Sygn. akt:KIO 3975/24
KIO 3978/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski
Andrzej Niwicki
Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2024 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawiew postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy TORHAMER Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni w sprawie o sygn. akt: KIO 3978/24

orzeka:

1. oddala odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 3975/24 i KIO 3978/24,
2. w sprawie o sygn. akt: KIO 3975/24 kosztami postępowania obciąża wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawietytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2) zasądza od wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
3. w sprawie o sygn. akt: KIO 3978/24 kosztami postępowania obciąża wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawietytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   2) zasądza od wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..
……..
……..

Sygn. akt:KIO 3975/24
KIO 3978/24

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartościach przekraczających progi unijne, pn.:

1) „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowalnych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 61 na odcinku Częstochowa- Stradom - Fosowskie”, znak postępowania: PZ.292.1415.2024 (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2024 r. pod numerem 629130-2024),

2) „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 144 na odcinku Fosowskie- Opole Główne”, znak postępowania: PZ.292.1481.2024 (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2024 r. pod numerem 631898-2024).

KIO 3975/24

W dniu 28 października 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowalnych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 61 na odcinku Częstochowa- Stradom - Fosowskie" złożył wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- [Zarzut nr 1] ustalenie terminu wykonania zamówienia (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) oraz jego poszczególnych Etapów z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji, co powoduje, że realizacja zamówienia w wyznaczonym terminie nie będzie możliwa;
- [Zarzut nr 2] ustalenie okresu rękojmi i gwarancji (72 miesiące) nieadekwatnego i nieproporcjonalnego do rodzaju i zakresu robót oraz usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie terminu wykonania zamówienia (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) oraz jego poszczególnych Etapów z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji, co powoduje, że realizacja zamówienia w wyznaczonym terminie nie będzie możliwa oraz stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji;
2. art. 568^1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353 (1) w zw. z art. 8 oraz art. 99 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie okresu rękojmi i gwarancji (72 miesiące) w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju i zakresu robót oraz usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia oraz SWZ, w tym warunków przyszłej umowy, w sposób opisany w pkt III odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kolejowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. 2. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia SWZ (w tym projektu umowy) w sposób wadliwy i niekonkurencyjny. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 17 października 2024 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 28 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3975/24 w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

KIO 3978/24

W dniu 28 października 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Izby, również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 144 na odcinku Fosowskie- Opole Główne", znak postępowania: PZ.292.1481.2024".

Odwołanie złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- [Zarzut nr 1] ustalenie terminu wykonania zamówienia (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) oraz jego poszczególnych Etapów z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji, co powoduje, że realizacja zamówienia w wyznaczonym terminie nie będzie możliwa;
- [Zarzut nr 2] ustalenie okresu rękojmi i gwarancji (72 miesiące) nieadekwatnego i nieproporcjonalnego do rodzaju i zakresu robót oraz usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie terminu wykonania zamówienia (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) oraz jego poszczególnych Etapów z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji, co powoduje, że realizacja zamówienia w wyznaczonym terminie nie będzie możliwa oraz stanowi

naruszenie zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji;

2.art. 568[1] k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353 (1) w zw. z art. 8 oraz art. 99 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie okresu rękojmi i gwarancji (72 miesiące) w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju i zakresu robót oraz usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień ogłoszenia oraz SWZ, w tym warunków przyszłej umowy, w sposób opisany w pkt III odwołania.

Odwołujący wskazał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kolejowego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ukształtował bowiem postanowienia SWZ (w tym projektu umowy) w sposób wadliwy i niekonkurencyjny. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 18 października 2024 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 28 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3978/24 w ustawowym terminie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Torhamer Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Torhamer Sp. z o.o. po stronie Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odpowiedzi na odwołanie oraz przedłożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że oba odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i podlegały oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny obu postępowań o udzielenie zamówienia:

KIO 3975/24

W pkt 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazano:

„Szacowany okres obowiązywania

Okres obowiązywania: 12 Miesiące".

W pkt 3 IDW podano, że:

„3. OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA

Okres realizacji Zamówienia: 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy. Harmonogram realizacji poszczególnych etapów określono w Warunkach Umowy - zgodnie z § 4 Warunków Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ".

W § 4 ust. 1-3 Wzoru umowy wskazano, że:

„Terminy realizacji Umowy

1. Przedmiot Umowy, Wykonawca wykona zgodnie z terminami określonymi w Umowie, w terminach wskazanych w HRF, a w szczególności w niżej wskazanych terminach nastąpi: zakończenie wszystkich Robót, stwierdzone

dokonaniem przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej: 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy.
2. Wykonawca zapewnia, że terminy, o których mowa w ust. 1, uwzględniają wszelkie prace konieczne do prawidłowego, terminowego i kompletnego wykonania przedmiotu Umowy i są one w pełni możliwe do dotrzymania przy uwzględnieniu zakresu przedmiotu Umowy i uwarunkowań opisanych w SWZ, z zastrzeżeniem treści § 9.
3. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:
Warunki Umowy dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 61 na odcinku Częstochowa Stradom- Fosowskie"
• ETAP I – uzyskanie PnB - 5 miesięcy od dnia podpisania Umowy
• ETAP II – wykonanie analiz i ekspertyz dla obiektów inżynieryjnych objętych zakresem rzeczowym – 5 miesięcy od dnia podpisania Umowy
• ETAP III – zaawansowanie finansowe o wartości nie mniejszej niż 50 % wynagrodzenia netto o którym mowa w § 3 ust. 1– 7 miesięcy od dnia podpisania Umowy
• ETAP IV – oddanie do eksploatacji przejścia rozjazdowego w stacji Blachownia – 3 miesiące od zakończenia ETAPU I
Etap V – pozostałe prace wraz z wykonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów - 12 miesięcy od dnia podpisania umowy".
Zgodnie z § 29 ust. 1, 2 i 9 Wzoru umowy:
„Rękojmia za Wady i gwarancja jakości
1. Wykonawca ponosi odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu rękojmi za Wady rezultatów Robót będących przedmiotem Umowy oraz zastosowanych Materiałów i Urządzeń, z wyjątkiem Materiałów i Urządzeń przekazanych przez Zamawiającego, na zasadach określonych w k.c., przy czym okres odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady wynosi 72 miesięcy, z zastrzeżeniem ust. 9.
2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu gwarancji jakości, przy czym okres odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji wynosi 72 miesięcy. Gwarancją objęta jest całość rezultatów Robót wykonanych na podstawie Umowy oraz zastosowane Materiały i Urządzenia, bez względu na to, czy zostały wykonane bezpośrednio przez Wykonawcę czy osoby trzecie, którymi posłużył się on przy wykonywaniu Umowy, z zastrzeżeniem ust. 9.
9. Okres odpowiedzialności Wykonawcy za Wady przedmiotu Umowy z tytułu rękojmi i gwarancji rozpoczyna swój bieg od dnia wskazanego w Protokole Ostatniego Odbioru Końcowego lub Protokole Odbioru Końcowego danej części Robót lub Odcinka lub części Robót niebędącej Odcinkiem, jeżeli takie były przeprowadzone, a w przypadku częściowego odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze stron, dla zakresu nieobjętego takim odstąpieniem, od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu - i trwa przez okres 72 miesięcy. Jeżeli wystąpienie Wady, w tym jej usuwanie, spowoduje konieczność wyłączenia części przedmiotu Umowy z Warunki Umowy dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Prace na linii kolejowej nr 61 na odcinku Częstochowa Stradom- Fosowskie" Strona 107 z 191 eksploatacji, okres gwarancji w stosunku do tej części ulegnie przedłużeniu o czas takiej przerwy".
W pkt 2.2.2 PFU „Opis stanu istniejącego" podano, że: „Zamawiający wraz z PFU udostępnia jako dokumenty wiążące Wykonawcę: 1) Wyniki badań podtorza i podłoża gruntowego wykonane przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do niniejszego PFU".
KIO 3978/24
W pkt 5.1.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazano:
„Szacowany okres obowiązywania
Okres obowiązywania: 12 Miesiące".
W pkt 3 IDW podano, że:
„3. OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA
Okres realizacji Zamówienia: 12 miesięcy od daty zawarcia umowy zgodnie z § 4 Warunków Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ".
W § 4 ust. 1-3 Wzoru umowy wskazano, że:
„Terminy realizacji Umowy
1. Przedmiot Umowy, Wykonawca wykona zgodnie z terminami określonymi w Umowie, w terminach wskazanych w HRF, a w szczególności w niżej wskazanych terminach nastąpi:

1) zakończenie wszystkich Robót (z zastrzeżeniem punktu poniżej), stwierdzone dokonaniem przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego, w tym przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej oraz, dostarczenie Zamawiającemu kompletu dokumentów związanych z procesem certyfikacji - 12 miesięcy od daty zawarcia Umowy,
2) dostarczenie Zamawiającemu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego „Sterowanie – urządzenia przytorowe", zgodnie z Ustawą o transporcie kolejowym – nie dłużej niż w ciągu 8 (ośmiu) miesięcy od daty dokonania przez Zamawiającego Ostatniego Odbioru Końcowego.
2. Wykonawca zapewnia, że terminy, o których mowa w ust. 1, uwzględniają wszelkie prace konieczne do prawidłowego, terminowego i kompletnego wykonania przedmiotu Umowy i są one w pełni możliwe do dotrzymania przy uwzględnieniu zakresu przedmiotu Umowy i uwarunkowań opisanych w SWZ, z zastrzeżeniem treści § 9.
3. Dla Umowy ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:
1) 3 miesiące od dnia zawarcia Umowy- ostateczne zatwierdzenie projektów budowlanych i wykonawczych niezbędnych do realizacji zakresu rzeczowego;
2) 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie robót na obiekcie inżynieryjnym w km 65,577;
3) 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy- zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 30% wynagrodzenia netto o którym mowa w § 3 ust. 2;
4) 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy – zakończenie Robót (dokonanie Ostatniego Odbioru Końcowego)".
Zgodnie z § 29 ust. 1, 2 i 9 Wzoru umowy:
„Rękojmia za Wady i gwarancja jakości
1. Wykonawca ponosi odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu rękojmi za Wady rezultatów Robót będących przedmiotem Umowy oraz zastosowanych Materiałów i Urządzeń, z wyjątkiem Materiałów i Urządzeń przekazanych przez Zamawiającego, na zasadach określonych w k.c., przy czym okres odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady wynosi 72 miesiące, z zastrzeżeniem ust. 9.
2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność względem Zamawiającego z tytułu gwarancji jakości, przy czym okres odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji wynosi 72 miesiące. Gwarancją objęta jest całość rezultatów Robót wykonanych na podstawie Umowy oraz zastosowane Materiały i Urządzenia, bez względu na to, czy zostały wykonane bezpośrednio przez Wykonawcę czy osoby trzecie, którymi posłużył się on przy wykonywaniu Umowy, z zastrzeżeniem ust. 9.
9. Okres odpowiedzialności Wykonawcy za Wady przedmiotu Umowy z tytułu rękojmi i gwarancji rozpoczyna swój bieg od dnia wskazanego w Protokole Ostatniego Odbioru Końcowego lub Protokole Odbioru Końcowego danej części Robót lub Odcinka lub części Robót niebędącej Odcinkiem, jeżeli takie były przeprowadzone, a w przypadku częściowego odstąpienia od Umowy przez którąkolwiek ze stron, dla zakresu nieobjętego takim odstąpieniem, od dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu - i trwa przez okres 72 miesięcy. Jeżeli wystąpienie Wady, w tym jej usuwanie, spowoduje konieczność wyłączenia części przedmiotu Umowy z eksploatacji, okres gwarancji w stosunku do tej części ulegnie przedłużeniu o czas takiej przerwy".
W pkt 2.2.2 PFU „Opis stanu istniejącego" podano, że: „Zamawiający wraz z PFU udostępnia jako dokumenty wiążące Wykonawcę: 1) Wyniki badań podtorza i podłoża gruntowego wykonane przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do niniejszego PFU".
Zgodnie z art. 99 ust. 1-4 ustawy Pzp:
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.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
Wedle art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2)przejrzysty;
3)proporcjonalny.
Ponadto, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Natomiast za art. 568^1 kc zaznaczyć trzeba, że jeżeli określony przez sprzedawcę lub producenta termin przydatności rzeczy do użycia kończy się po upływie dwóch lat od dnia wydania rzeczy kupującemu, sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi za wady fizyczne tej rzeczy stwierdzone przed upływem tego terminu. Przepis art. 568 § 6 stosuje się.
Jednocześnie, wedle art. 638 kc:
§ 1. Do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego.
§ 2. Jeżeli zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio.
Nadto, jak wskazuje art. 656 § 1 kc, do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.
Zgodnie też z art. 558 § 1 kc, strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jeżeli kupującym jest konsument, ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w przypadkach określonych w przepisach szczególnych.

Poza tym w art. 353^1 kc wskazano, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach w sprawach o sygn. akt: KIO 3975/24 i KIO 3978/24 w pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, że istotne podobieństwa pomiędzy zarzutem nr 1 w odwołaniu w sprawie KIO 3975/24 a zarzutem nr 1 w sprawie KIO 3978/24, tak samo jak pomiędzy zarzutem nr 2 w odwołaniu w sprawie KIO 3975/24 a zarzutem nr 2 w sprawie KIO 3978/24, pozwalają na przedstawienie wspólnej argumentacji dla obu odwołań. Zarówno treść zarzutów, jak i argumentacji Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie w obu sprawach była zasadniczo identyczna. Stąd dla Izby brak jest powodów dla powielania tożsamych ustaleń kolejno dla obu odwołań, a za uzasadnione uznano zawarcie wspólnej oceny zarzutów, z zaznaczeniem ewentualnych uwag właściwych tylko jednemu z dwóch odwołań, gdy zajdzie taka potrzeba.
<u>Zarzut nr 1 (KIO 3975/24 oraz KIO 3978/24)</u>
Naruszenie art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie terminu wykonania zamówienia (12 miesięcy od dnia zawarcia umowy) oraz jego poszczególnych Etapów z pominięciem wymagań i okoliczności mających wpływ na czas realizacji, co powoduje, że realizacja zamówienia w wyznaczonym terminie nie będzie możliwa oraz stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji.
W zakresie postawionych w obu odwołaniach zarzutów nr 1, Odwołujący podnosił, iż terminy realizacji zamówienia i jego poszczególnych Etapów ustalone przez Zamawiającego nie są możliwe do dotrzymania. Odwołujący wyjaśnił, że zakres zamówienia oraz odpowiedzialności w okresie rękojmi i gwarancji powoduje konieczność wykonania badań geotechnicznych oraz opracowanie projektu geotechnicznego w odniesieniu do całego odcinka linii kolejowej nr 61 (KIO 3975/24) i nr 144 (KIO 3978/24). Zdaniem Odwołującego, wykonanie wiarygodnych badań geotechnicznych oraz opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o ich wyniki, a następnie realizacja usług i robót, nie są możliwe w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (12 miesięcy). Odwołujący upatrywał więc zasadności wydłużenia terminów realizacji obu zamówień w konieczności wykonania badań geotechnicznych na ww. odcinkach linii kolejowych, których wykonanie zajmuje co najmniej 6 miesięcy. W konsekwencji nie będzie również możliwe wykonanie pozostałych Etapów i zakończenie inwestycji w terminach zakreślonych przez Zamawiającego.
W pierwszej kolejności należy przypomnieć, na co zresztą zwrócił uwagę Odwołujący, że w obu przypadkach, Zamawiający w dokumentacji poinformował, że udostępnia Wyniki badań podtorza i podłoża gruntowego wykonane przez Zamawiającego jako dokumenty wiążące Wykonawcę (vide pkt 2.2.2 „Opis stanu istniejącego” PFU).

Odwołujący nie wyjaśnił w sposób dla Izby przekonujący, dlaczego w takich okolicznościach niezbędnym jest ponowne wykonanie badań, których okres sporządzenia oszacował Odwołujący na sześć miesięcy. Za wystarczające w tym względzie nie może zostać subiektywne przekonanie Odwołującego. Co prawda w odwołaniu w sprawie KIO 3975/24 Odwołujący cytował pojedyncze zapisy udostępnionych przez Zamawiającego wyników badań oraz wniosków, jednakże w treści odwołania próżno szukać jakiejkolwiek polemiki z podanymi wynikami, czy choćby komentarza Odwołującego w stosunku do zamieszczonych cytatów. Odwołujący nie tłumaczy, dlaczego podane informacje mogłyby prowadzić do konieczności ponownego zweryfikowania podtorza i podłoża gruntowego. Dopiero w trakcie rozprawy Odwołujący próbował zakwestionować sposób wykonania badań Zamawiającego (częstotliwość odwiertów wzdłuż linii kolejowej w zależności od podłoża) poprzez złożenie dowodu w postaci wytycznych badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1, co należy uznać za argumentację nieznaną odwołaniu i podlegającą pominięciu. Jednocześnie, z samego wskazania w badaniach załączonych przez Zamawiającego, że otrzymane wyniki należy poddać szczegółowej analizie, absolutnie nie można wywodzić, że taka analiza musi sprowadzać się do ponownego wykonania badań.

Odwołujący zwrócił nadto uwagę, że w przypadku badań dotyczących linii kolejowej nr 61, pominięto punkt w km 168+300 oraz odcinek od km 174+900 do km 175+100 (strefy przejściowe przejazdów) oraz odcinek od km 168+400 do km 169+100 – stacja Pludry oraz odcinek od km 175+800 do km 176+700 – stacja Fosowskie. Niemniej to spostrzeżenie Odwołującego nie prowadzi do jakiejkolwiek konkluzji. Z kolei jak wyjaśniał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie miał on obowiązku wykonania badań na całej długości odcinka LK 61. Natomiast aktualny stan techniczny torów linii kolejowej nr 61 na odcinku od km 117,220 do km 166,600, oceniony na podstawie ostatniego przeprowadzonego badania diagnostycznego, jest właściwy, a na wskazanym odcinku nie stwierdzono usterek, takich jak nierówności toru, czy przekrzywienia. Na fragmentach, gdzie nie przeprowadzono badań nośności podtorza, nie zaistniały przesłanki wymagające wprowadzenia ograniczeń prędkości (na potwierdzenie czego do odpowiedzi na odwołanie załączył pismo IZ10INSA.2160.48.8.2024.OW). Jak również uzasadnił Zamawiający, zakres przeprowadzonych badań geotechnicznych wynika z opracowanej listy punktów badawczych, obejmujących odcinki, na których geometria toru pozwala na zwiększenie prędkości pociągów oraz miejsca potencjalnie słabe, gdzie zidentyfikowano problemy podczas eksploatacji linii kolejowej. Wobec braku przeciwnej argumentacji ze strony Odwołującego w treści odwołania, nie sposób w ocenie Izby kwestionować powodów, dla których przeprowadzono taki, a nie inny (w domyśle szerszy) zakres badań.

W ocenie Izby Odwołujący przyjął więc, z punktu widzenia przedstawionej w odwołaniu argumentacji, błędne założenie o konieczności wykonania badań geotechnicznych, których okres wykonania determinował wniosek Odwołującego o wydłużenie terminu realizacji obu zamówień.

Należy przypomnieć, że co do zasady, każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi w pewnym stopniu do ograniczenia konkurencji. Za niedopuszczalne przy opisywaniu przedmiotu zamówienia uznać należy natomiast preferowanie lub wprost wskazywanie na konkretnego wykonawcę, które skutkuje jednocześnie niemożnością złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany. Zapisami eliminującymi określonych wykonawców będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023). Innymi słowy, obiektywne, uzasadnione, oraz niedyskryminujące potrzeby zamawiającego, które służą uzyskaniu zamierzonego celu, prowadzącemu do realizacji tych potrzeb, mogą usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Oznacza to, że zamawiający, opisując przedmiot zamówienia nie może pomijać nadrzędnych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Przestrzeganie tych zasad nie przeczy temu, że zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty. Zarazem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia nie wynikają ze zobiektywizowanych (rzeczywistych) potrzeb zamawiającego.

Tymczasem Odwołujący nie tłumaczy też, w jaki sposób ustalenie terminu realizacji zamówień (i ich poszczególnych etapów) przez Zamawiającego może doprowadzić do ograniczenia konkurencji, czy też dlaczego takie zapisy uprzywilejowują innych wykonawców. Stąd też, nieprzekonujące i niewykazane dla Izby okazały się twierdzenia Odwołującego o obowiązkowym wykonaniu badań geotechnicznych całych odcinków linii kolejowych nr 61 i nr 144, co uzasadniałoby potrzebę wydłużenia terminu realizacji poszczególnych etapów zamówienia. Polemika (o dużym stopniu subiektywności w tym przypadku) Odwołującego z tak wyznaczonymi terminami nie może więc zostać uznana za wystarczającą do uwzględnienia żądań zawartych w odwołaniu. W konsekwencji zarzut nr 1 zarówno w sprawie KIO 3975/24, jak i w sprawie KIO 3978/24 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2 (KIO 3975/24 oraz KIO 3978/24)

Naruszenie art. 568^1 k.c. w zw. z art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 353 (1) w zw. z art. 8 oraz art. 99 ust. 1-4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie okresu rękojmi i gwarancji (72 miesiące) w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do rodzaju i zakresu robót oraz usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.
Odwołujący w tym kontekście w obu odwołaniach (jednolita argumentacja) podnosił między innymi, że Zamawiający wyznaczył okres rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z charakterem i zakresem zlecanych robót. Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający zamierza osiągnąć w ten sposób trwałe efekty prac przez okres 72 miesięcy, nie biorąc pod uwagę czasowego charakteru zleconych prac (okresu technicznej „żywotności" robót). Dla Odwołującego oznacza to, że w okresie rękojmi i gwarancji Wykonawca będzie powtarzał roboty stanowiące pierwotne zlecenie, tj. kolejne roboty polegające na mechanicznym podbiciu torów umożliwią czasowe osiągnięcie parametrów prędkości założonych przez Zamawiającego. Jak bowiem podnosił Odwołujący, nie jest możliwe zapewnienie parametrów założonych przez Zamawiającego przez okres rękojmi i gwarancji ustalony w dokumentacji postępowania. Natomiast konieczność cyklicznego powtarzania w ramach rękojmi i gwarancji zakresu robót jest sprzeczna z istotą tych instytucji, jakim jest usuwanie wad i usterek ujawnionych w wykonanych robotach. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie może oczekiwać od Wykonawcy utrzymania w ramach rękojmi i gwarancji odpowiedniego stanu technicznego linii kolejowej w sytuacji, gdy po upływie 6 miesięcy z przyczyn obiektywnych nastąpi obniżenie parametrów prędkości uzyskanych wskutek mechanicznego podbicia torów. Odwołujący przypominał, że Zamawiający w poprzednio prowadzonych postępowaniach ustalał znacznie krótsze okresy rękojmi i gwarancji w odniesieniu do analogicznych zakresów robót, tj. w przedziale 12-36 miesięcy.
Nie powielając poczynionych przy zarzucie nr 1 uwag Izby odnośnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, należy jedynie wskazać, że mają one rzecz jasna zastosowanie również w tym przypadku. Stąd też w ocenie Izby, argumenty podnoszone przez Odwołującego, prowadzą zasadniczo do wniosku, że ustalony okres rękojmi i gwarancji jest niewygodny dla Odwołującego a nie, że w ten sposób w obu postępowaniach zostanie ograniczona konkurencja. Podnoszenie zarzutów wobec zapisów SWZ powinno w swojej istocie prowadzić do wykreślenia niezgodnych postanowień z przepisami ustawy Pzp. Nie chodzi tu o wprowadzenie do dokumentacji postępowania rozwiązań, które preferowane będą przez Odwołującego. Izba zauważa przy tym, że stanowisko Odwołującego w zakresie tego zarzutu nie zostało jakkolwiek poparte przedłożeniem dowodów. Tym samym twierdzenia Odwołującego co do tego, że Zamawiający wyznaczył okres rękojmi i gwarancji w sposób sprzeczny z charakterem i zakresem zlecanych robót, należy w ocenie Izby potraktować za opinie własne, niemające obiektywnego potwierdzenia, stąd nie mogą pełnić przesądzającej roli w ocenie zarzutu. Jednocześnie Odwołujący powołując się na okoliczność wyznaczania krótszych okresów rękojmi i gwarancji w uprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia, nie podał przy tym konkretnej nazwy postępowania, w którym ustalono właśnie krótszy okres.
Zarazem za uzasadnioną uzyskaniem oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, Izba uznała argumentację przekazaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Argumentacja ta sprowadzała się do podkreślenia potrzeby zapewnienia gwarancji jakości i trwałości infrastruktury oraz dłuższej kontroli efektów wykonanych prac z uwagi na specyfikę przedmiotu obu zamówień, którym to celom służyć ma wyznaczenie 72-miesięcznego okresu rękojmi i gwarancji. Zamawiający również wskazywał, że dłuższy okres rękojmi nie wykracza poza ramy uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy mogą przewidzieć i wkalkulować w ofertę koszty związane z ewentualnymi naprawami czy przeglądami. Biorąc pod uwagę rozkład ciężaru dowodu, brak jest więc powodów, dla których w tym przypadku za przekonujące Izba miała nie uznać stanowiska Zamawiającego co do powodów postawienia takich wymogów. Tym samym, w ocenie Izby, podniesiony w obu odwołaniach zarzut nr 2 nie zasługiwał na uwzględnienie.
Mając powyższe uwagi na względzie, w ocenie składu orzekającego zarzuty przedstawione w obu odwołaniach nie zasługiwały na uwzględnienie, stąd odwołania w sprawach KIO 3975/24 i KIO 3978/24 podlegały oddaleniu.
O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……..

……..

……..