwartale 2017 roku. Jako przykładowe postępowanie (które przedmiotowo odpowiada warunkowi udziału) odwołujący przedstawił zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych na

odcinku Czyżew - Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok” (numer referencyjny: 9090/IRZR1/07339/01931/19/P), gdzie ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 3 kwietnia 2019 r., natomiast wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił dopiero 31 marca 2020 roku.

Przyjmując jednocześnie, iż zadania o skali i wartości wymaganej przez zamawiającego trwają średnio ok. 40 miesięcy od daty podpisania umowy, dostrzec należy, że pierwsze inwestycje pozwalające wykazać się kwestionowanym doświadczeniem zakończyły się na przełomie 2020/2021 roku. Odwołujący ma świadomość, że treść warunku udziału w postępowaniu nie wyznacza wymogu związanego z zakończeniem inwestycji, niemniej jednak bezsporne jest, że za zakończone muszą zostać uznane co najmniej roboty związane z rozjazdami zabudowanymi w określonej technologii. Już zatem z tej przyczyny stwierdzić należy, że warunek udziału jest całkowicie nieadekwatny do realiów inwestycyjnych. Nie da się również nie zauważyć, iż konsekwencją tego jest również fakt, iż jedynie namiastka wykonawców (kierowników) zdolnych do wykonania zamówienia jest w stanie przedstawić takie inwestycje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału. W tym miejscu, odwołujący odwołał się do innych kontraktów, które nadal są w realizacji, a które potwierdziłaby

spełnienie warunku udziału w kwestionowanym zakresie.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż o ile w zakres realizacji wskazanych kontraktów wchodzi wykonanie rozjazdów w technologii blokowej (co jest pochodną instrukcji z 2016 r., gdzie wprost wskazano, że wymaganie blokowego transportu oraz blokowej zabudowy rozjazdów i skrzyżowań ma na celu zagwarantowanie należytej dokładności montażu konstrukcji), to bez wątpienia nie można stwierdzić, że uczestnicy rynku zamówień publicznych w branży kolejowej posiadają dostęp do specjalistów mających odpowiednie doświadczenie. Przywołane inwestycje nadal są bowiem realizowane. Pokazuje to, że pomimo powszechnego od kilku lat posługiwania się przez PKP PLK wymogami w zakresie technologii blokowej, sformułowanie takiego wymogu w treści SWZ stanowi istotne (i nieuzasadnione) ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym podjąć się jego realizacji. Nie można również przejść obojętnie wobec zastrzeżenia zamawiającego na końcu treści warunku udziału (zarówno przy warunku udziału dotyczącym doświadczenia Kierownika budowy, jak i Kierownika robót torowych), gdzie zamawiający wskazał, że spełnienie warunku udziału ziści się wówczas jeśli budowy/przebudowy stacji kolejowej uwzględniającej wzmocnienie/wymianę podtorza dokonano na stacji, na której dokonano przebudowy co najmniej 2-ch peronów jedno- lub dwukrawędziowych. Wskazanie przez zamawiającego, że zaakceptuje On jedynie te inwestycje, w ramach których perony zostały już przebudowane (na co wskazuje słowo „dokonano”) jest nieuzasadnione i stanowi dodatkowe ograniczenie w dostępie do zamówienia. Znacznie lepiej intencje zamawiającego odda wymóg, zgodnie z którym budowana lub przebudowywana linia kolejowa obejmować będzie przebudowę peronów (cel stawiany przez zamawiającego zostanie osiągnięty, przy jednoczesnym braku ograniczenia konkurencji). Kumulacja wymogów zgromadzona w zakresie oczekiwanego doświadczenia wskazanych członków kluczowego personelu wykracza poza uzasadnione potrzeby zamawiającego i stanowi ograniczenie konkurencji.

Zdaniem odwołującego, żądanie wykreślenia kwestionowanych elementów warunków udziału jest zasadne.

Odwołujący wskazał, że w treści warunku udziału nawiązującego do doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych, zamawiający wymaga, aby jednym z elementów doświadczenia tej osoby było doświadczenie przy pracach polegających na wzmocnieniu i/lub wymianie podtorza uwzględniającego całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenie podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km toru (lub na wzmocnieniu podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km drogi). Jednocześnie w ramach warunku udziału odnośnie do Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Postawienie wymogu posiadania uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wraz z wymogiem doświadczenia przy realizacji wzmocnienia i/lub wymiany podtorza uwzględniająca całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenie podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km toru pozostaje jednak ze sobą wewnętrznie sprzeczne, bowiem osoba posiadająca uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nie odpowiada za zakres prac wyszczególnionych w warunku udziału. Odwołujący wskazał, że nasyp (o którym mowa w treści podwarunku) jest jedną z form budowy ziemnych, wskazanych w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawa budowlanego („Prawo Budowlane”). Podstawowym materiałem budowl ziemnej jest grunt. Wskazuje na to wspomniany art. 3 ust. 3 ustawy Prawo Budowlane, w którym definiuje się pojęcie „budowli”.

Zgodnie z art. 15a ust. 4 ustawy Prawo Budowlane: „Uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu”. Jak zatem wynika literalnie z brzmienia przepisów ustawy Prawo Budowlane, uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej upoważniają daną osobę do prac związanych stricte z projektowaniem konstrukcji obiektu lub do kierowania robotami budowlanymi związanymi z architekturą takiej konstrukcji. Uprawnienia te nie obejmują robót związanych ze stabilizacją obiektu, czyli z ulepszeniem podłoża spoiwem. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, do czego z kolei upoważniają uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń, które uregulowane zostały w art. 15a ust. 11 ustawy Prawo Budowlane: „Uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: stacje, linie kolejowe, bocznice kolejowe i inne budowle, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, z wyłączeniem obiektów budowlanych, o których mowa w ust. 6 pkt 2, sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przeznaczonych dla kolei, o których mowa w ust. 22, oraz urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym”. Zgodnie z kolei z przywołanymi w treści dot. uprawnień budowlanych przepisami w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać

budowle kolejowe i ich usytuowanie (tj. rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie) budowla kolejowa (o której mowa m.in. w wyjaśnieniu zakresu uprawnień w specjalności inżynierskiej kolejowej) definiowana jest następująco „rozumie się przez to całość techniczno-użytkową wraz z gruntem, na którym jest usytuowana, oraz instalacjami i urządzeniami, służącą do ruchu pojazdów kolejowych, organizacji i sterowania tym ruchem, umożliwiającą dokonywanie przewozów osób lub rzeczy, a w szczególności: drogi szynowe normalnotorowe, szerokotorowe i wąskotorowe, koleje niekonwencjonalne, budowle ziemne, mosty, wiadukty, przepusty, konstrukcje oporowe, rampy, perony, place ładunkowe, skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi w jednym poziomie, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, urządzenia zasilania elektrotrakcyjnego, urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem, urządzenia elektroenergetyki nietrakcyjnej i urządzenia techniczne oraz inne budowle usytuowane na obszarze kolejowym służące do prowadzenia ruchu kolejowego i utrzymania linii kolejowej”.

Z kolei w drugiej części warunku udziału zamawiający oczekuje doświadczenia zawodowego (również przy uwzględnieniu posiadania uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej) w realizacji zadań inwestycyjnych na robotach związanych z budową/przebudową dróg w rozumieniu przepisów o drogach publicznych w zakresie robót geotechnicznych takich jak: wzmocnienie podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km drogi. Również w tym zakresie wymogi te odbiegają od treści uprawnień i realnych możliwości zdobywania doświadczenia zawodowego we wskazanym przez zamawiającego zakresie. Jak bowiem wynika z art. 15a ust. 9 ustawy Prawo budowlane, za zadania związane z budową/przebudową dróg w rozumieniu przepisów o drogach publicznych odpowiada kierownik robót drogowych (uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń). Drogą w rozumieniu przepisów o drogach publicznych (wskazana w treści podwarunku) jest także grunt (art. 4 ust. 1 i 2 - pas drogowy - wydzielony liniami granicznymi grunt wraz z przestrzenią nad i pod jego powierzchnią, w którym są zlokalizowane droga oraz obiekty budowlane i urządzenia techniczne związane z prowadzeniem, zabezpieczeniem i obsługą ruchu, a także urządzenia związane z potrzebami zarządzania drogą; droga - budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym).

Powyższe prowadzi do wniosku, iż również w zakresie drugiej części warunku udziału zamawiający wymaga od wykonawców przedstawienia osoby, której doświadczenie zawodowe nie jest kompatybilne z posiadanymi uprawnieniami budowlanymi. Uwzględniając zatem całokształt przedstawionych argumentów, dostrzec należy, że postawiony przez zamawiającego wymóg posiadania doświadczenia zawodowego (w sposób narzucony w SWZ) pozostaje w całkowitej rozbieżności z wymogiem posiadania uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Odwolujący wskazał, iż nie neguje prawa zamawiającego do kreowania warunków udziału, które służyć mają słusznemu interesowi zamawiającego. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawców wykazania się konkretnymi poziomami warunków udziału w postępowaniu. Nie można jednak tego uprawnienia bezrefleksyjnie traktować jako zupełną swobodę zamawiającego w dyktowaniu dodatkowych warunków, zwłaszcza takich, które są nadmierne dla postępowania. Obszerna i jednolita linia orzecznicza KIO dotycząca zakazu wprowadzenia nadmiernych wymagań, które mogą eliminować potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniu potwierdza nieprawidłowość przyjętego przez zamawiającego warunku, a tym samym zasadność stanowiska odwołującego odnoszącego się do nieproporcjonalności warunku udziału (KIO 2140/18, KIO 1233/19, KIO 857/18, KIO 2219/17, KIO 1922/17, KIO 1091/17, wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r., sygn. KIO 650/16, sygn. KIO/KU 15/18). Na tle orzecznictwa KIO niejednokrotnie zwracano również uwagę, iż warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publiczny winny opierać się na wyznaczeniu minimalnych poziomów zdolności pozwalających wykonawcy należycie wykonać przedmiot zamówienia (wyrok z 24 stycznia 2018 r., sygn. KIO 82/18, z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. KIO 3489/20).

Rekapitułując odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu powinny być ustalane w taki sposób, aby umożliwić zamawiającemu wyłonienie takiego wykonawcy, który wykona zamówienia w sposób najbardziej odpowiadający oczekiwaniom zamawiającego, ale jednocześnie pozwoli zainteresowanym i zdolnym do realizacji zamówienia wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. W ocenie odwołującego, tak szczegółowo skonstruowane warunki udziału w postępowaniu pozostają jednak nadmierne i utrudniają dostęp do zamówienia wielu wykonawcom zdolnym do faktycznego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

KIO 530/22:

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących postanowień SWZ:

1. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 1 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika Budowy legitymowała się doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 2 zadań inwestycyjnych w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości min. 90 000 000,00 PLN, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającą kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 3 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych;

2. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 2 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika robót torowych legitymowała się doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 1 zadania inwestycyjnego w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającą kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 2 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych;

3. Rozdział 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 3 SWZ, w treści którego zamawiający wymaga, aby osoba skierowana na stanowisko Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych legitymowała się 12 miesięcznym doświadczeniem w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) robót związanych z budową lub kompleksową przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie obejmującym wzmocnienie i/lub wymianę podtorza uwzględniającą całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 1 km toru.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw.

z art. 16 Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika robót torowych oraz Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i rażąco ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu, w szczególności

poprzez:

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy postawienie wymogu posiadania doświadczenia w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 2 zadań inwestycyjnych w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości min. 90 000 000,00 PLN, w ramach których wykonano budowę lub kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 3 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, podczas gdy rozjazdy blokowe zostały wprowadzone do instrukcji zamawiającego dopiero w 2016 r., co oznacza, iż dopiero po tym terminie wszczęte zostały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zakresie przedmiotowym wymaganym przez Zamawiającego w treści warunku udziału, tj. budowy/przebudowy stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy postawienie wymogu w zakresie doświadczenia przy budowie lub przebudowie stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na stacji, przy czym dla każdego z zadań zamawiający wymaga doświadczenia w dokonaniu przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej dwóch peronów jedno- lub dwukrawędziowych, co przy uwzględnieniu szerokich (pozostałych) wymagań nakreślonych warunkiem udziału istotnie ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót torowych postawienie wymogu posiadania doświadczenia w realizacji (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) co najmniej 1 zadania inwestycyjnego w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych, w ramach których wykonano budowę lub

kompleksową przebudowę stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 2 rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej, w tym - aby na stacji dla każdego z zadań dokonano przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych, podczas gdy rozjazdy blokowe zostały wprowadzone do instrukcji zamawiającego dopiero w 2016 r., co oznacza, iż dopiero po tym terminie wszczęte zostały postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zakresie przedmiotowym wymaganym przez zamawiającego w treści warunku udziału, tj. budowy lub przebudowy stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na rozjazdach zabudowanych w technologii blokowej;

- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót torowych postawienie wymogu w zakresie doświadczenia przy budowie/przebudowie stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na stacji, przy czym dla każdego z zadań zamawiający wymaga doświadczenia w dokonaniu przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej dwóch peronów jedno- lub dwukrawędziowych, co przy uwzględnieniu szerokiego (pozostałych) wymagań nakreślonych warunkiem udziału istotnie ogranicza konkurencyjność w postępowaniu;
- w odniesieniu do doświadczenia Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych postawienie wymogu w zakresie posiadania 12 miesięcznego doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert) na robotach związanych z budową lub kompleksową przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie obejmującym wzmocnienie i/lub wymianę podtorza uwzględniającą całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 1 km toru lub w odniesieniu do robót związanych z budową lub kompleksową przebudową dróg w zakresie obejmującym wzmocnienie podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 (trzech) km drogi, podczas gdy za wskazane zakresy prac nie odpowiada kierownik z uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi, co prowadzi do niezasadnego ograniczenia konkurencyjności w postępowaniu, bowiem nie jest możliwym przedstawienie na to stanowisko osoby z doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w specjalności konstrukcyjno-budowlanej), które przedmiotowo odpowiada zakresowi wymaganych przez zamawiającego uprawnień;

a w konsekwencji

2. art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu zmianę postanowień SWZ w następujący sposób:

a) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 1 SWZ (Kierownik budowy):

- poprzez usunięcie z tego warunku wymogu posiadania doświadczenia przy budowie lub kompleksowej przebudowie co najmniej 1 stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 3 rozjazdach zabudowywanych w technologii blokowej oraz zmianę brzmienia fragmentu wymagającego od osoby skierowanej na stanowisko Kierownika budowy doświadczenia przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych,

b) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 2 SWZ (Kierownik robót torowych):

- poprzez usunięcie z tego warunku wymogu posiadania doświadczenia przy budowie lub kompleksowej przebudowie co najmniej 1 stacji kolejowej uwzględniającej kompleksowe wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na co najmniej 2 rozjazdach zabudowywanych w technologii blokowej oraz zmianę brzmienia fragmentu wymagającego od osoby skierowanej na stanowisko Kierownika budowy doświadczenia przebudowy lub kompleksowej przebudowy co najmniej 2 peronów jedno- lub dwukrawędziowych,

c) w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2. ust. 1) lp. 3 SWZ (Kierownik robót geotechnicznych i podtorzowych):

- poprzez usunięcie z tego warunku udziału wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na wzmocnieniu i/lub wymianie podtorza uwzględniającego całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 1 km toru oraz (w zakresie fakultatywnego warunku):

- usunięcie z warunku udziału wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na: wzmocnieniu podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 1 km drogi,

Odwolujący na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz na podstawie art. 573 Pzp o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwolujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Wymogi, które określił zamawiający w dokumentach postępowania mają charakter nadmierny i nieproporcjonalny, przez co stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania, odwołujący przedstawił analogiczną argumentację, jak w sprawie KIO 529/22.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

KIO 535/22:

Odwolujący - SKANSKA S.A., wniósł odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia, polegające na ukształtowaniu postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający poprzez niewskazanie okoliczności dotyczących zmiany warunków środowiskowych i zmiany w zakresie decyzji oś, a tym samym niemożność oszacowania oferty oraz przeniesienie odpowiedzialności za dokumentację projektową na wykonawcę i ryzyko późniejszych nieznanymi robót podczas, gdy to zamawiający ponosi odpowiedzialność za dokumentację projektową,

2. art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 1, 2 i 3 oraz w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia objętego Opcją 1 i 2 („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, a także braku wskazania okoliczności skorzystania z Opcji 1 i 2, w tym terminu skorzystania z Opcji 1 i 2,

3. art. 434 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez ustalenie terminu wykonania Opcji 1 i Opcji 2 przez okres przekraczający 4 lata,

4. art. 433 pkt 4) i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia - Opcji nr 1 w sposób wskazujący na ograniczenie narzędzia klasy SD oraz niepodanie wielkości czy też zakresu ograniczenia,

5. 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, z uwagi na wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia waloryzacji poprzez jej ograniczenie do wartości +/- 5% Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia, podczas, gdy w obecnych warunkach rynkowych taka wartość jest wartością

uniemożliwiającą dokonanie zmiany,

6. art. 112 ust.1 w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności w pkt 8.6.1. od a) do l), zaś w szczególności w punktach a), b), c), d) i l).

7. art. 116 ust.1 w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w stosunku do kierowników branżowych oraz kierownika budowy z uwagi na ukształtowanie wymagań ponad poziom umożliwiający realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) zakresie pkt 1) wskazanego w uzasadnieniu modyfikację postanowienia 2.2.2. OPZ poprzez wykreślenie poniższego fragmentu:

„W związku z powyższym, Wykonawca weźmie pod uwagę ryzyko, że wydane w ramach ww. postępowań postanowienie/a uzgadniające realizację przedsięwzięcia oraz pozwolenie/a na budowę mogą zawierać dodatkowe warunki środowiskowe lub zmieniać warunki uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wynikające z załączonej do postępowania dokumentacji projektowej, wydanych decyzji administracyjnych, itp.”.

Ewentualnie modyfikację tego fragmentu w sposób następujący:

„W związku z powyższym, Zamawiający wskazuje, iż ryzyko, że wydane w ramach ww. postępowań postanowienie/a uzgadniające realizację przedsięwzięcia oraz pozwolenie/a na budowę mogą zawierać dodatkowe warunki środowiskowe lub zmieniać warunki uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wynikające z załączonej do postępowania dokumentacji projektowej, wydanych decyzji administracyjnych, itp. jest ryzykiem Zamawiającego”

lub następujący:

„Zamawiający wskazuje, iż w przypadku wydania w ramach ww. postępowań postanowienie/a uzgadniające realizację przedsięwzięcia oraz pozwolenie/a na budowę, które będą zawierać dodatkowe warunki środowiskowe lub zmieniać warunki uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wynikające z załączonej do postępowania dokumentacji projektowej, wydanych decyzji administracyjnych, itp. Wykonawca ma prawo do roszczeń w zakresie czasu i kosztu, jeśli będzie musiał zrealizować dodatkowe prace w oparciu o dodatkowe warunki środowiskowe lub zmienione warunki w zakresie uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach”.

2) w zakresie pkt 2) wskazanego w uzasadnieniu nakazanie zamawiającemu dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 1 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej zgodnie z przepisami PZP, w tym także opisanie w zakresie narzędzia klasy SD poprzez wskazanie wielkości lub wartości ograniczenia zamówienia w przedmiocie narzędzia klasy SD oraz poprzez dokonanie opisu w zakresie wskazania podstaw kalkulacji buforu Części Zmiennych,

ewentualnie:

Usunięcie wszystkich postanowień dotyczących Opcji nr 1 z zakresu przedmiotowego zamówienia, jeśli nie jest możliwe dokonanie należytego opisanie Przedmiotu Opcji 1

zgodnie z przepisem art. 99 ust.1 i art. 441 ust.1 ustawy Pzp,

3) w zakresie pkt 3) nakazanie zamawiającemu określenia terminu wykonania przedmiotu Opcji 1 w okresie nie dłuższym niż 4 lata,

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 1,

4) w zakresie pkt 4) wskazanego w uzasadnieniu nakazanie zamawiającemu określenia terminu wykonania przedmiotu Opcji 2 w okresie nie dłuższym niż 4 lata oraz nakazanie zamawiającemu określenia okoliczności skorzystania z Opcji 2,

ewentualnie:

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,

ewentualnie:

nakazanie zamawiającemu rezygnacji z Opcji 2

5) w zakresie pkt 5) wskazanego w uzasadnieniu nakazanie zamawiającemu dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 2 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej zgodnie z przepisami PZP, w tym podania opisu i właściwości systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w języku polskim oraz podania w zakresie wszystkich 45 punktów wskazanych w Tomie V- RCO załączniku 20 podania szczegółowego opisu jaki zakres będzie obejmowała zmiana interfejsu,

ewentualnie :

Usunięcie wszystkich postanowień dotyczących Opcji nr 2 z zakresu przedmiotowego zamówienia, jeśli nie jest możliwe dokonanie należytego opisanie Przedmiotu Opcji 2

zgodnie z przepisem art. 99 ust.1 i art. 441 ust.1 ustawy Pzp,

6) w zakresie pkt 7) wskazanego w uzasadnieniu 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,

7) w zakresie pkt 8) wskazanego w uzasadnieniu nakazanie zamawiającemu zmiany w pkt 8.6.1. pkt a) i d) poprzez jego modyfikację w sposób następujący:

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, obejmujące każda oddzielnie swoim zakresem budowę lub przebudowę odcinka zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej o długości 4 km, w ramach której wykonano prace polegające na budowie lub kompleksowej przebudowie nawierzchni torowej oraz prace polegające na wzmocnieniu lub kompleksowej wymianie podtorza,

d) prace polegające na wzmocnieniu podłoża toru kolejowego za pomocą kolumn betonowych na łącznej długości co najmniej 1(jednego) km toru

lub

prace polegające na wzmocnieniu podłoża pod konstrukcję nawierzchni drogowej za pomocą kolumn betonowych na łącznej długości co najmniej 1 (jednego) km drogi;

zmiany pkt 8.6.1 pkt l) poprzez jego modyfikację w sposób następujący:

l) co najmniej 2 (dwie) dokumentacje projektowe (projekt wykonawczy) dla robót

budowlanych polegających na Budowie lub kompleksowej Przebudowie Infrastruktury kolejowej w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym, każda obejmująca co najmniej 1 (jedną) stację z co najmniej 3 (trzema) zwrotnicami, na której zabudowano zewnętrzne i wewnętrzne komputerowe urządzenia srk z elektrycznymi napędami zwrotnicowymi i licznikową kontrolą niezajętości torów i rozjazdów oraz każda obejmująca co najmniej 1 (jeden) szlak wyposażony w pólśamoczną dwukierunkową blokadę liniową. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę lub dokonano skutecznego Zgłoszenia Robót,

8) w zakresie punktu 9) wskazanego w uzasadnieniu nakazanie zamawiającemu zmiany w pkt 8.6.2 pkt 1) - punkty 1,2,3, tabeli poprzez ich modyfikację w sposób następujący:

W zakresie punktu 1 w tabeli zmiana poprzez modyfikację w sposób następujący:

Kierownik Budowy

Uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych

Posiada co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego zdobytego po uzyskaniu ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę/zgłoszeniu robót, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej oraz w ciągu ostatnich 10

(dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy, po uzyskaniu ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę/zgłoszeniu robót (dla każdej inwestycji) pełnił funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji co najmniej 1 (jednego) zadania inwestycyjnego w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości minimum 90.000.000,00 PLN (dziewięćdziesiąt milionów złotych) netto.

W zakresie punktu 2 w tabeli zmiana poprzez modyfikację w sposób następujący:

Kierownik robót torowych

Uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

Posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub kompleksową Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych

oraz

w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył na etapie realizacji robót co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji 1 (jednego) zadania inwestycyjnego na robotach związanych z Budową lub kompleksową Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych o wartości 90.000.000,00 PLN (dziewięćdziesiąt milionów złotych) netto.

W zakresie punktu 3 w tabeli zmiana poprzez modyfikację w sposób następujący:

- w zakresie punktu 8.6.2. pkt 3 tabeli nakazanie zamawiającemu usunięcie postanowień dotyczącego wymagań dla Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych w sposób następujący:

Poprzez wykreślenie w całości punktu 3 w tabeli dotyczącego wymagań dla kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący posiada bowiem wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednakże wobec sformułowania przez zamawiającego postanowień SWZ w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w szczególności najważniejszymi zasadami Prawa zamówień publicznych odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realnego uzyskania zamówienia, a w konsekwencji może on ponieść określoną szkodę z tym związaną. Tym samym, w wyniku naruszenia przez zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1) Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Tomem III - OPZ punkt 2 (str. 12) zamawiający wskazał, cyt: „Całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie: 1) wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej i uzyskanych decyzji administracyjnych (częściowo w toku) oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania zakresu Umowy oraz wszelkich czynności wymaganych Prawem”. Natomiast w punkcie 2.2.2. (strona 17) zamawiający wskazał, cyt: „Zamawiający wskazuje, że uzyskana decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach zawiera warunek ponownej oceny oddziaływania na środowisko koniecznej do przeprowadzenia na

etapie pozwolenia na budowę na podstawie raportu/-ów ponownej oceny oddziaływania na środowisko przygotowanych w ramach odrębnego zadania. W związku z powyższym, Wykonawca weźmie pod uwagę ryzyko, że wydane w ramach ww. postępowań postanowienie/a uzgadniające realizację przedsięwzięcia oraz pozwolenie/a na budowę mogą zawierać dodatkowe warunki środowiskowe lub zmieniać warunki uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wynikające z załączonej do postępowania dokumentacji projektowej, wydanych decyzji administracyjnych, itp. Zamawiający udostępni Raport/y ponownej oceny oddziaływania na środowisko dla przedmiotowej inwestycji niezwłocznie po jego opracowaniu”.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia odwołujący wskazał, iż są one niespójne, gdyż zamawiający z jednej strony wskazuje, że wykonawca ma wykonać roboty budowlane zgodnie z dokumentacją projektową i uzyskanymi decyzjami środowiskowymi, z drugiej zaś przenosi odpowiedzialność na wykonawcę za konsekwencje ewentualnych postanowień, które mogą być narzucone podczas trwającej obecnie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Z postanowienia 2.2.2. wynika, że w trakcie uzyskiwania pozwolenia na budowę konieczny będzie ponowny raport oceny oddziaływania na środowisko. Zamawiający wskazuje, że wykonawca ma wziąć ryzyko dodatkowych warunków środowiskowych oraz ryzyko zmiany warunków decyzji oś. Zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za nieznany zupełnie zakres i nieznane warunki. Może zdarzyć się przecież sytuacja, że dodatkowe warunki środowiskowe czy zmiany w zakresie warunków oś będą olbrzymie i diametralnie różne od przedmiotu zamówienia. Przede wszystkim jednak podkreślić należy, że na obecnym etapie Wykonawca nawet nie ma najmniejszego pojęcia jak oszacować takie przyszłe zmiany. Nie wie czy te zmiany będą, nie wie także jaki mógłby być zakres takich zmian. Mało tego na obecnym etapie nie wie tego zamawiający. Nie ma znaczenia także i to, że zamawiający udostępni ponowny Raport niezwłocznie po jego otrzymaniu, gdyż na etapie składania oferty wykonawca nie jest obiektywnie przyjął jakichkolwiek wymiernych wartości ewentualnych zmian, a co za tym idzie wycenił oferty.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu odpowiada za dokumentację, bo to zamawiający sporządza Raport ponownej oceny oddziaływania na środowisko, który zobowiązuje się niezwłocznie udostępnić. A zatem w tym aspekcie mamy do czynienia po pierwsze z nieprawidłowym opisem przedmiotu zamówienia naruszającym przepis art. 99 ust.1 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia nie został bowiem opisany w sposób precyzyjny i uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Otóż właśnie owe nieznane okoliczności w postaci dodatkowych warunków środowiskowych lub zmiany warunków uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach są okolicznościami, które mają wpływ na sporządzenie oferty, ale w żaden sposób nie można ich zidentyfikować w taki sposób by je wycenić. Na obecnym etapie jest to jedna wielka niewiadoma. Dlatego też wykonawca nie może przejąć tej odpowiedzialności/ryzyka, gdyż nie jest w stanie odpowiadać (i wycenić) zakresu który jest niewiadomy. Po drugie, dokumentacja w tym postępowaniu leży w gestii zamawiającego, a zatem wyłączną odpowiedzialność za nią ponosi zamawiający. Przepis art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, stanowi, iż projektowane postanowienia umowne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Tymczasem postanowienie 2.2.2. wskazuje, że pomimo tego, że dokumentację i decyzje administracyjne sporządza zamawiający i ponosi za nie wyłączną odpowiedzialność to odpowiedzialność ta w postaci przyjęcia ryzyka została przeniesiona na wykonawcę. Tym samym punkt 2.2.2 należy uznać za naruszający przepis art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. Wykonawca wnosi zatem o usunięcie wskazanego powyżej postanowienia względnie o modyfikację, iż w przypadku takich okoliczności zamawiający uwzględni czas i koszt wykonawcy, a nie obarczy wykonawcę ryzykiem z zakresu zmian dodatkowych warunków środowiskowych lub zmiany warunków uzyskanej decyzji oś.

2) Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia - Opcja nr 1.

Przedmiotem zamówienia objęto również zamówienia opcjonalne, w tym świadczenie usług pogwarancyjnych dla Systemów i urządzeń dostarczonych w czasie Robót (Opcja nr 1) oraz opcjonalne świadczenie dotyczące zmian w zakresie interfejsów (Opcja nr 2). Przedmiotem zamówienia Opcji nr 1 jest świadczenie Usług pogwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia Systemów obejmujących urządzenia srk - na zasadach określonych w Rozdziale 6 PFU, mających na celu zapewnienie przez cały okres świadczenia Usług dostępu do zamówionych wymagań funkcjonalnych, które realizować będą dostarczone przez wykonawcę Systemy oraz bezpieczne i prawidłowe działanie tych Systemów, w szczególności przez wykonanie wszystkich niezbędnych czynności utrzymaniowych. W punkcie 6.1. Wymagania ogólne w pkt 1 zamawiający wskazał, iż cyt: „Zakres uprawnień i obowiązków Wykonawcy dotyczących realizacji Usług w okresie pogwarancyjnym określa Umowa oraz szczegółowe wymagania dotyczące Usług określone w niniejszym Rozdziale, zwanych dalej również Usługami pogwarancyjnymi”. Warunki świadczenia Opcji nr 1 określone są w załączniku nr 13 do Tomu II SWZ. Zgodnie z tym załącznikiem cyt: „Niniejsze regulacje stanowią pierwszeństwo przed postanowieniami

przed Warunkami Ogólnymi i Warunkami Szczególnymi w zakresie uregulowanym inaczej". W załączniku nr 13 w § 2 ust. 12 wskazano, że cyt: „Zadania zdefiniowane jako Usługi pogwarancyjne ma realizować II Linia Utrzymania, którą stanowić będzie personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych". W punkcie 1 PFU w części dotyczącej wykazu skrótów i objaśnienia pojęć użytych w tekście definicji wskazano, że Częścią Zamienną jest element przeznaczony do zainstalowania w urządzeniu w miejsce zepsutej lub zużytej oryginalnej części. Z opisu przedmiotu zamówienia obejmującego Opcję nr 1 wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje między innymi obowiązek wymiany zepsutej lub zużytej części na Część Zamienną w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych. A zatem wykonawca powinien skalkulować w cenie ofertowej ile części zamiennych będzie potrzebować i utrzymywać własny magazyn części zamiennych. Jednocześnie zamawiający określił sposoby obliczenia ceny w Rozdziale 12 TOM I IDW.

W odniesieniu zaś do części zamiennych zamawiający wskazał w Tomie IV- PFU pkt 6.2.4.1 - Postanowienia ogólne w punkcie 6 cyt: „Wykonawca przedstawi do dnia Odbioru Końcowego zestawienie Części Zamiennych wraz z gwarantowaną ceną zakupu i gwarantowanym terminem dostawy, która będzie zobowiązaniem Wykonawcy przez okres trwania Umowy. Gwarancja ceny dotyczy jednego roku, po upływie którego cennik może być zmieniony, lecz ich ewentualny wzrost nie może być wyższy niż wskaźnik wzrostu cen towarów i usług za rok poprzedni". Ponadto w Tomie V- SWZ RCO w załączniku nr 19 zamawiający złożył wycenę usług pogwarancyjnych w Rozbiu Ceny Ofertowej RCO. Każda z pozycji RCO wymaga uwzględnienia w jej ocenie buforu Części Zamiennych, przy czym w żadnych z dokumentów postępowania zamawiający nie ujawnił jakichkolwiek informacji, które pozwoliłyby wykonawcom na oszacowanie takiego buforu.

Jak z powyższych postanowień wynika wykonawca po pierwsze nie ma informacji co do poprawnego opisu przedmiotu zamówienia, nie wie co dokładnie będzie przedmiotem oferty w zakresie Opcji nr 1 i części zamiennych, gdyż to na wykonawcę przeniesiono sporządzenie zestawienia części zamiennych. Przy czym jak z powyższego wynika zestawienie to ma nastąpić do dnia Odbioru Końcowego, a zatem zestawienie części zamiennych będzie tworzone przez cały okres realizacji inwestycji. Czyli o całym zakresie/skali ile tych części zamiennych będzie potrzeba wykonawca dowie się dopiero pod koniec realizacji inwestycji. Jednocześnie na wykonawcę nałożono obowiązek utrzymywania magazynu (buforu) części zamiennych. Jak wskazano powyżej jednocześnie wykonawca miał uwzględnić wszystkie okoliczności w cenie oferty, co do wskazówek jak wycenić Opcję nr 1 (pkt. 12.7). Wykonawca nie dostał żadnych informacji w zakresie wymaganych części zamiennych.

Jak zatem wynika z powyższego po pierwsze w zakresie Opcji nr 1 nie opisano przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny, bowiem wykonawca nie ma informacji jaka ilość części zamiennych będzie wymagana w przedmiotowym zamówieniu. Świadczy o tym postanowienie, które wskazuje, że dokładna ilość części zamiennych zostanie określona w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca zatem na etapie wyceny ofertowej (złożenia oferty) nie ma informacji, jaką ilość części zamiennych i jakie części zamienne winien przyjąć do wyceny. Wykonawca z uwagi zatem na brak prawidłowego zgodnie z przepisami ustawy Pzp opisanie przedmiotu zamówienia nie może dokonać jego wyceny. Co więcej wobec braku opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie części zamiennych każdy z wykonawców może przyjąć zupełnie inne ilości części zamiennych do skalkulowania oferty, co z kolei będzie skutkowało nieporównywalnością ofert. Ponadto w Tomie IV PFU w pkt 5.2.4.1 - Postanowienia ogólne pkt 9) zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca zapewni dostępność Części Zamiennych lub ich zamienników (możliwość ich zakupu przez Zamawiającego od Wykonawcy) dla dostarczonych Systemów przez okres co najmniej 10 lat w zakresie branży telekomunikacji oraz 20 lat w zakresie branży srk i systemów zasilania, licząc te okresy od daty Odbioru Końcowego". Takie postanowienie narusza przepisy dotyczące zasady opisywania przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 99 ust.1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wymaganie by wykonawca zapewniał dostępność części zamiennych przez okres 10 lub 20 lat przy jednoczesnym braku określenia przedmiotu zamówienia (braku określenia jakie części zamienne są wymagane co zostało podkreślone powyżej) powoduje, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo oszacować przedmiotu zamówienia. Ponadto przechowywanie przez okres 10 lub 20 lat określonych części powoduje, że części te mogą ulec zniszczeniu z różnych powodów. Oznacza to z kolei, że wykonawca będzie uzupełniał jednokrotnie lub dwukrotnie swój magazyn na potrzeby zamawiającego bez dzisiejszej wiedzy o ilości tych części zamiennych. Takie wymagania powodują pełną nieporównywalność ofert, gdyż wykonawcy mogą przyjąć po pierwsze różne ilości części, po drugie mogą różnie oszacować wymianę tych części. W efekcie zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty ze skrajnie różnym ich oszacowaniem, bo wykonawcy nie dostali wszystkich informacji, które mają wpływ na

sporządzenie oferty, a co za tym idzie na oszacowanie tej oferty. Wykonawcy nie wiedząc jakie ilości części zamiennych mają przyjąć, jakie ich ilości zabezpieczyć sobie na stanie przez okres 10 czy 20 lat nie wiedzą nawet jaki magazyn wynająć i jak skalkulować jego wynajem. Chociażby to powoduje absurdalność Opcji nr 1 w zakresie skorzystania z niej na podstawie postanowień obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Inną zupełnie sprawą jest to, że z punktu widzenia kwestii ekonomicznej przechowywanie części zamiennych przez tak długi okres czasu jest po prostu nieuzasadnione. Odnosząc się zaś do „Usługi zapewnienia dostępu do Narzędzia Klasy SD” zamawiający nie wskazał żadnych informacji, czy wytycznych pozwalających na wycenę zapewnienia Narzędzia Klasy SD. W punkcie 1 PFU na stronie 13 zamawiający zdefiniował Narzędzie Klasy Service Desk (SD) jako „system teleinformatyczny obsługujący procesy biznesowe, w szczególności

odpowiadający wymaganiom niniejszego PFU. System jest dostępny dla użytkowników w trybie 24/7/365”. W punkcie 6 PFU pkt 6.2.1. zamawiający wskazał, że:

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

2. Wykonawca zapewni alternatywne przekazywanie przez Zamawiającego Zgłoszeń Serwisowych telefonicznie lub e-mailem na podane przez Wykonawcę dane kontaktowe Centrum Serwisowego Wykonawcy z całodobowym łączem telefonicznym, dostępnym w trybie 24/7/365 dla Zgłoszeń Serwisowych. Wykonawca zapewni rejestrację w Narzędziu Klasy SD takich zgłoszeń zgodnie datą i godziną ich otrzymania, także jeśli Narzędzie Klasy SD będzie niedostępne (rejestracja Zgłoszenia nie będzie możliwa)”.

Z kolei w punkcie 6.1.18 PFU zamawiający wskazał: „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”.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż wykonawca uzyskuje informację, iż zamawiający może ograniczyć przedmiot zamówienia w zakresie Opcji o obowiązek zapewnienia Narzędzia Klasy SD. Jednakże z powyższych postanowień ciężko wskazać w którym momencie realizacji zakresu Opcji nr 1 oraz w jakich okolicznościach powyższe może nastąpić. Biorąc pod uwagę fakt, iż Opcja nr 1 ma trwać 108 miesięcy wykonawca otrzymuje stan niepewności co do zakresu swojego świadczenia. Powyższe postanowienia świadczą znów o nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wie czy powinien Narzędzie Klasy SD przyjąć do wyceny ofertowej czy też nie. Należy także podkreślić, iż taki stan, gdy wykonawca ma świadomość ograniczenia przedmiotu zamówienia, ale nie wie o jaką wartość/wielkość ten przedmiot zamówienia jest ograniczany wypełnia dyspozycję przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Biorąc pod uwagę przywołane powyżej postanowienia zamawiający wskazuje na ograniczenie zakresu zamówienia, ale nie wskazuje na minimalną wartość, ani na wielkość świadczenia. Podkreślić należy, iż wedle przywołanych postanowień możliwa jest nawet taka sytuacja, gdy przedmiot zamówienia w ogóle nie będzie dostarczany przez wykonawcę. Wykonawca zatem w rezultacie nie wie, czy wyceniać ten zakres świadczenia czy też nie. Kwestionowane postanowienie należy zatem uznać za jedną z klauzul abuzywnych.

3) Zarzut dotyczący nienależytego terminu przedmiotu zamówienia objętego Opcją nr 1.

Przepis art. 434 ust.1 ustawy Pzp stanowi, iż umowę zawiera się na czas oznaczony nie dłuższy niż 4 lata. Opcja nr 1 też jest umową z tym, że umową na świadczenie usług pogwarancyjnych. Zgodnie z pkt 3 2) załącznika I - SWZ Zamawiający wskazał cyt: „3. OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA, 2) Opcja nr 1 - 108 miesięcy od dnia upływu Okresu Zgłaszania Wad dla Zakresu podstawowego. Oświadczenie o skorzystaniu z Opcji nr 1 Zamawiający może złożyć nie wcześniej niż na 12 miesięcy i nie później niż na 6 miesięcy przed terminem upływu Okresu Zgłaszania Wad dla Zakresu podstawowego”.

Z powyższego wynika, iż okres realizacji Opcji wynosi 108 miesięcy to jest 9 lat, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów Prawa. Przepis art. 435 ust.1 ustawy Pzp zezwala na zawarcie umowy oznaczonej i tylko wtedy, gdy przedmiotem świadczenia są dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci; gazu z sieci gazowej; ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie komputerowe czy też usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Przedmiot Opcji 1 w niniejszym postępowaniu nie obejmuje tych dostaw, a zatem do Opcji nr1 należy stosować przepis art. 434 pkt 2) ustawy Pzp. Aby skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu zamawiający powinien wskazać, że 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. Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności uzasadniających tak długi okres obowiązywania umowy, stąd w ocenie odwołującego określenie realizacji Opcji nr 1 przez okres 108 miesięcy narusza przepis art. 434 pkt 2) ustawy Pzp.

4) Zarzut dotyczący nienależytego terminu przedmiotu zamówienia objętego Opcją nr 2 oraz okoliczności skorzystania z Opcji nr 2.

Zgodnie z pkt 3 TOM I - IDW zamawiający wskazał cyt: „3. OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA, 8) Opcja nr 2 - określony przez Zamawiającego w oświadczeniu o skorzystaniu z Opcji nr 2, jednak nie później niż do dnia upływu Okresu Zgłaszania Wad dla Zamówienia podstawowego, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 - do zakończenia jej realizacji. Oświadczenie o skorzystaniu z Opcji nr 2 Zamawiający może złożyć nie później niż na 6 miesięcy przed terminem upływu Okresu Zgłaszania Wad dla Zakresu podstawowego, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Opcji nr 1 - nie później niż 6 miesięcy przed zakończeniem jej realizacji”.

Z powyższego wynika po pierwsze całkowite niedookreślenie możliwości skorzystania z Opcji nr 2 w zakresie czasookresu. Po drugie brak informacji, ile Opcja nr 2 ma trwać, a zatem na jaki okres umowa została zawarta. Z przywołanych postanowień wynika jakoby umowa w zakresie Opcji nr 2 miała być zawarta na czas nieoznaczony. Ponadto podkreślić należy, iż zamawiający może skorzystać z prawa Opcji nr 2 w sposób zupełnie dowolny oraz z dowolnym czasie. Okres, w którym wykonawca będzie pozostawał w stanie niepewności obejmuje przedział czasu pomiędzy zawarciem Umowy a terminem 6 miesięcy przed upływem okresu realizacji Opcji 1, co oznacza możliwość skorzystania z Opcji w terminie 204 miesięcy (17 lat) od podpisania Umowy. Zdaniem odwołującego, zamawiający przewidział zawarcie Umowy w zakresie Opcji nr 2 na czas nieoznaczony. W ocenie odwołującego, tylko przepis art. 435 ust.1 ustawy Pzp zezwala na zawarcie umowy oznaczonej i tylko wtedy, gdy przedmiotem świadczenia są dostawy: wody za pomocą sieci wodno-kanalizacyjnej lub odprowadzanie ścieków do takiej sieci; gazu z sieci gazowej; ciepła z sieci ciepłowniczej, licencji na oprogramowanie komputerowe czy też usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej lub gazu ziemnego. Przedmiot Opcji 2 w niniejszym postępowaniu nie obejmuje tych dostaw, a zatem do Opcji nr 2 należy stosować przepis art. 434 pkt 2) ustawy Pzp. Aby skorzystać z dobrodziejstwa tego przepisu zamawiający powinien wskazać, że 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. Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek okoliczności uzasadniających tak długi okres obowiązywania umowy, stąd w ocenie odwołującego określenie realizacji Opcji nr 2 przez nieoznaczony narusza przepis art. 434 pkt 2) ustawy

Pzp.

5) Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisanego jako przedmiotu zamówienia Opcji nr 2.

W kontekście zaś możliwości zamawiającego o nieograniczonej w zasadzie możliwości

skorzystania z Opcji (dowolny sposób i dowolny czas) i skrytykowanie się tego przedmiotu w zakresie 204 miesięcy należy wskazać, że nie możliwe jest oszacowanie przedmiotu zamówienia - Opcji nr 2. Podkreślenia wymaga, iż 204 miesięcy to jest okres 17 lat. Żaden wykonawca nie jest w stanie oszacować przedmiotu zamówienia mając na uwadze to, że może być on realizowany w okresie od 1 roku do 17 lat. Tak odległe terminy czynią przedmiot Opcji 2 zupełnie niemożliwym do oszacowania. Zmiany gospodarcze, jakie mogą zaistnieć w tak długim okresie są niemożliwe nawet do przewidzenia. Tym bardziej zatem są niemożliwe do oszacowania. Zmiany gospodarcze które zachodzą na świecie obecnie są tak dynamiczne, że nie jest możliwe przewidzenie co będzie się działo tak w odległym czasie. Jako przykład można podać pandemię COVID- 19, która miała wpływ na zjawiska gospodarcze. Obecnie mamy do czynienia z napaścią Rosji na Ukrainę, co już przekłada się na osłabienie pozycji złotego. Wykonawcy nie są w stanie przewidzieć zmian w krótkim okresie - teraźniejszym i bliskim naszym czasom, a co dopiero przewidzenie zmian gospodarczych na przełomie 17 lat i wycenienie na podstawie tego ofert (sic!). Takie postanowienia SWZ powodują, że opis przedmiotu zamówienia został nienależycie opisany, ale przede wszystkim opisany w sposób, który nie pozwala na poprawne oszacowanie przedmiotu zamówienia i porównywalność ofert wykonawców. Zgodnie z pkt 2.1. pkt 7) IDW Opcja nr 2 obejmuje realizację świadczeń określonych w Rozdziale 7 PFU „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”. Zgodnie z Rozdziałem 7 PFU „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”: Zakres prac obejmujących Prawo Opcji 2 ma być realizowany niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez zamawiającego

jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez zamawiającego oraz nie dłuższych niż do zakończenia realizacji Zakresu podstawowego, a w przypadku uruchomienia Prawa Opcji 1, do czasu zakończenia jej realizacji. W niniejszym postępowaniu w zakresie Opcji 2 zamawiający ograniczył się do opisu zawartego w Rozdziale 7 PFU- „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”: „Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia gotowości i realizację współpracy z innymi wykonawcami realizującymi roboty budowlane lub dostawy na rzecz Zamawiającego, a które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zadania. Współpraca będzie odbywać się za pośrednictwem Zamawiającego i/lub Inżyniera. Wykonawca przewidzi, wyceni i uwzględni w ramach niniejszego zakresu zamówienia koszty związane ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania (bezpiecznego i niewprowadzającego ograniczeń eksploatacyjnych) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami przewidywanymi do zabudowy i wymagającymi powiązania.

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

Zamawiający przewiduje następujący zakres prac realizowanych w ramach innych Kontraktów wpływający na konieczność dokonania zmian w zakresie interfejsów w

urządzeniach srk zabudowanych w ramach niniejszego zadania (realizacji Prawa Opcji 2) :

1. Zabudowa urządzeń blokady liniowej na szlaku Rabka Zaryte - Mszana Dolna.
2. Zabudowa urządzeń zdalnego sterowania w Ramach LCS Nowy Sącz - włączenie urządzeń srk do zdalnego sterowania.
3. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2

Realizacja współpracy Wykonawcy z innymi wykonawcami, o której mowa w niniejszym rozdziale, rozpocznie się na żądanie Zamawiającego złożone w trakcie realizacji Zamówienia. Wykonanie zobowiązań przez Wykonawcę w tym zakresie może stanowić przedmiot odrębnego odbioru końcowego tych prac, innego niż przewidziany w ramach Zakresu podstawowego Zamówienia”.

Jednocześnie zgodnie z Tomem V SWZ- RCO załącznik 20 zamawiający oczekuje wyceny Opcji nr 2. Już nawet pobieżna analiza przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji nr 2 wskazuje, że zamawiający oczekuje od wykonawców nie tylko oszacowania wartości zamówienia, ale też określenia wartości zamówienia, jednocześnie nie wskazując żadnych danych do ustalenia zakresu zamówienia. Zamawiający oczekuje bowiem by wykonawcy uwzględnili koszty związane ze współpracą z wykonawcami innych zadań. Wykonawca ma doprowadzić do zmian w zakresie interfejsów w taki sposób, aby zapewnić powiązanie urządzeń srk dostarczonych w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami, które w nieskonkretyzowanej przyszłości ewentualnie dostarczą inni wykonawcy, którzy będą działać w ramach innych kontraktów. Generalnie zamawiający wymaga by wykonawca wycenił bliżej nieokreślone i do tego być może hipotetyczne zdarzenie przyszłe niepewne. Tak bowiem można zdefiniować Opcję nr 2 jaką zakresił zamawiający. Należy wskazać, że w zakresie wskazanych wyżej urządzeń i ich wyceny zgodnie z Tomem V SWZ- RCO załącznik 20 nie istnieją jakiegokolwiek podstawy do oszacowania, ani tym bardziej do przewidzenia, jakie urządzenia w ramach innych Kontraktów zostaną w przyszłości zabudowane. Dlatego też nie ma obiektywnej możliwości przewidzenia przedmiotu zamówienia, skoro na chwilę obecną nie są nawet znani wykonawcy innych Kontraktów ani nie jest znany także przedmiot takich przyszłych Kontraktów. Zamawiający w zakresie Opcji nr 2 przewiduje wymóg przewidzenia, wyceny i uwzględnienia. Tymczasem to nie wykonawca ma przewidzieć sobie przedmiot zamówienia, dodatkowo go uwzględnić i wycenić. To na zamawiającym ciąży obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W szczególności wskazać należy na to, że zamawiający nie ujawnił liczby i typów urządzeń SRK, jakie miałyby być zabudowane na konkretnych stacjach. Nie jest też znana liczba odstępów oraz typy blokady w ramach planowanych przebudów stacji. Nie ma także żadnej informacji co do zakresu systemu ERTMS/ETCS poziom 2, w szczególności w zakresie dostawy takiego systemu. Wobec powyższego taki opis przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji nr 2 narusza przepis art. 99 ust.1 ustawy Pzp oraz art.441 ust.1 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu z całą pewnością nie został określony rodzaj opcji oraz okoliczności skorzystania.

6) Zarzut dotyczący obu Opcji nr 1 i 2.

W świetle zarzutów postawionych wobec obu Opcji odwołujący wskazał, iż określenie obu Opcji w sposób wskazany w przedmiotowym postępowaniu nie jest zgodne z przepisami Prawa. Przepis art. 441 ust.1 ustawy Pzp stanowi, iż 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.

W świetle tego przepisu należy wskazać, że zamawiający nie wypełnił dyspozycji tego przepisu. Obie Opcje zostały opisane w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Obie opcje nie określają rodzaju i maksymalnej wartości Opcji. Wykonawca w zasadzie dalej nie wie jaka jest np. maksymalna wartość Opcji nr 1 czy też nie ma precyzyjnego wskazania okoliczności skorzystania z Opcji nr 2. Wykonawca nie jest w stanie nawet sporządzić oferty i wycenić jej prawidłowo w zakresie Opcji nr 1 i 2, gdyż tak niepoprawnie zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie obu opcji. Co warto podkreślić opis obu Opcji wskazuje, że całe ryzyko gospodarcze przeniesione zostanie na wykonawcę, co wynika właśnie z opisu Opcji. Zamawiający żąda bowiem nieokreślonej ilości części zamiennych w bardzo długim czasokresie (10, 20 lat). A dodatkowo w zakresie Opcji nr 2 pozostawia sobie bardzo długi okres skorzystania z niej, co powoduje, że wykonawca ma wycenić możliwość skorzystania z tej Opcji w bardzo długim okresie, podczas którego zmiany gospodarcze mające wpływ na sporządzenie oferty są po prostu nie do przewidzenia.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że oprócz tego że opis obu Opcji narusza przepis art. 99 ust.1 i art. 441 ust.1 ustawy Pzp narusza także zasady współżycia społecznego i przepis art. 5 Kodeksu cywilnego. Nie wolno bowiem w kontekście powyższego zapominać, że Opcje jakie zostały ukształtowane w tym kontrakcie to jednostronne oświadczenie zamawiającego, który decyduje czy z nich skorzystać czy też nie. Wobec powyższego - zamawiający z uwagi na pozycję wykonawcy w zakresie obu Opcji (jak i Opcji co do zasady) powinien jak najbardziej precyzyjnie i szczegółowo opisać zakres i możliwości skorzystania z Opcji. Narzucanie postanowień nieprecyzyjnych, powodujących, że nie można oszacować oferty, czy też narzucanie Opcji w zakresie 10 czy 20 lat przy jednoczesnej niemożliwości odmówienia przez wykonawcę udziału w Opcjach powoduje, że wykonawca jest stroną słabszą w tym stosunku kontraktowym. Nie może być zatem zmuszany do ofertowania Opcji na niekorzystnych warunkach, tylko dlatego, że chce złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Takie działanie zamawiającego nie powinno korzystać z ochrony. Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Opisanie obu Opcji (nr 1 i 2) przez zamawiającego należy właśnie tak oceniać poprzez czynienie ze swego prawa użytku, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem wykonywaniem prawa i nie powinno korzystać z ochrony. Odwołujący wskazał, że takie opisanie obu Opcji nie jest zgodne z przepisem art. 441 ust.1 dotyczącym Opcji. Odwołujący wskazuje, że pod rozważę zamawiającego czy w ogóle potrzeby zamawiającego w sposób tak określony spełniają wymagania dla Opcji.

7) Ustalenie pozornego limitu waloryzacji wynagrodzenia umownego wykonawcy.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp 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. Przedmiotowa umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, stąd oczywistym jest, że zamawiający powinien określić postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Podkreślić należy, iż przepis w tym zakresie jest przepisem obligatoryjnym zawierającym w sobie nakaz określonego działania, dlatego też nie ma tu miejsca na dowolność działania Zamawiającego. Zamawiający musi określić postanowienia dotyczące wynagrodzenia umownego wykonawcy. Zasady waloryzacji umownej ustalono w Subklauzuli 13.8. Zgodnie z tą klauzulą zamawiający wskazał cyt: „Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ.

W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych KLAUZUL, będzie się uważało, że Zaakceptowana

Kwota Kontraktowa uwzględnia wzrosty lub spadki cen.

Waloryzacji - zgodnie z postanowieniami niniejszej SubKLAUZULI - nie podlegają

wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie § 5 Umowy, KLAUZULI 13 oraz SubKLAUZULI 20.1 niniejszych Warunków Kontraktu oraz przepisów u.p.z.p.

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej SubKLAUZULI wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej „Prezesem GUS” w Dziedzinowej Bazy Wiedzy, tj.:

- a) Cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI)
- b) Przeciętne wynagrodzenia miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej (jako robocizna - R) oraz miesięczne Wskaźniki cen produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych:
- c) Brykiety i podobne paliwa stałe z węgla i torfu oraz produkty rafinacji ropy naftowej (jako paliwo - P) - indeks 19.2
- d) Cement, wapno i gips (jako cement - C) - indeks 23.5
- e) Żeliwa, stal i żelazostopy (jako stal - S) - indeks 24.1
- f) Kamienia, piasku i gliny (jako kruszywo - K) - indeks 08.1
- g) Metale szlachetne i pozostałe metale nieżelazne (jako miedź - M) - indeks 24.4.

W przypadku, gdyby którykolwiek z wyżej wymienionych wskaźników przestał być dostępny, zastosowanie znajdzie inny, najbardziej zbliżony, wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS”. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp zamawiający miał obowiązek wskazać maksymalną wartość waloryzacji. Zamawiający wskazał cyt: „Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadczenie Płatności za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej SubKLAUZULI, osiągnie limit +/- 5% wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia (nie dotyczy waloryzacji dla Opcji nr 1 i Opcji nr 2)”.

W tym miejscu należy wskazać, że ustawa Pzp w zakresie zmiany wynagrodzenia wymaga od zamawiającego wskazania:

1. poziomu zmiany wskaźnika cen materiałów lub kosztów
2. sposobu liczenia tzw. punktu odniesienia
3. wpływu na koszty wykonania zamówienia
4. limitu maksymalnego wartości zmiany wynagrodzenia,

przy czym podkreślić należy, że to właśnie limit maksymalny decyduje niejako o wysokości limitu wynagrodzenia. Mimo zatem dopuszczenia innych czynników i tak będą one ograniczane wartością limitu maksymalnego.

Podsumowując powyższe podkreślić należy, że zamawiający dopuścił zmianę wynagrodzenia, ale wyłącznie do wysokości limitu +/- 5% wartości robót netto. Przyjęty przez zamawiającego limit zmiany sprawia, iż zastosowane przez zamawiającego postanowienia waloryzacyjne są w istocie pozorne. Powyższe zmierza do obejścia przepisów prawa, jak bowiem wskazywał powyżej odwołujący przepis art. 439 ust.1 ustawy Pzp jest przepisem obligatoryjnym. Wprowadzenie zatem postanowienia waloryzacyjnego w postaci limitu zmiany na poziomie 5% wartości Robót, który to limit de facto uniemożliwia zmianę wynagrodzenia jest działaniem pozornym i narusza przepis art. 439 ust.1 ustawy Pzp. Mając na uwadze obecne zmiany gospodarcze, w tym zmiany cen w branży budowlanej oraz inflację na poziomie około 10% nie jest możliwe uwzględnienie w ramach waloryzacji zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący ma świadomość, iż taki limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia zamawiający do tej pory stosował w swoich postępowaniach o udzielenie zamówienia. Natomiast w sytuacji obecnej na rynku, w tym i rynku robót budowlanych limit +/- 5% maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia nie doprowadzi do żadnej zmiany wynagrodzenia. Warto podkreślić, iż celem wprowadzenia nowych zasad waloryzacji wynagrodzenia było między innymi zrównoważenie stron

w umowach w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowana w niniejszym postępowaniu subklauzula 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu jest jak wspomniano powyżej klauzulą powszechnie stosowaną przez zamawiającego. Zgodnie z treścią tej klauzuli cyt: „Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o współczynnik zmiany cen (...) wyliczony według wzoru (...)”. Klauzula, którą zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu i którą przewiduje w większości swoich przetargów nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych w obecnych realiach. Dla Przykładu: Skanska S.A 03.09.2022 rok podpisała kontrakt „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Stróże - Grybów, tor nr 1 i 2 realizowanego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 96 na odcinku Tarnów - Muszyna”. W listopadzie 2022 wystawiła pierwszą fakturę, współczynnik waloryzacyjny do pierwszej faktury wynosi 4,8291% co daje prawie max poziom waloryzacji po pierwszym miesiącu wykonywania prac. Na stronach Głównego Urzędu Statystycznego opublikowano informację, że ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w grudniu 2021 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku wzrosły o 8,6% (wskaźnik cen 108,6), a w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły o 0,9% (wskaźnik cen 100,9). Roczna dynamika inflacji w grudniu była najwyższą odnotowaną do tej pory w XXI wieku - poprzedni wyższy odczyt przypada na listopad 2000 r. (9,3%). Obecny trend wzrostu cen wskazuje że limit maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia +/- 5% jest niewystarczający, stąd wniosek by ten limit podnieść do progu +/- 10% jest uzasadniony. Pozostawienie limitu na poziomie +/- 5 % powoduje, że maksymalny limit wartości zmiany wynagrodzenia jest pozorny i prowadzi do obejścia obowiązujących przepisów prawa.

8) Ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny Zgodnie z punktem 8.6. zamawiający ustalił następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu. Jak sam wskazał warunki udziału w postępowaniu są szczegółowe, bowiem dla doświadczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu postawił aż 12 wymagań dla wykonawcy od punktu a) do punktu l). Wymagań tych jest bardzo dużo, do tego każde z wymagań jest bardzo szczegółowe. Można odnieść wrażenie, że warunki udziału w postępowaniu po prostu referują 1:1 co do zakresu przedmiotu zamówienia. Natomiast doktryna i orzecznictwo w zakresie warunków udziału wielokrotnie podkreśla, iż warunki udziału muszą być proporcjonalne i adekwatne do przedmiotu zamówienia. Mają wyznaczać tak zwane minimalne poziomy zdolności, aby wyłonić wykonawcę zdolnego do przedmiotu zamówienia. Natomiast absolutnie nie mogą być postawione w taki sposób by wykonawca miał wykazać się 1: 1 doświadczeniem w zakresie identycznym jak zakres przedmiotu zamówienia.

Konstruując warunek udziału w postępowaniu zamawiający powinien go tak skonstruować, by mógł go spełnić każdy wykonawca dający rękojmię należytego wykonania doświadczenia, a nie każdy wykonawca który zrealizował każdy zakres w przedmiocie zamówienia. Stanowisko takie jest już ugruntowane w zasadzie w doktrynie i orzecznictwie (vide: wyrok KIO 834/21 z dnia 6 maja 2021 roku). Tymczasem analizując warunki udziału w niniejszym postępowaniu nie sposób nie zauważyć, że są one bardzo szczegółowo określone, co może powodować ograniczenie konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Analizując warunki w zakresie doświadczenia wykonawcy należy wskazać, iż po pierwsze ma on spełnić 12 warunków, po drugie każdy z tych warunków zawiera w sobie jeden lub dwa dodatkowe szczegółowe wymagania, co powoduje że wykonawca musi spełnić ogólnie nawet ponad 20 małych lub więcej szczegółowych warunków w zakresie doświadczenia. W tym miejscu trzeba wskazać, iż przecież przedmiotem zamówienia jest częściowe zaprojektowanie robót (w zakresie branży srk), a częściowe (większościowe) to rozbiora, przebudowa, rozbudowa i budowa linii kolejowej. Nie jest to zatem jakiś bardzo specyficzny zakres wykonania robót budowlanych, więc w zasadzie każdy wykonawca, który wykazał się takim zaprojektowaniem i przebudową/budową linii kolejowej oczywiście referując do zakresu zamówienia powinien należycie zrealizować taki projekt. To są właśnie owe minimalne wymagania/minimalne poziomy zdolności, co do których powinien się odnosić zamawiający. Przepis art. 112 ust.1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający określa warunki udziału

w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oczywiście odwołujący ma świadomość, że w pewnym zakresie, który w danym zamówieniu jest dla zamawiającego ważny zamawiający może postawić szczególne warunki. Niemniej jednak w niniejszym postępowaniu tych warunków jest po prostu za dużo, są za bardzo szczegółowe co powoduje, że naruszają zasadę proporcjonalności. Nie są proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że zamawiający ma tego pełną świadomość, bowiem nawet rozszerzył zakres

w jakim będzie wymagał spełnienia warunku z 5 do 7 lat. Oczywiście rozszerzenie tego

okresu powoduje rozszerzenie konkurencji, ale jednocześnie określenie tak szczegółowych warunków powoduje ograniczenie konkurencji i naruszenie przepisu art. 112 ust.1 ustawy Pzp. Na poparcie naszego stanowiska wskazujemy, iż zamawiający niedawno ogłosił bardzo skomplikowany przetarg o znacznie większej wartości (samo wadium wynosi 38 MLN), gdzie warunki udziału są mniej restrykcyjne niż w niniejszym postępowaniu, a mianowicie: „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Tychy - podg. Most Wisła w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I”.

W IDW w pkt 8.6 zamawiający w zakresie wymagań co do sieci srk wskazał następujące wymagania cyt: „d) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 systemu stacyjnych, scentralizowanych komputerowych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) zabudowanych w przyszłym LCS/MCS, na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic, e) Budowa lub przebudowa co najmniej 1 blokady liniowej wraz z powiązaniem do systemu stacyjnego”, które są wymaganiami mniej restrykcyjnymi niż chociażby punkt f) pkt 8.6.1. niniejszej swz, bowiem mówią o przyszłym LCS/MCS a nie o koniecznym podłączeniu.

Odnosząc się zaś do szczegółowych warunków od punktu a) do punktu l) odwołujący wskazał: W zakresie punktu a) i d).

Zakres robót zamawiający określił w OPZ punkt 3.7 (str. 47), gdzie w punkcie 1 wskazał również „...przebudowy układu torowego z podtorzem...”

Przebudowa nawierzchni torowej to synonim do przebudowa toru kolejowego. Biorąc to pod uwagę zarówno w punkcie „a” jak i w punkcie „d” zamawiający oczekuje tego samego zakresu prac, ale w jednym przypadku wraz z przebudową podtorza, a w drugim ze wzmocnieniem podłoża. Tym samym dubluje się zakres prac, a co za tym idzie zakres doświadczenia dla „budowy lub kompleksowej przebudowy nawierzchni torowej/toru kolejowego” zestawiając je z robotami dotyczącymi różnych technologii wzmocnień podłoża i podtorza. Dublowanie się zakresu prac, a w konsekwencji doświadczenia jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje na zasadność rozdzielenia wymagania

w zakresie przebudowy nawierzchni torowej wraz z podtorzem (punkt „a”) od wymagań dotyczących specjalistycznych robót wzmocnienia podłoża (punkt „d”). Odwołujący podkreślił, iż w ostatnich kilku latach w przetargach ogłaszanych przez zamawiającego długość przebudowy nawierzchni torowej na danej linii kolejowej sporadycznie była tożsama z długością przebudowy podtorza. Natomiast w niniejszym postępowaniu jest to tożsame, co znów jest warunkiem nadmiernym i ograniczającym konkurencję. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący wskazał na dwa postępowania o udzielenie zamówienia: - Przebudowa LK62 Wolbrom - przebudowa nawierzchni torowej na długości 32km, przebudowa podtorza na długości 3,5km, - Przebudowa LK117 Kalwaria - Wadowice - przebudowa nawierzchni torowej na długości 13km, przebudowa podtorza na długości 2km, gdzie oddzielono długość przebudowy nawierzchni torowej na danej linii kolejowej od długości przebudowy podtorza.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł, aby określenie „4 km” w punkcie „a” odnosiło się do długości linii kolejowej objętej przebudową na której były prowadzone w/w roboty, a nie bezpośrednio do długości odcinka prowadzenia tych robót.

Wnosimy o zmianę w/w warunków na następujące

a) Co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, obejmujące każda oddzielnie swoim zakresem budowę lub przebudowę odcinka zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej o długości 4 km w ramach której wykonano prace polegające na budowie lub kompleksowej przebudowie nawierzchni torowej oraz prace polegające na wzmocnieniu lub kompleksowej wymianie podtorza,

d) prace polegające na wzmocnieniu podłoża toru kolejowego za pomocą kolumn betonowych na łącznej długości co jednego km toru,

lub

prace polegające na wzmocnieniu podłoża pod konstrukcję nawierzchni drogowej za pomocą kolumn betonowych na łącznej długości co najmniej jednego km drogi;

w zakresie punktu l)

Zgodnie z art. 29 ust. 1 punkt 2a oraz ust. 2 punkt 17 ustawy Prawo budowlane zakres prac dotyczących srk w zasadzie opiera się na zgłoszeniu robót, a nie na decyzji o pozwoleniu na budowę. Ponadto dla doświadczenia wykonawcy nie ma większego

znaczenia, czy dokumentacja projektowa zostanie wykonana na podstawie zgłoszenia czy też decyzji, jeśli spełnia warunki wykonanie 2 dokumentacji w zakresie branży sterowania ruchem obejmująca 1 stację z 3 zwrotnicami itd. Ponadto skoro zakres srk, który spełniałby warunki zamawiającego nie wymaga w świetle prawa decyzji o pozwoleniu na budowę ale zgłoszenia robót, to również należy uznać to za warunek nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o następującą zmianę:

l) co najmniej 2 (dwie) dokumentacje projektowe (projekt wykonawczy) dla robót budowlanych polegających na Budowie lub kompleksowej Przebudowie Infrastruktury kolejowej w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym, każda obejmująca co najmniej 1 (jedną) stację z co najmniej 3 (trzema) zwrotnicami, na której zabudowano zewnętrzne i wewnętrzne komputerowe urządzenia srk z elektrycznymi napędami zwrotnicowymi i licznikową kontrolą niezajętości torów i rozjazdów oraz każda obejmująca co najmniej 1 (jeden) szlak wyposażony w półsamoczną dwukierunkową blokadę liniową. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę lub dokonano skutecznego Zgłoszenia Robót.

Zakres prac SRK objętych w/w Dokumentacją Projektową, na podst. art. 29.1 Ustawy Prawo Budowlane zasadniczo nie wymaga decyzji o Pozwoleniu na Budowę, a jedynie skutecznego Zgłoszenia Robót. Wobec powyższego wnosimy o równoważne potraktowanie obu dokumentów wydanych przez Organ administracji architektoniczno - budowlanej, które upoważniają do rozpoczęcia robót budowlanych.

9) Ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia personelu wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny.

Na podstawie IDW punkt 8.6.2. zamawiający wymaga wykazania przez w konkretnymi osobami, które będą realizowały zamówienie. Zamawiający przewidział zatem wymóg dysponowania przez wykonawcę następującymi osobami do realizacji zamówienia: Kierownika Budowy, Kierownika Robót Torowych, Kierownika Robót geotechnicznych i podtorzowych, Kierownika Robót Sterowania Ruchem Kolejowym, którzy posiadają stosowne uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi oraz minimalny staż zawodowy wynoszący minimum 5 lat doświadczenia w kierowaniu robotami związanymi z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej dla Kierownika Budowy oraz po 3 lata doświadczenia zawodowego

w kierowaniu robotami związanymi z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej dla Kierowników Robót.

Odnosząc się do szczegółowych wymagań, co do kadry odwołujący wskazał, iż takie wymagania naruszają uczciwą konkurencję i ograniczają dostęp wykonawcom do złożenia oferty. Można odnieść wrażenie, że zamawiający kolokwialnie rzecz ujmując - w zasadzie

wsadził wszystkie roboty, które mają być wykonane w ramach przedmiotu zamówienia do doświadczenia kierownika budowy i kierowników robót branżowych. Mimo tego, że dany kierownik jest doświadczony i umożliwi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie to nie jest w stanie spełnić warunków zamówienia wskazanych przez zamawiającego z uwagi na ich zbyt dużą szczegółowość. W warunkach postawionych przez zamawiającego mamy do czynienia ze zbyt dużą ilością wyszczególnionych elementów robót, które nie świadczą o możliwości realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a mierzą raczej to jak dużo szczegółów było w realizowanych przez kierownika/kierowników wcześniejszych kontraktach. Przepis art. 116 ust.1 ustawy Pzp stanowi, iż w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością,

w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Podobnie jak co do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykonawcy również i w odniesieniu co do kadry należy postawić warunki, które umożliwiają realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a zatem poprzez minimalne poziomy zdolności, a nie maksymalne. Zamawiający warunki co do wykonawcy jak i co do kadry stawia w sposób wskazujący na maksymalne poziomy zdolności wyrażając jej poprzez pryzmat dużej ilości szczegółów. Podkreślić natomiast należy, iż przepisy wyraźnie mówią o minimalnym poziomie zdolności, o realizacji

zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Poprzez dużą ilość szczegółów zamawiający ogranicza konkurencję i zamyka drogę wielu potencjalnym wykonawcom do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Na poparcie swojego stanowiska odwołujący wskazał, iż zamawiający w dniu 18 stycznia 2022r. ogłosił dwa postępowania o znacznie bardziej skomplikowanym zakresie prac, lokalizacji w strefie transgranicznej oraz znacznie większej wartości. Pomimo tego, że są to postępowania bardziej skomplikowane (zakres prac) o większej wartości to zamawiający w obu tych przypadkach postawił o wiele mniej restrykcyjne warunki w zakresie wymagań dotyczących stanowiska Kierownika Budowy/Kierowników Robót. Są one także bardziej zrozumiałe i zdecydowanie łatwiejsze do spełnienia. W ocenie odwołującego potwierdza to, że w niniejszym postępowaniu warunki udziału w postępowaniu zostały postawione w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do wymagania kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych odwołujący wskazał, iż zakres robót geotechnicznych i podtorzowych, podobnie jak zakres robót ziemnych (nasyp/wykop) jest bezpośrednio związany z budową i/lub przebudową elementów korpusu drogowo - torowego, a co za tym idzie nadzór nad tymi pracami jest zwyczajowo obowiązkiem Kierownika robót drogowych lub torowych. W ocenie odwołującego zatem nie ma potrzeby dysponowania dodatkowo jeszcze kierownikiem robót geotechnicznych i podtorzowych.

Wobec powyższego wniósł o zmianę warunków na następujące:

Kierownik Budowy - Uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Posiada co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego zdobytego po uzyskaniu ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę/zgłoszeniu robót, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej oraz w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy, po uzyskaniu ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę/zgłoszeniu robót (dla każdej inwestycji) pełnił funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji co najmniej 1 (jednego) zadania inwestycyjnych w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości minimum 90.000.000,00 PLN (dziewięćdziesiąt milionów złotych) netto.

Kierownik robót torowych - Uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane)

w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub kompleksową Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych oraz w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył na etapie realizacji robót co najmniej 12 (dwanaście) miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji 1 (jednego) zadania inwestycyjnego na robotach związanych z Budową lub kompleksową Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych o wartości 90.000.000,00 PLN (dziewięćdziesiąt milionów złotych) netto.

Kierownik robót geotechnicznych i podtorzowych - Rezygnacja ze wskazania takiej osoby.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący Intercor (odwołania KIO 529/22 i 530/22).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Odwołujący sformułował zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika robót torowych oraz Kierownika robót geotechnicznych i podtorzowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i rażąco ograniczający uczciwą konkurencję w postępowaniu. Odwołujący powołuje się w swojej argumentacji na brak dostępu uczestników rynku zamówień publicznych do specjalistów mających odpowiednie doświadczenie w zakresie wykonania technologii rozjazdów blokowych. Jednocześnie odwołujący wskazuje, że w jego ocenie pierwsze inwestycje pozwalające wykazać się kwestionowanym doświadczeniem zakończyły się na przełomie lat 2020 i 2021.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że na rynku nie występują osoby posiadające doświadczenie w zakresie opisanym przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Odwoływanie się w tym zakresie przez odwołującego do dotychczas prowadzonych przez zamawiającego postępowań, w których zamawiający w sposób odmienny od przedmiotowego opisywał warunki udziału w postępowaniu jest irrelevantny dla oceny przedmiotowych zarzutów. Wskazać bowiem należy, iż każde postępowanie, w założeniu realizuje inne zadanie opisane przez zamawiającego. Przedmiotowe postępowania, jak wskazywał zamawiający, ze względu na swój wyjątkowy i specyficzny charakter, w szczególności związany z miejscem realizowania zadania, wymuszają na zamawiającym opisanie charakterystycznych cech doświadczenia osób, w taki sposób, który zapewni zamawiającemu prawidłową realizację zadań. Zdaniem Izby, zamawiający prawidłowo opisał doświadczenie dla osób kierowanych do pełnienia określonych funkcji na kontrakcie, w pełni zachowując zasadę proporcjonalności. Okoliczności, iż są to wymagania bardzo wysokie i konkretnie opisanie nie może prowadzić do wniosku, że są niemożliwe do spełnienia. Na rynku branżowym występuje dużo firm o zasięgu europejskim czy światowym, które z pewnością realizowały tak specyficzne zadania. Fakt, iż odwołujący nie realizował zamówień, które w pełni pokrywają się z opisanymi przez zamawiającego warunkami, nie oznacza, że są one opisanie w sposób naruszający zasadę proporcjonalności. Odwołującemu znana jest przecież sytuacja na rynku, a różnorodność zadań zleczanych przez zamawiającego nie zawsze musi pokrywać się 1:1 w każdym zadaniu. Specyfika przedmiotowych zamówień wymuszona położeniem inwestycji (teren pogórski) musi być ściśle powiązana z doświadczeniem osób nadzorujących cały proces budowlany. Dlatego też Izba stwierdziła, w powiązaniu ze zmianami SWZ dokonanymi przez zamawiającego (de facto) zmniejszającymi istotność warunków, że są one proporcjonalne do zakresu zamówienia i nie ograniczają konkurencji.

Jak słusznie wskazał zamawiający, zamawiający jest uprawniony do określenia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, który będzie uwzględniał jego potrzeby i pozwoli uzyskać oczekiwany efekt, a także poprzez odnoszenie się do przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 4 marca 2021 r. sygn. akt KIO 356/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała,

iż „Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się po pierwsze do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w tym zakresie stanowią wspomniane wyżej zasady. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego

opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia". W pkt 4.7 ppkt 11 OPZ

zamawiający przewidział, że wszystkie zabudowywane rozjazdy oraz przyrząd wyrównawczy należy dostarczyć na budowę w technologii blokowej. Biorąc pod uwagę, że wszystkie rozjazdy mają być dostarczone w technologii blokowej nie sposób zaprzeczyć, że kwestionowany warunek odnosi się do przedmiotu zamówienia oraz ma służyć uzyskaniu oczekiwanego efektu robót. Z tego powodu twierdzenia odwołującego, jakoby postawiony warunek dot. doświadczenia

w zabudowie rozjazdów w technologii blokowej wykraczał poza uzasadnione potrzeby zamawiającego jest całkowicie nieuzasadniony.

Za zamawiającym stwierdzić należało, że postawione warunki w żaden sposób nie są nadmierne. W szczególności nie można dojść do takiego wniosku przez podniesiony przez odwołującego argument o zbyt dużej szczegółowości warunków. Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne jest zobowiązany do określenia, w sposób możliwie szczegółowy, warunków udziału wykonawców i oceny spełnienia tych warunków. Precyzyjne określenie warunków ma na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, z uwagi na bezwzględny obowiązek wyeliminowania z postępowania tych wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału, jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes Zamawiającego w sprawnym przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja (vide: wyrok KIO z 18.02.2008 r., KIO/UZP 78/08).

Tym samym przyjąć należało, że zamawiający jest wręcz zobowiązany do szczegółowego określenia warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób więc wywodzić z tego, że wymagania dotyczące personelu wykonawcy są nadmierne i naruszają przepisy ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w żądaniu nr 1, odwołujący wnosil o wykreślenie lit. c) z Rozdziału 8 pkt 8.6.2 ust.1 lp. 1 TOM I SWZ - IDW.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wprowadził modyfikację wspomnianego zapisu poprzez zmianę SWZ z dnia 9 marca 2022 r. Z uwagi na specyfikę zabudowy niezbędne jest odpowiednie doświadczenie wykonawcy, w tym jego personelu. Wychodząc naprzeciw żądaniom odwołującego, zamawiający dokonał korekty w doświadczeniu Kierownika Budowy w ilości rozjazdów wymaganych do zabudowy w technologii blokowej i zmniejszył ich ilość z 9 do 3.

Ponadto zamawiający wskazał, że w ramach zadania przewiduje się realizację prac na 2 stacjach (w tym wjazd do st. Nowy Sącz), z czego na stacji Marcinkowice przewidziano prace w zakresie 1 toru głównego zasadniczego, 3 torów głównych dodatkowych oraz 11 rozjazdów zabudowywanych w technologii blokowej. W związku z powyższym, zamawiający nie mógł wprowadzić modyfikacji zgodnie z żądaniem odwołującego, ponieważ doświadczenie w wykonaniu zabudowy w technologii blokowej jest kluczowe do realizacji przedmiotu zamówienia.

W żądaniu nr 2, odwołujący wnosil o wykreślenie lit. c) z Rozdziału 8 pkt 8.6.2 ust.1 lp. 2 TOM I SWZ - IDW.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający wprowadził modyfikację wspomnianego zapisu poprzez zmianę SWZ z dnia 9 marca 2022 r. Zamawiający dokonał korekty w doświadczeniu Kierownika robót torowych w ilości rozjazdów wymaganych do zabudowy w technologii blokowej i zmniejszył ich ilość z 6 do 2.

W zakresie żądania nr 3, odwołujący, w odniesieniu do Rozdziału 8 pkt 8.6.2 ust. 1 lp. 3 TOM I SWZ - IDW, wnosil o usunięcie z tego warunku wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na wzmocnieniu i/lub wymianie podtorza uwzględniającego całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenia podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 km toru lub usunięcie z warunku udziału wymogu posiadania doświadczenia przy realizacji prac polegających na wzmocnieniu podłoża z zastosowaniem ulepszenia podłoża spoiwem na łącznej długości co najmniej 3 km drogi.

Zamawiający podtrzymał wymagania dotyczące wykazania przez wykonawcę dysponowania Kierownikiem Robót Geotechnicznych i Podtorzowych. Według zamawiającego z uwagi na zakres robót (całkowite wzmocnienie podtorza, lokalne wzmocnienia podłoża, lokalna przebudowa nasypów), specyfikę i stopień skomplikowania (warunki górskie, złożone i skomplikowane warunki gruntowe zgodnie z posiadanymi

badaniami geotechnicznymi

i geologicznymi, liczne tereny zagrożone ruchami masowymi i osuwiskami) stanowisko Kierownika Robót Geotechnicznych i Podtorzowych na wskazanej inwestycji jest całkowicie uzasadnione. Zamawiający wskazał, że zakres prac wskazany w wymaganiach dla osoby na tym stanowisku jest adekwatny i proporcjonalny dla przyjętego zakresu robót. Dla Kierownika Robót Geotechnicznych i Podtorzowych w zakresie podważonym przez odwołującego przyjęto wzmocnienie i/lub wymianę podtorza uwzględniającą całkowite lub częściowe rozebranie nasypu kolejowego i ulepszenie podłoża spoiwem wraz z odbudową nasypu na łącznej długości co najmniej 3 km toru. Zamawiający wskazał, że w ramach zadania przewiduje się realizację prac w tym zakresie na długości co najmniej 8 km. Jednocześnie zamawiający dopuścił alternatywnie możliwość pełnienia funkcji Kierownika robót przez osobę realizującą prace analogiczne do inwestycji kolejowej w ramach robót związanych z inwestycjami drogowymi. Wychodząc naprzeciw żądaniom wykonawców, w celu zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu przetargowym zamawiający rozszerzył możliwe spektrum uprawnień kierowników dla tego stanowiska o możliwość przedłożenia uprawnień w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych i/lub uprawnień w specjalności inżynierskiej drogowej, a także zwiększył spektrum doświadczenia w zakresie wykonania kolumn, o kolumny żwirowe i żwirowo-betonowe.

Zamawiający dokonał zmian, które nie powodują uwzględnienia zarzutów i żądań odwołującego, tym niemniej zmodyfikował je w taki sposób, żeby ułatwiać możliwość znalezienia odpowiedniego personelu. Zamawiający dodał zapis dotyczący kolumn betonowych i żwirowych, co również rozszerza krąg potencjalnych osób, które mogłyby wykonać roboty. To są minimalne wartości, które są potrzebne do uznania, że dana osoba pozyskała odpowiednie doświadczenie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, oceniając dokonane przez zamawiającego modyfikacje oraz oceniając stanowisko zamawiającego stwierdzić należało, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Odwołujący SKANSKA (KIO 535/22).

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę były tylko te z zarzutów, które zostały podtrzymane przez odwołującego. Odwołujący na posiedzeniu złożył oświadczenie, że w związku z modyfikacją SWZ wycofuje zarzut nr 4, w części zarzut nr 2 w zakresie dot. buforu części zamiennych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

W zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia osób, Izba podtrzymuje swoje stanowisko, jak w sprawach KIO 529/22 oraz KIO 530/22.

Izba wskazuje, że w zakresie ogólnych warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy, które zostały zawarte w pkt 8.6.1 IDW odwołujący opiera swoją argumentację na twierdzeniu, że warunków jest za dużo i są zbyt szczegółowe. W żaden sposób odwołującego nie wykazał (nie udowodnił), że opisane przez zamawiającego warunki są nadmierne, naruszające zasadę proporcjonalności. Zdaniem Izby odwołujący dąży wyłącznie do złagodzenia warunków zgodnie z jego oczekiwaniami, gdyż jak sam wskazał, obecnie nie jest w stanie ich spełnić. Nie jest to jednak argument przemawiający za uznaniem zarzutu za zasadny.

Biorąc pod uwagę zmiany SWZ jakich dokonał zamawiający, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego, w podtrzymanym zakresie, są bezzasadne.

Prawo Opcji 1 i Opcji 2. Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego wskazując, iż zamawiający nie naruszył podnoszonych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. Zarówno opcja 1 jak i 2 referuje do podstawowego zakresu zamówienia, opisuje sposób skorzystania z opcji przez zamawiającego, jak również podaje okres czasu w jakim zamawiający gwarantuje sobie prawo do skorzystania z tych opcji. Podnoszony przez odwołującego argument, że bardzo długi okres czasu w jakim zamawiający gwarantuje sobie prawo do skorzystania z prawa opcji, uniemożliwia odwołującemu prawidłową kalkulację ceny oferty, jest całkowicie niezasadny z uwagi na okoliczność, iż tak jak to wcześniej było wskazywane, opisane zakresy opcji referują do podstawowego zakresu zamówienia i będą realizowane jedynie w mniejszym zakresie.

Jak słusznie podał zamawiający, 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, uwzględni 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). 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 jakiegokolwiek jego funkcjonalności. 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.

Zastosowane przez zamawiającego prawo Opcji 2 zostało skonstruowane 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) do swoich urządzeń. W związku z powyższym zamawiający zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2. W rozdziale 7 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. 3.4.1.2.14. Tym samym przyjąć należało, że opcja nr 2 pozwoli zamawiającemu, w przypadku jej wykorzystania do umożliwienia współpracy wykonawcy z przedmiotowego kontraktu z innym wykonawcą, stycznych kontraktów do referencyjnego, w ramach wypracowanych warunków związanych z przyłączeniem/powiązaniem/współpracą różnych urządzeń w oparciu

o dokumentację przygotowaną przez wykonawcę w ramach przedmiotowego postępowania. Faktem jest, że okres przyjęty przez zamawiającego jest długi, ale przy dużym stopniu skomplikowania inwestycji kolejowych należało przyjąć, że jest on prawidłowy i nie powinien budzić wątpliwości wykonawcy, co do możliwości wyceny tego rodzaju usługi, realizowanej przecież w oparciu o dokumentację i rozwiązania przyjęte przez tego samego wykonawcę.

Odwołujący twierdzi, że zastosowany przez zamawiającego limit zmiany wynagrodzenia do wysokości +/- 5% wartości robót netto ma wyłącznie charakter pozorny i prowadzi do obejścia przepisów prawa. Odwołujący powołuje się na przepis art. 439 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, twierdząc, że sformułowane przez zamawiającego warunki progowe, które uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia wykonawcy, prowadzą wyłącznie do obejścia przywołanych przepisów.

Z postawionym przez odwołującego zarzutem nie sposób się zgodzić. Izba ma świadomość, iż obecna sytuacja gospodarcza i polityczna na świecie wywołuje zachwiania na rynku surowców i produktów, które mogą być wykorzystane do realizacji przedmiotowego zamówienia, co potwierdzają wykresy złożone przez odwołującego na rozprawie (mające jedynie charakter poglądowy). Jednakże zwrócić należy uwagę, iż przedmiotowe postępowanie jest w toku, nie upłynął jeszcze termin składania ofert, co oznacza, że do upływu tego terminu wykonawca ma możliwość oszacowania wartości kontraktu, uwzględniając obecnie obowiązujące ceny surowców. To na wykonawcy spoczywa obowiązek uwzględnienia wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia, a ich wycena winna zostać uwzględniona w cenie oferty. Ustalony przez zamawiającego poziom waloryzacji, stanowi jedynie bufor dla przyszłych ewentualnych i niepewnych zmian, tak aby wykonawcy ale również i zamawiający mieli pewność w jakich granicach cena ofertowa

(kontraktowa) może ulec zmianie. Dlatego też ustalony przez zamawiającego poziom waloryzacji Izba uznała za prawidłowy, odpowiadający aktualnie obowiązującym przepisom.

Ponadto, za zamawiającym podnieść należy, w zakresie rzekomej niemożliwości oszacowania części przedmiotu zamówienia - Opcji nr 2, że zamawiający precyzyjnie i kompletnie określił w dokumentacji postępowania regulacje dot. uruchomienia Opcji 2, a jednocześnie wprowadził termin na przygotowanie się przez wykonawcę do realizacji Prawa Opcji 2.

W swojej argumentacji odwołujący zarzucił również, że zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia w zakresie współpracy urządzeń SRK. Zamawiający w rozdziale 7 PFU przewidział, że: Wykonawca przewidzi, wyceni i uwzględni w ramach niniejszego zakresu zamówienia koszty związane ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym

i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania (bezpiecznego i niewprowadzającego ograniczeń eksploatacyjnych) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami przewidywanymi do zabudowy i wymagającymi powiązania. 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) do swoich urządzeń.

W związku z powyższym zamawiający zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2. W rozdziale 7 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. 3.4.1.2.14. Zgodnie z pkt 3.4.1.5 PFU ust. 1: „Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować”.

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.

Wskazać należy, 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. Ciężar określenia zasad powiązania spoczywa bowiem na wykonawcy.

W odniesieniu do kwestii opisu i właściwości systemu ETCS w języku polskim należy podkreślić, że system ten jako standard europejski zdefiniowany jest w załącznikach do Rozporządzenia Komisji (UE) 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie” systemu kolei w Unii Europejskiej (z późn. zm.) udostępnionych na stronie internetowej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej (ERA). Załączniki te określają szczegółowe wymagania techniczne i funkcjonalne dla systemu ETCS oraz interfejsów w nim stosowanych a także odwołują się do norm europejskich. Załączniki i normy opracowane są wyłącznie w języku angielskim i nie były nigdy przetłumaczone na język polski. Wszelkie próby tłumaczenia specyfikacji systemu ETCS na inny język niż źródłowy może prowadzić do błędów w interpretacji i skonfigurowanie systemu ETCS oraz urządzeń współpracujących w sposób niezgodny z wymaganiami interoperacyjności. Wszystkie z dotychczasowych zadań związanych z zabudową systemu ETCS lub dostosowaniem do współpracy z systemem ETCS na sieci zarządzanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. były i są realizowane w oparciu o specyfikacje systemu opracowane w języku angielskim. Z tego powodu nie można uznać, że zamawiający nienależycie opisał przedmiot zamówienia w zakresie Opcji 2.

Zamawiający podniósł, że odwołujący odnosi się w swojej argumentacji również do niespełnienia przez zamawiającego ogólnych przesłanek do zastosowania prawa opcji z art.

441 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją 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”.

Zamawiający przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Tomie II SWZ - Warunki Umowy. Wskazał precyzyjnie i jednoznacznie, że Opcja nr 1 obejmuje świadczenie Usług pogwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia Systemów obejmujących urządzenia srk. Zasady zostały opisane w rozdziale 6 PFU. Opcja nr 2 obejmuje realizację świadczeń określonych w Rozdziale 7 PFU. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w Tomie II SWZ - OPZ oraz w Tomie IV SWZ - PFU.

Zgodnie z obowiązującą doktryną „Opcja nie musi być bezwzględnie wyceniona w ofercie, ani też zamawiający nie musi wymagać od wykonawców podania w ofercie jej wartości nominalnej. Dopuszczalne jest także takie skonstruowanie dokumentów zamówienia, w którym opcja będzie posiadała jasno określony zakres rzeczowy oraz zostaną wskazane podstawy ustalenia wartości świadczeń realizowanych w ramach opcji nawiązujące do cen lub stawek jednostkowych wycenionych w ofercie w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia niewchodzącego w zakres opcji (np. analogiczne usługi jak w zakresie rzeczowym nieobjętym opcją rozliczane po takich samych cenach jednostkowych)” (J.

Jerzykowski [w:]

W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 441.).

Zamawiający określił okoliczności, w których skorzysta z opcji. Ponadto, postanowienia dotyczące Opcji nr 1 i 2 nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Za zamawiającym, odnosząc się do argumentacji odwołującego, wskazać należy, że art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostawia do decyzji zamawiającego, jaka powinna być maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających zmiany wysokości wynagrodzenia. Ustawodawca nie narzucił w wyżej wspomnianym zakresie żadnych dodatkowych wymogów, nie uznał zatem za zasadne obarczania w całości zamawiającego ryzykiem związanym ze zmianami cen materiałów i surowców. W szczególności, na zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców. Powyższa okoliczność stanowi ryzyko kontraktowe, które powinno być co do zasady w kalkulowane w cenę ofertową. Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen, wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i przedstawić dopasowaną do uwarunkowań rynkowych ofertę. „Klauzula waloryzacyjna oparta na art. 439 ustawy Pzp powinna mieć charakter symetryczny, w tym znaczeniu, że powinna prowadzić zarówno do zwiększenia, jak i do zmniejszenia kwoty wynagrodzenia. Jest to następstwo postanowień art. 439 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się nie tylko wzrost odpowiednio cen lub kosztów, lecz także ich obniżenie względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Przepis ten wprawdzie nie służy bezpośrednio określaniu zmiany wynagrodzenia, lecz jedynie określeniu zmiany ceny jako zdarzenia warunkującego dokonanie zmiany wynagrodzenia, ale dobrze wyraża intencje ustawodawcy” (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439).

Jak słusznie wskazał zamawiający, wskazane w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie

w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahanom), dostępność wiarygodnych

i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia, ale także poziom tej waloryzacji. Gdyby miało być inaczej i waloryzacja miałaby odzwierciedlać w całości zmianę cen, ustawodawca wyraziłby to wprost wiążąc waloryzację z obligatoryjnymi wskaźnikami i ich zmianą w czasie.

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

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku

Przewodniczący:

Członkowie: