Sygn. akt:KIO 124/23
KIO 168/23

WYROK

z dnia 3 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Marek Bienias

Justyna Tomkowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie** w dniu 16 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 124/23) oraz w dniu 19 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 168/23),

w postępowaniach prowadzonych przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawców:

1)**IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23,

2)**INFRA-Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 124/23,

3)**Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23,

4)**TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23,

5)**VOESSING POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 168/23,

6)**FONON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 168/23,

orzeka:

I.Sygn. akt KIO 124/23

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: 3, 7, 8 i 9;

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: 1, 2, 4, 6 i 10 i nakazuje Zamawiającemu:

- wykreślenie punktu 12 w części 2.2 Tomu III SWZ lub jego zmianę przez wyczerpujące określenie listy dokumentów, jakie wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu;
- zmianę punktu 6 i 7 części 4.4.2 Tomu III SWZ przez wskazanie, że warunkiem żądania opracowania dokumentacji projektowej zamiennej będzie obiektywna niemożliwość zrealizowania dokumentacji pierwotnej;
- zmianę punktu 3 części 3.1 Tomu III SWZ przez wykreślenie fragmentu: „który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem i wykorzystaniem” oraz wskazanie, że obowiązek poniesienia przez wykonawcę kosztów uzyskania informacji nie dotyczy informacji uzyskiwanych od Zamawiającego;
- zmianę części 4.4.2 Tomu III SWZ przez wskazanie, że wykonawca będzie zobowiązany do przekazania informacji o maksymalnym czasie Pobytu lub Konsultacji w terminie do godz. 16.00 następnego dnia roboczego po dniu doręczenia wezwania;
- zmianę Tomu III SWZ przez wskazanie szacowanej liczby nieruchomości, które wymagają przeprowadzenia procedury podziału;

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

4.Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w części 5/7 i Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie w części 2/7 i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 286 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dwieście osiemdziesiąt sześć złotych).

II.Sygn. akt KIO 168/23

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: 1, 4, 5, 6, 7, 8 i 9;

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: 2 i 3 i nakazuje Zamawiającemu:

–zmianę punktu 6 i 7 części 4.4.2 Tomu III SWZ przez wskazanie, że warunkiem żądania opracowania dokumentacji projektowej zamiennej będzie obiektywna niemożliwość zrealizowania dokumentacji pierwotnej;

–zmianę punktu 3 części 3.1 Tomu III SWZ przez wykreślenie fragmentu: „który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem i wykorzystaniem" oraz wskazanie, że obowiązek poniesienia przez wykonawcę kosztów uzyskania informacji nie dotyczy informacji uzyskiwanych od Zamawiającego;

3.W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

4.Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w części 2/3 i Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie w części 1/3 i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

……

……

U z a s a d n i e n i e

Sygn. akt KIO 124/23

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Przygotowanie alternatywnego połączenia aglomeracyjnego Tychy - Katowice Murcki - Katowice Ligota linią kolejową nr 142" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej - Kolej + do 2028 roku".* Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 003-005174.

W dniu 16 stycznia 2023 r. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

–art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kc, poprzez zaniechanie

sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa;

- art. 353(1) w zw. z art. 5 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz nadmiernie obciążający wykonawcę;
- art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wykreślenie pkt 12 w części 2.2, bądź poprzez wskazanie w sposób wyczerpujący listy dokumentów, których Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy,
2. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wskazanie w pkt 6 i 7 części 4.4.2, że warunkiem żądania przez Zamawiającego opracowania dokumentacji projektowej zamiennej przez Wykonawcę będzie stwierdzenie wadliwości dokumentacji projektowej, zaś w przeciwnym wypadku Wykonawca uprawniony będzie do odmowy sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej,
3. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wykreślenie z części 4.3.12 obowiązku Wykonawcy sporządzenia i przedstawienia Zamawiającemu Planu monitorowania środków kontroli ryzyka dotyczącego etapu robót, określonego w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 1078/2012,
4. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wykreślenie z części 3.1 pkt 3 nałożonego na Wykonawcę obowiązku i odpowiedzialności związanej z prawidłowym ustaleniem Informacji, o których mowa w części 3.1, jak również wykreślenie obowiązku ponoszenia przez Wykonawcę kosztów uzyskania tych Informacji,
5. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez doprecyzowanie części 4.3.3 poprzez wskazanie dokładnych informacji o rodzaju, usytuowaniu, ilości i powierzchni obiektów kubaturowych, których dotyczą obowiązki z tej części OPZ,
6. dokonania modyfikacji części 4.4.2 Tomu III SWZ w ten sposób, że Zamawiający zobowiąże się do kierowania wezwania do podjęcia czynności nadzoru w godzinach 8:00 - 16:00 w dniu roboczym, a Wykonawca będzie dysponował czasem na przekazanie informacji o maksymalnym czasie Pobytu lub Konsultacji w terminie do godz. 16.00 następnego dnia roboczego po dniu doręczenia wezwania,
7. dokonania modyfikacji pkt 6 Tabeli nr 3 z części 6.2.4 Tomu III, poprzez nadanie mu treści tożsamej z brzmieniem opisu wymaganego doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym zawartego w pkt 5 Tabeli z części 8.6.2. Tomu I.
8. dokonania modyfikacji pkt 2.8.1 załącznika nr 8, bądź części 2.4.3.2 punkt 5 lit. b WSPP, w celu zawarcia w OPZ jednoznacznych założeń w kwestii rodzaju przeznaczonych do zaprojektowania urządzeń stacyjnych,
9. dokonania modyfikacji części 4.3.3 pkt 1 1 Tomu III, poprzez dodanie wyczerpujących informacji w kwestii ewentualnej konieczności zaprojektowania Linii Potrzeb Nietrakcyjnych (LPN) i wymagań w tym zakresie, tj. na jakim odcinku należy ją zaprojektować i jakie źródło zasilania LPN należy przyjąć, jak również poprzez określenie, czy na obszarze objętym planowaną inwestycją istnieje LPN i czy Zamawiający zakłada konieczność połączenia Linii istniejącej z projektowaną,
10. dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje dotyczące ilości nieruchomości, które wymagają przeprowadzenia procedury podziału,
11. dokonania zmiany:

    a. § 21 ust. 4 Tomu II SWZ i nadanie następującym współczynnikom brzmienia:

    „a" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,2 (20%) niepodlegającym korekcie;

    „b" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,65 (65%) niepodlegającym korekcie;

„c" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0, 15 (15%) niepodlegającym korekcie.

b. § 21 ust. 8 Tomu II SWZ i nadanie mu następującej treści:*Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w 5 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy - nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy.*

Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia

Odwołujący wskazał, że zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia w Tomie III SWZ wraz z załącznikami. Zdaniem Odwołującego szereg postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zostało sformułowanych w sposób niejednoznaczny i niewystarczający do sporządzenia prawidłowej oferty i oszacowania jej kosztów, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp.

1.Tom III SWZ, część 2.2 Cele i rezultaty zamówienia, pkt 12 (str. 10)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 2.2 OPZ celem realizacji umowy jest dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi prawem opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów i na etapie robót budowlanych. Zamawiający przedstawił listę dokumentacji do wytworzenia przez wykonawcę i wskazał dodatkowo: Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany. w szczególności do: (pkt 12) dostarczenia Zamawiającemu innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych (str. 10).

Zdaniem Odwołującego, sformułowanie powyższego punktu wskazuje, że lista dokumentów, których sporządzenia oczekuje Zamawiający pozostaje w praktyce otwarta i niedookreślona. Tym samym zakres świadczenia wykonawcy nie został opisany w sposób kompletny i zupełny, pozostawiając Zamawiającemu możliwość domagania się sporządzenia przez wykonawcę dokumentów nieokreślonych w dokumentach zamówienia i nieprzewidzianych w czasie przygotowywania oferty. Sformułowanie powyższego punktu może również wskazywać na wolę nałożenia na wykonawcę obowiązku sporządzenia wskazanych dokumentów na etapie wykonywania robót budowalnych w oparciu o żądanie wykonawcy robót. Zobowiązanie w takim kształcie znacznie wykracza poza zasadniczy przedmiot niniejszego Zamówienia i pozwala na nieograniczone rozszerzanie obowiązków autora dokumentacji na późniejszych etapach realizacji inwestycji.

2.Tom III SWZ, część 4.4.2 pkt 6 i 7 (str. 55)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 4.4.2 Tomu III SWZ pn.:*Pełnienie nadzoru autorskiego (Faza II): Wykonawca zapewni nadzór autorski na czas trwania i odbioru robót budowlanych (od przekazania wykonawcy robót placu budowy do czasu dokonania ostatniego Odbioru końcowego) objętych opracowaną dokumentacją projektową dla przedmiotowego zadania. Przewiduje się, że rozpoczęcie umowy na roboty budowlane nastąpi w październiku 2026 roku a jej zakończenie planowane jest na 31.12.2028 roku. Obowiązki te mają być wykonywane zgodnie z Prawem budowlanym oraz w zakresie opisanym w niniejszym OPZ. Wykonawca na żądanie. Zamawiającego w trakcie realizowania ww. zadań inwestycyjnych będzie pełnił nadzór autorski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz w zakresie: pkt 6) Opracowania dokumentacji projektowej zamiennej (z wyłączeniem branży srk i teletechniki) w przypadku zaistnienia zmian istotnych w rozumieniu Prawa budowlanego obejmującego, m.in. następujący zakres (...); pkt 7) Opracowywania dokumentacji zamiennych (rysunek i opis), które nie stanowią istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu lub innych dodatkowych opracowań niezbędnych dla realizacji Projektu*.

Odwołujący zaznaczył, że nadzór autorski to czynności sprawowane przez autora projektu, polegające na zachowaniu zgodności wykonania robót budowlanych z zatwierdzonym projektem. Wykonywanie czynności nadzoru autorskiego przez projektanta nad realizacją projektu architektoniczno-budowlanego, którego jest autorem, wiąże się w sposób immanentny z rolą twórcy takiego projektu. Stosownie bowiem do postanowienia art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub właściwego organu w zakresie sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie: a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych

w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Tak więc pochodną opracowania projektu architektoniczno-budowlanego jest obowiązek projektanta do pełnienia nadzoru autorskiego. Powyższe wynika z samego faktu opracowania projektu architektoniczno-budowlanego. Określając kompetencje autora dokumentacji projektowej w ramach nadzoru autorskiego ustawa Prawo budowlane wskazuje m. in. na uzgadnianie możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy tub inspektora nadzoru inwestorskiego. Przepisy Prawa budowlanego ani ustawy Pzp nie określają uprawnienia inwestora robót budowalnych do dowolnego żądania sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej przez projektanta sprawującego nadzór autorski nad inwestycją. Sporządzenie przez projektanta dokumentacji projektowej zgodnej z przepisami prawa, w tym z przepisami techniczno-budowlanymi oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej nie daje możliwości żądania sporządzenia zamiennego projektu budowlanego i wykonania rozwiązań zamiennych. Jedynie dokumentacja projektowa, która zawiera jakieś wady aktualizuje po stronie projektanta sprawującego nadzór autorski przystąpienie do uzgodnienia możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Projektant dokonuje również kwalifikacji i potwierdzania wprowadzonych zmian w projekcie budowlanym jako istotnych lub nieistotnych w trakcie realizacji robót. Niezależnie od zakwalifikowania niezbędnych zmian, konieczność ich opracowania w postaci dokumentacji zamiennej musi wynikać z wadliwości pierwotnej dokumentacji, nie zaś z polecenia Zamawiającego motywowanego innymi względami.

Odwołujący podniósł, że postanowienia pkt 6 i 7 części 4.4.2 OPZ przyznają Zamawiającemu możliwość dowolnego żądania od projektanta sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej. Zamawiający nałożył zatem na autora dokumentacji obowiązki, które nie wynikają z przepisów obowiązującego prawa. W takiej sytuacji postanowienia pkt 6 i 7 części 4.4.2 OPZ w opisanym kontekście nie mogą pozostać w mocy i kształtować obowiązków Wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Wbrew art. 99 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie nie jest jednoznaczny, gdyż wprowadza element niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i ich zgodności z przepisami Prawa budowlanego.

3.Tom III SWZ, część 4.3.12 (str. 47)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 4.3.12 Tomu III SWZ Bezpieczeństwo systemu kolejowego:

a)Wykonawca, w zakresie realizowanego zamówienia, ma obowiązek udziału w procesie oceny znaczenia zmiany jak również analizy ryzyka (w przypadku zmiany uznanej za „znaczącą"), przeprowadzanej przez Zamawiającego, zgodnie z procedurą SMS/MMS-PR-03 „Zarządzanie zmianą". Zgodnie z powyższym punktem OPZ, akapit 4 – Wykonawca przedstawi Zamawiającemu, 7 dni przed przejęciem placu budowy, Plan monitorowania środków kontroli ryzyka dotyczący etapu robót, opracowany zgodnie z wymogami Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1078/2012 z dnia 16 listopada 2012 r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w odniesieniu do monitorowania, która ma być stosowana przez przedsiębiorstwa kolejowe i zarządców infrastruktury po otrzymaniu certyfikatu bezpieczeństwa tub autoryzacji bezpieczeństwa oraz podmioty odpowiedzialne za utrzymanie (Dz. Urz. UE L 320/11 z 17 listopada 2012 r.). Powyższy plan musi określać harmonogram działań Wykonawcy w zakresie wewnętrznego nadzoru nad bezpiecznym prowadzeniem robót budowlanych (z uwzględnieniem ich oddziaływania na ruch kolejowy prowadzony po torach czynnych) oraz osoby odpowiedzialne za sprawowanie tego nadzoru. Plan powinien być zgodny z Wytycznymi opracowania i realizacji Planu monitorowania, które zamieszczone są na stronie internetowej Spółki pod adresem: http://www.plksa.pl/dlaklientow-i-kontrahentow/akty-prawne-i-przepisy/ regulacjewewnetrzne/.

b)Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1078/2012 z dnia 16 listopada 2012 r. mające być podstawą powyższego obowiązku stanowi w art. 3, że Każde przedsiębiorstwo kolejowe, zarządca infrastruktury i podmiot odpowiedzialny za utrzymanie:

a.odpowiada za prowadzenie procesu monitorowania określonego w załączniku;

b.zapewnia ponadto monitorowanie środków kontroli ryzyka stosowanych przez swoich wykonawców zgodnie z wymogami niniejszego rozporządzenia. Wykorzystuje w tym celu proces monitorowania określony w załączniku tub wymaga od swoich wykonawców stosowania tego procesu na mocy ustaleń umownych.

Ponadto, zgodnie z pkt 2.1. Załącznika do rozporządzenia pn. Proces monitorowania:*Każde przedsiębiorstwo kolejowe, zarządca infrastruktury i podmiot odpowiedzialny za utrzymanie odpowiada za określenie swojej strategii, priorytetów i planu (planów) monitorowania na podstawie własnego systemu zarządzania*.

W ocenie Odwołującego usługa w postaci sporządzenia Planu monitorowania środków kontroli ryzyka dotyczącego etapu robót znacząco wykracza poza charakter przedmiotu niniejszego zamówienia, obejmującego

opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu. Ze względu na odrębność charakteru merytorycznego Planu monitorowania środków kontroli ryzyka, jego sporządzenie nie może zostać powierzone wykonawcy dokumentacji projektowej. Żaden wykonawca nie posiada znajomości szczegółowych obszarów ryzyka dotyczących Zamawiającego. Ponadto, jak wyraźnie wynika z pkt 2.1 Załącznika do rozporządzenia, każde przedsiębiorstwo kolejowe, zarządca infrastruktury i podmiot odpowiedzialny za utrzymanie odpowiada za określenie swojej strategii. priorytetów i planu (planów) monitorowania na podstawie własnego systemu zarządzania. W ocenie Odwołującego to Zamawiający odpowiedzialny jest za określenie własnej, całościowej i spójnej polityki bezpieczeństwa, w tym zasad monitorowania środków kontroli ryzyka dotyczących etapu robót.

Odwołujący stwierdził, że nie neguje konieczności uwzględnienia przez projektanta obowiązków nałożonych na niego w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Wszelkie obowiązki określające prawidłowe projektowanie obiektów budowlanych, które dany akt prawny adresuje do projektantów robót budowalnych wymagają bezwzględnego respektowania. Jednakże obowiązki wynikające z Rozporządzenia Komisji (UE) nr 1078/2012 z dnia 16 listopada 2012 r. skierowane są do PKP Polskie Linie, Kolejowe S.A. jako zarządcy infrastruktury kolejowej. Zamawiający nie jest uprawniony do przenoszenia odpowiedzialności za realizację polityki bezpieczeństwa na inne podmioty i powinien realizować powyższe obowiązki we własnym zakresie. Ukształtowanie treści Tomu III SWZ Opis przedmiotu zamówienia, część 4.3.12 w powyższym kształcie stanowi wyraz nadmiernego obarczania wykonawcy ryzykiem kontraktowym i przejaw wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu wbrew obowiązkom ustawowym oraz zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa.

4.Tom III SWZ, część 3.1 pkt 3 (str. 13)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 3.1 Tomu III SWZ Założenia i ryzyka – Założenia ogólne dla Wykonawcy:

W celu należytego wykonania Umowy zakłada się:

- *pkt 1: współpracę oraz pomoc ze strony Zamawiającego w czasie realizacji zadania, w zakresie przekazywania danych, opracowań, dokumentów i informacji niezbędnych do przygotowania projektu (zwanych dalej: Informacjami), będących w posiadaniu Zamawiającego.*
- *pkt 2: Udzielenie przez Zamawiającego pomocy w uzyskaniu Informacji od podmiotów innych niż Zamawiający będzie polegało na: a) wystawieniu pełnomocnictwa umożliwiającego wystąpienie do Spółek Grupy PKP (jak i podmiotów spoza tej Grupy (nie wystawia się pełnomocnictwa dla Wykonawcy w celu złożenia wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach).*
- *pkt 3: Odpowiedzialność za wykorzystanie wszelkich pozyskanych Informacji spoczywa na Wykonawcy, który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem i wykorzystaniem. Zamawiający odpowiada za prawidłowość przekazanych danych, które znajdują się w jego zasobach. Koszty uzyskania Informacji ponosi Wykonawca, który uwzględnił to ryzyko w swojej Ofercie.*

Odwołujący podniósł, że postanowienia części 3.1 dotyczą zasadniczo udostępniania przez Zamawiającego opracowań, dokumentów i informacji niezbędnych do przygotowania projektu, będących w posiadaniu Zamawiającego, jak również udostępniania informacji będących w gestii jednostek i komórek PKP PLK S.A. Wobec tego niezrozumiałe jest obarczanie wykonawcy ryzykiem związanym z ich prawidłowym ustaleniem i wykorzystaniem, jak również nakładanie obowiązku ponoszenia przez wykonawcę kosztów uzyskania tego rodzaju informacji. Ze względu na fakt, że informacje, o których mowa w części 3.1 pochodzą od Zamawiającego, ewentualnie od podmiotów z Grupy PKP, Zamawiający powinien gwarantować poprawność przekazywanych danych i możliwość ich wykorzystania na potrzeby inwestycji prowadzonej przez Zamawiającego bez konieczności dokonywania szczegółowej weryfikacji i bez obarczania wykonawcy ryzykiem związanym z prawidłowym ustaleniem tych informacji.

Zdaniem Odwołującego, postanowienie w powyższym kształcie wprowadza niepewność w kwestii opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Nieuzasadnione jest również obarczanie wykonawców kosztami uzyskania powyższych informacji, skoro pochodzą one od Zamawiającego bądź spółek powiązanych z Zamawiającym. Koszty udostępnienia tych informacji powinny zostać

pokryte przez Zamawiającego, który nie ma żadnych przeszkód czy utrudnień związanych z udostępnieniem potrzebnych informacji znajdujących się w jego posiadaniu, jak również pozostających w gestii spółek powiązanych z Zamawiającym. Nałożenie na wykonawcę powyższych ryzyk i kosztów stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu, wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, prowadzące do ukształtowania postanowień warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy.

5.Tom III SWZ, część 4.3.3 (str. 30)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 4.3.3, *Wykonawca niezwłocznie po podpisaniu Umowy rozpocznie opracowanie Koncepcji Programowo-Przestrzennej, w której zostaną szczegółowo określone rozwiązania funkcjonalne w oparciu o SWZ, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile została uzyskana) oraz udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację. W przypadku, gdy materiały do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i decyzji zmieniającej będą przygotowywane przez Wykonawcę, powinny zostać opracowane z uwzględnieniem Koncepcji Programowo-Przestrzennej.* W pkt 18 wskazano, że: *Zakres Koncepcji Programowo-Przestrzennej obejmuje koncepcję rozbiórek i przystosowania obiektów kubaturowych, obejmującą wytypowanie i adaptację istniejących pomieszczeń oraz budowę nowych, z uwzględnieniem potrzeb docelowych oraz budowy ekranów akustycznych, ogrodzeń i murów oporowych*.

Odwołujący podniósł, że podane przez Zamawiającego informacje w kwestii wymagań co do rozbiórek i przystosowania obiektów kubaturowych są szczątkowe i w żaden sposób nie stanowią wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia na usługi projektowe w tej kwestii. Ani część 4.3.3 OPZ, ani żadna inna część dokumentów zamówienia nie precyzuje, w jakim zakresie wykonawca zobowiązany będzie do zaprojektowania robót związanych z rozbiórkami i pracami kubaturowymi. Zamawiający nie podaje w żadnym miejscu chociażby przybliżonej powierzchni użytkowej ani kubatury budynków. Odwołujący zaznaczył, że powyższe postanowienie dotyczy znaczących robót podlegających zaprojektowaniu, takich jak rozbiórka obiektu budowlanego, ewentualnie przebudowa, rozbudowa obiektu budowalnego, a także ewentualnie budowę nowych pomieszczeń.

Zdaniem Odwołującego, opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie nie wskazuje wykonawcom rzeczywistego zakresu zamówienia i wprowadza znaczącą niepewność co do przedmiotu przyszłych prac projektowych. Podane informacje są daleko niewystarczające do rzetelnego skalkulowania ceny oferty. Cena usług projektowych może znacząco różnić się w zależności od tego, ile i jakie budynki będą podlegały rozbiórce, czy też jakie pomieszczenia będą podlegały budowie. Kalkulacja oferty wymaga przedstawienia przez Zamawiającego w ramach OPZ listy obiektów kubaturowych wraz z ich parametrami technicznymi. Ponadto, postanowienie części 4.3.3 OPZ w powyższym kształcie rodzi ryzyko w postaci kształtowania rzeczywistego zakresu zamówienia dopiero na etapie jego realizacji, co stoi w sprzeczności z obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z częścią 4.3.3 akapit 3 Tomu III KPP będzie stanowić podstawę do przygotowania następnych etapów prac projektowych. Błędy i uchybienia w przygotowaniu KPP mogą niekorzystnie wpłynąć na realizację całego projektu, jak również na realizację zamówienia. W takich sytuacjach Zamawiający może wystąpić z roszczeniami w stosunku do wykonawcy, jeżeli błędy w KPP naraziły Zamawiającego na straty przy realizacji inwestycji lub późniejszej eksploatacji. Zamawiający obarczył wykonawcę ryzykiem odpowiedzialności z wszelkie błędy i uchybienia w przygotowaniu KPP. Nałożenie na wykonawcę takiej odpowiedzialności z zagrożeniem kierowania roszczeń odszkodowawczych po wykonaniu zamówienia powinno zakładać należyte wypełnienie przez Zamawiającego wszystkich obowiązków leżących po jego stronie. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

6.Tom III SWZ, 4.4.2 Pełnienie nadzoru autorskiego (Faza II) (str. 56)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 4.4.2: *Wykonawca zapewni nadzór autorski na czas trwania i odbioru robót budowlanych (od przekazania wykonawcy robót placu budowy do czasu dokonania ostatniego Odbioru końcowego) objętych opracowaną dokumentacją projektową dla przedmiotowego zadania. Przewiduje się, że rozpoczęcie umowy na roboty budowlane nastąpi w październiku 2026 roku a jej zakończenie planowane jest na 31.12.2028 roku. Obowiązki te mają być wykonywane zgodnie z Prawem budowlanym oraz w zakresie opisanym w niniejszym OPZ*.

W podtytule „Rozliczanie czynności nadzoru autorskiego" tej części OPZ wskazano:

Czynności nadzoru autorskiego będą realizowane w ramach Pobytów/ Konsultacji, zgodnie z definicjami zawartymi w Umowie. Podjęcie czynności nadzoru oraz jego realizacja winny nastąpić na podstawie wezwania Zamawiającego, w

wyznaczonych terminach:

- na przybycie na wyznaczone przez Zamawiającego miejsce;

- na dostarczenie rozwiązania zgłoszonego problemu.

Wezwanie może nastąpić pisemnie, mailowo, telefonicznie lub ustnie z zastrzeżeniem, że dla wezwań telefonicznych i ustnych Zamawiający w ciągu najbliższego dnia roboczego wystawi potwierdzenie w formie pisemnej lub mailowej.

Wykonawca po otrzymaniu wezwania, niezwłocznie, tj. w ciągu godziny od otrzymania wezwania, oceni ile maksymalnie czasu zajmie Pobyt polegający na sporządzeniu dokumentacji lub Konsultacja i prześle informację w tym zakresie do Zamawiającego. Zamawiający może wnieść zastrzeżenia do wskazanego czasu, wskazując ich powody, i ustalić z Wykonawcą inny, krótszy czas trwania danego Pobytu/Konsultacji. Strony zobowiązują się uzgodnić ten czas tego samego dnia, w którym zostało przekazane wezwanie.

Faktyczny czas trwania Pobytu/ Konsultacji zostanie potwierdzony w karcie pobytu Projektanta, z zastrzeżeniem, że nie będzie dłuższy niż uzgodniony uprzednio przez Strony maksymalny czas jego trwania.

Odwołujący stwierdził, że część 4.4.2. OPZ zawiera opis procedury rozliczania czynności nadzoru autorskiego. Podstawą do dokonania rozliczenia usługi jest szacowanie przez wykonawcę czasu Pobytu lub Konsultacji. Czynność szacowania ma kluczowe znaczenie, ponieważ determinuje maksymalne wynagrodzenie wykonawcy za świadczoną usługę. Strony określą faktyczny czas trwania Pobytu/Konsultacji po ich odbyciu, jednak czas ten nie może przekroczyć uzgodnionego uprzednio przez Strony maksymalnego czasu jego trwania. Niewątpliwie w takiej sytuacji wykonawca powinien mieć możliwość rzetelnego szacowania planowanej usługi i dokładnego wyliczenia czasu potrzebnego na dany Pobyt/Konsultację. Tymczasem procedura opisana przez Zamawiającego znacząco ogranicza wykonawcy czas na dokonanie szacowania i naraża go na realizowanie usługi bez należycie określonego wynagrodzenia. Wykonawca został zobligowany do oszacowania, ile maksymalnie czasu zajmie Pobyt lub Konsultacja w ciągu jednej godziny od otrzymania od Zamawiającego wezwania. Co istotne, Zamawiający nie określił żadnych granic czasowych doręczania wezwania Wykonawcy, które może nastąpić pisemnie, mailowo, telefonicznie lub ustnie. Wykonawca będzie zobligowany do odpowiedzi w ciągu jednej godziny nawet wówczas, gdy wezwanie zostanie skierowane po zakończeniu dnia pracy wykonawcy. Należy przy tym mieć na względzie, że przeprowadzenie szacowania wymaga zaangażowania projektantów z wszystkich branż, których dotyczy planowana Konsultacja/Pobyt. Zatem w ciągu jednej godziny wykonawca musi podjąć szereg czynności i omówić kwestię zawartą w wezwaniu z innymi współpracownikami. W sytuacji skierowania wezwania po godzinie 16.00 wykonawcy mogą mieć znaczne trudności z omówieniem kwestii objętej wezwaniem ze wszystkimi niezbędnymi osobami i następnie ze sformułowaniem rzetelnego oszacowania czasu planowanej Konsultacji/ Pobytu. Ponadto, Zamawiający przypisuje sobie uprawnienie do kwestionowania oszacowanej liczby godzin i ustanawia możliwość wniesienia zastrzeżeń do ustaleń wykonawcy. Zwraca uwagę, że Zamawiający wymaga, aby strony doszły do porozumienia tego samego dnia, w którym skierowane zostało wezwanie, jednocześnie nie określając dla siebie wiążącego terminu na udzielenie odpowiedzi na szacowanie wykonawcy. W sytuacji doręczenia wezwania w późnych godzinach popołudniowych negocjacje stron mogą zakończyć się w godzinach nocnych. Takie ustalenie procedury przez Zamawiającego godzi we wszelkie zasady współżycia społecznego i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego.

Odwołujący podniósł, że wykonawca musi mieć zapewnioną możliwość rzetelnej i profesjonalnej oceny przedmiotu wezwania Zamawiającego do realizacji Konsultacji/Pobytu. Jedynie w przypadku zapewnienia wykonawcy dogodnych warunków odniesienia się do wezwania, Zamawiający uzyska rzetelnie oszacowaną usługę Konsultacji/Pobytu, która zagwarantuje należyte wykonanie usługi nadzoru autorskiego.

Zdaniem Odwołującego, opis powyższej procedury rozliczania czynności nadzoru autorskiego stanowi wyraz nadużycia przez Zamawiającego swojej dominującej pozycji kontraktowej i narzucania rozwiązań niekorzystnych dla wykonawcy w przekonaniu o braku możliwości podważenia przez wykonawcę narzuconych rozwiązań. Termin narzucony przez Zamawiającego jest ponadto nieproporcjonalny do ryzyka, jakie ponosi wykonawca za jego niedotrzymanie lub niedoszacowanie czasu Konsultacji/Pobytu

7.Tom III SWZ, 6.2.4 Personel wymagany do realizacji Zamówienia (str. 66)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 6.2.4 OPZ:*Wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia zgodnie z wyszczególnieniem przedstawionym w Tabeli nr 3 Skład Zespołu Wykonawcy. W części pierwszej Tabeli Zamawiający opisał Zespół wymagany na etapie postępowania przetargowego. W punkcie 6 Tabeli wskazano stanowisko Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Wymagania względem doświadczenia osoby na to stanowisko zostały opisane w Tabeli w następujący sposób: W okresie ostatnich*

pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (każda obejmująca projekt budowlany i projekt wykonawczy) dla budowy lub przebudowy linii kolejowej w zakresie (każda osobno) co najmniej jednego [1] szlaku i jedną [1] stacje kolejową. (…) Opis wymagań względem Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym został zawarty również w Tomie I SWZ – IDW, w rozdz. 8 zawierającym warunki udziału w postępowaniu. W części 8.6.2. IDW zawarto tabelę, w której w pkt 5 opisano wymagania dla Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W odniesieniu do oczekiwanego doświadczenia wskazano: *W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej 2 dokumentacje projektowe (każda obejmująca projekt budowlany lub projekt wykonawczy) dla, budowy tub przebudowy linii kolejowej w zakresie co najmniej 1 szlaku i 1 stacji kolejowych. (...)*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odmiennie opisał wymagania w kwestii doświadczenia tej samej osoby, tj. Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, które podlegały ocenie w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej. W części 8.6.2. IDW wymagano, by wykonane co najmniej dwie dokumentacje projektowe obejmowały projekt budowlany lub projekt wykonawczy, natomiast w części 6.2.4 OPZ w odniesieniu do tej samej osoby wymagano, by wykonane co najmniej dwie dokumentacje projektowe obejmowały projekt budowlany i projekt wykonawczy. Rozbieżność dwóch powyższych postanowień dotyczy kwestii istotnej. Opis zawarty w IDW jest korzystniejszy dla wykonawców i pozwala na wykazanie posiadania wymaganego doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w sytuacji, gdy każda z wykonanych przez niego co najmniej dwóch dokumentacji projektowych obejmowała alternatywnie jeden z dwóch rodzajów projektów: projekt budowlany lub projekt wykonawczy. Wymagania opisane w OPZ są odmienne i bardziej rygorystyczne, ponieważ przewidują, że każda z wykonanych przez niego co najmniej dwóch dokumentacji projektowych musi obejmować obligatoryjnie dwa rodzaje projektów: projekt budowlany i projekt wykonawczy.

W ocenie Odwołującego pozostawienie powyższej rozbieżności w treści SWZ jest niedopuszczalne, ponieważ wprowadza istotną wątpliwość w kwestii opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Z powodu niewłaściwego przygotowania SWZ przez Zamawiającego, wykonawcy zostają narażeni na niewłaściwe odczytanie wymagań i w konsekwencji niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, usunięcie powyższej rozbieżności powinno nastąpić poprzez zmodyfikowanie pkt 6 Tabeli nr 3 Skład Zespołu Wykonawcy z części 6.2.4 OPZ i określenie treści tego postanowienia w sposób tożsamy z pkt 5 Tabeli z części 8.6.2. IDW.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, sposób sformułowania omawianego wymogu w OPZ jest niewłaściwy z powodów merytorycznych. Opis przedmiotu zamówienia nie przewiduje konieczności sporządzenia projektu wykonawczego dla branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. W tym zakresie wykonawca ma sporządzić wyłącznie projekt budowlany. Tym samym pozbawione podstaw byłoby żądanie wykazania się przez Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym wykonaniem projektu wykonawczego. Sformułowanie opisu warunku w takim kształcie godziłoby w zasadę określania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zatem stanowiłoby naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

8.Tom III SWZ, załącznik nr 8 pkt 2.8.1 oraz część 2.4.3.2 punkt 5 lit. b WSPP

Odwołujący wskazał, że Tom III OPZ zawiera załącznik nr 8 – Wytyczne do rozwiązań technicznych lub technologicznych jakie powinny zostać zaimplementowane w dokumentacji projektowej. Wskazane w załączniku wytyczne mają na celu wsparcie Projektanta w trakcie określania rozwiązań technicznych przewidzianych do realizacji przy założeniu zachowania oczekiwanych efektów eksploatacyjnych (funkcjonalnych) oraz racjonalizacji kosztu projektowanych rozwiązań. Część 2 tego załącznika zawiera Katalog preferowanych przez zamawiającego wytycznych do rozwiązań technicznych lub technologicznych powinny zostać zaimplementowane w dokumentacji projektowej. W pkt 2.8 przewidziano wytyczne w zakresie systemów sterowania ruchem kolejowym, zgodnie z którymi: *Zamawiający oczekuje, że domyślnie należy projektować urządzenia przekaźnikowe. Jeżeli na posterunku będzie konieczne zastosowanie sterowania miejscowego, to w przypadku sterowania z LCS należy zastosować nakładkę komputerową oraz zobrazowanie komputerowe w LCS (pkt 2.8.1)*.

Odwołujący powołał się na treść załącznika nr 2 do Tomu III OPZ, tj. wyciągu z dokumentu pn. Wstępne Studium Planistyczno Prognostyczne w ramach II etapu naboru do Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej Kolej + do 2028 roku dla 6 projektów liniowych – Zadanie nr 1 (dalej: WSPP). Celem opracowania Studium Planistyczno-Prognostycznego jest wykonanie pracy koncepcyjnej, która stanowić będzie podstawę do dalszej realizacji

Projektu (w tym dokumentacji niezbędnej do budowy połączenia kolejowego), wyboru optymalnego wariantu oraz określenie wskaźników potrzebnych do oceny i rankingowania Projektu w ramach Programu. Studium Planistyczne będzie stanowić podstawę opracowania przez PKP PLK studium projektowo-technicznego obejmującego:

–wykonanie koncepcji programowo-przestrzennej określającej w sposób szczegółowy zakres rzeczowy prac niezbędnych do realizacji Projektu określonych wstępnie w Studium Planistycznym wraz z określeniem wstępnych kosztów Projektu,

–opracowanie projektu budowlanego wraz z projektem zagospodarowania terenu oraz szczegółowym kosztorysem inwestorskim,

–pozyskanie stosownych decyzji administracyjnych.

W części 2.4.3.2 WSPP omówiono zakres działań inwestycyjnych. Punkt 5 tej części dotyczy Urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Przewidziano m. in. *Budowę nowych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na mijance Katowice Murcki. Urządzenia zlokalizowane będą w kontenerach, sterowanie posterunkiem ze stacji Katowice Kostuchna* (lit. b).

Odwołujący podkreślił, że powyższe szczegółowe postanowienia załączników do OPZ dotyczą założeń projektowych w kwestii typów urządzeń stacyjnych dla branży srk. Załącznik nr 8 wskazuje, że domyślnie należy projektować urządzenia przekaźnikowe, natomiast załącznik nr 2 wskazuje, że w ramach budowy nowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym mają być budowane urządzenia komputerowe. Urządzenia przekaźnikowe i urządzenia komputerowe to dwie odmiany elektrycznych urządzeń stacyjnych. Urządzenia stacyjne zabezpieczają ruch pociągów i manewrów w obrębie posterunków zapowiadaczach (stacji, posterunków odgałęźnych) i stanowią najważniejszą oraz najbardziej zróżnicowaną grupę urządzeń. Ich zadaniem jest wzajemne uzależnienie sygnalizatorów, zwrotnic i innych urządzeń poprzez zorganizowane przebiegi pociągowe i manewrowe, a ponadto wzajemne uzależnienie pracy poszczególnych nastawni na stacji. Elektryczne urządzenia stacyjne posiadają szereg odmian, różniących się konstrukcją i zasadami działania. Założenia projektowe przewidziane w OPZ powinny jednoznacznie wskazywać typ urządzeń stacyjnych, które projektant powinien uwzględnić w ramach wykonywania projektu branży srk. Wskazane przez Zamawiającego założenia w tej kwestii w istotnym stopniu determinują sposób projektowania systemu sterowania ruchem.

Zdaniem Odwołującego, w cytowanych wyżej postanowieniach załączników do OPZ Zamawiający zawarł rozbieżne założenia w kwestii rodzaju urządzeń stacyjnych. Załącznik nr 8 do OPZ przewidujący wytyczne do rozwiązań technicznych lub technologicznych, jakie powinny zostać zaimplementowane w dokumentacji projektowej, wskazuje że domyślnie należy projektować urządzenia przekaźnikowe. Odmienne założenie zostało zawarte w części 2.4.3.2 WSPP, w którym przewidziano budowę nowych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na mijance Katowice Murcki. Obydwa wymienione wyżej załączniki do OPZ zawierają założenia do zamawianej dokumentacji projektowej i przewidują wiążące wytyczne do projektowania. Ze względu na wskazanie zupełnie odmiennych rodzajów urządzeń srk, powyższe dokumenty, stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, wprowadzają wątpliwość, która nie może zostać rozstrzygnięta w oparciu o treść OPZ. Wytyczne powodują niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i świadczą o wewnętrznej sprzeczności w treści OPZ. Nie wskazano również poziomu systemu ERTMS/ETCS.

9.Tom III SWZ, część 4.3.3 pkt 11, str. 31

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 4.3.3: *Wykonawca niezwłocznie po podpisaniu Umowy rozpocznie opracowanie Koncepcji Programowo-Przestrzennej, w której zostaną szczegółowo określone rozwiązania funkcjonalne w oparciu o SWZ, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile została uzyskana) oraz udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację. W przypadku, gdy materiały do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach tub/i decyzji zmieniającej będą przygotowywane przez Wykonawcę, powinny zostać opracowane z uwzględnieniem Koncepcji Programowo-Przestrzennej* W pkt 1 1 wskazano, że Zakres Koncepcji Programowo-Przestrzennej obejmuje koncepcję układu zasilającego odbiory nietrakcyjne (w tym Linii Potrzeb Nietrakcyjnych LPN 15 kV AC) wraz z rozmieszczeniem stacji transformatorowych, odłączników i z uwzględnieniem potrzeb docelowych.

Odwołujący podniósł, że powyższe wymaganie w kwestii treści Koncepcji jest sformułowane ogólnikowo i nie dostarcza wszystkich niezbędnych informacji do sporządzenia kompletnej i całościowej koncepcji układu zasilającego odbiory nietrakcyjne. Koncepcja ma zawierać zaplanowanie układu zasilającego m. in. Linię Potrzeb Nietrakcyjnych. Zamawiający nie przekazał jednak żadnych informacji w kwestii konieczności zaprojektowania Linii Potrzeb Nietrakcyjnych (LPN) i wymagań w tym zakresie. Brakuje również informacji, czy na obszarze objętym planowaną

inwestycją istnieje LPN i czy Zamawiający zakłada konieczność połączenia Linii istniejącej z projektowaną. OPZ pozbawiony jest jakichkolwiek wytycznych w kwestii konieczności projektowania LPN i wymagań w tym zakresie. Zamawiając powinien wyraźnie określić, czy Linia Potrzeb Nietrakcyjnych LPN 15 kV AC powinna zostać zaprojektowana, na jakim odcinku i skąd należy ją zasilić. Prawidłowe wykonanie Koncepcji, a następnie dokumentacji projektowej wymaga wyjaśnienia tej kwestii i zmodyfikowania OPZ w celu uszczegółowienia kwestii założeń projektowych dla LPN.

Odwołujący zaznaczył, że w części 4.3.3 Tomu III wskazano, że:*KPP (Koncepcja Programowo-Przestrzenna) będzie stanowić podstawę do przygotowania następnych etapów prac projektowych. Błędy i uchybienia w przygotowaniu KPP mogą niekorzystnie wpłynąć na realizację całego Projektu jak również na realizację niniejszego Zamówienia. W takich sytuacjach Zamawiający może wystąpić z roszczeniami w stosunku do Wykonawcy, jeżeli błędy w Koncepcji Programowo-Przestrzennej naraziły Zamawiającego na straty przy realizacji inwestycji lub późniejszej eksploatacji.* Zamawiający obarczył wykonawcę ryzykiem odpowiedzialności z wszelkie błędy i uchybienia w przygotowaniu KPP. Nałożenie na wykonawcę takiej odpowiedzialności z zagrożeniem kierowania roszczeń odszkodowawczych po wykonaniu zamówienia powinno zakładać należyte wypełnienie przez Zamawiającego wszystkich obowiązków leżących po jego stronie. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich informacji mających wpływ na sporządzenie oferty.

10.Tom III SWZ

Odwołujący wskazał, że zgodnie z częścią 2.2 OPZ, celem realizacji umowy jest dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi Prawem opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów i na etapie robót budowlanych. Zgodnie z częścią 4.3.1 OPZ, w zależności od przewidywanych robót i ich zakresu Projektant uzyska niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, opinie w tym m. in. inne wymagane zezwolenia/opinie/uzgodnienia niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia. W ramach OPZ przewidziane są obowiązki wykonawcy w kwestii przygotowania geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych (część 4.3.6). Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia zgodności granic działek ewidencyjnych stanowiących kolejowy teren zamknięty ze stanem faktycznym, w tym m. in.: 1) Wykonawca pozyska dane dotyczące granic dziatek ewidencyjnych obszaru kolejowego z PZGiK oraz PKP S.A.; 2) Wykonawca odszuka oraz wykona pomiar kontrolny punktów granicznych dziatek ewidencyjnych obszaru kolejowego; 3) Wykonawca dokona analizy porównawczej zgodności przebiegu granic pozyskanych ze źródeł wymienionych w pkt 1 i 2. Załącznik nr 6 do Tomu III OPZ Katalog Pozycji Rozliczeniowych_Projektowanie wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia i aktualizacji przebiegu granic nieruchomości (kod 91.01.004), a także do sporządzenia projektów podziału nieruchomości wraz z operatem szacunkowym (kod 91.01.005).

Odwołujący stwierdził, że z powyższych postanowień OPZ wynika, że na wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia konieczności przeprowadzenia procedury administracyjnej podziału nieruchomości oraz określenia, które nieruchomości podlegają podziałowi wraz z oszacowaniem kosztu podziału działek.

Zdaniem Odwołującego, ustalając obowiązki wykonawcy w powyższym zakresie Zamawiający nie zawarł w SWZ całości niezbędnych informacji do umożliwienia wykonania tych usług, a wcześniej do umożliwienia sporządzenia oferty i skalkulowania ceny za wykonanie zamówienia w sposób gwarantujący porównywalność ofert. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający nie dokonał we własnym zakresie ustalenia liczby nieruchomości, które wymagają dokonania podziału. W ocenie Odwołującego zawarcie w SWZ takiej informacji jest niezbędne dla zapewnienia, że wykonawcy uwzględnią na etapie kalkulacji ceny oferty wszystkie obowiązki związane z oszacowaniem podziału wszystkich nieruchomości, w przypadku których zachodzi taka konieczność. Uchylenie się Zamawiającego od określenia szacowanego kosztu podziału nieruchomości bądź chociażby wskazania liczby nieruchomości podlegających podziałowi, wprowadza ryzyko uzyskania nieporównywalnych ofert. Może bowiem zaistnieć sytuacja, w której poszczególni wykonawcy odmiennie oszacują liczbę nieruchomości podlegających podziałowi i w konsekwencji przyjmą odmienne założenia w kwestii kalkulacji kosztu tej procedury.

W ocenie Odwołującego zasadnym byłoby zawarcie pozycji dotyczącej kosztów podziału nieruchomości w Załączniku nr IA do IDW – Załącznik do Formularza Ofertowego – wzór, w którym Zamawiający wyznaczyłby procentowo górny limit stosunku wynagrodzenia za przeprowadzenie podziału nieruchomości do wartości wynagrodzenia

całkowitego. Wadliwość dokumentów zamówienia w powyższym zakresie może mieć istotny wpływ na cena oferty. W zamówieniu o skali, z jaką mamy do czynienia w niniejszej sprawie można zakładać konieczność podziału działek w liczbie ok. 2000, co przekłada się na szacunkowy koszt ok. 3 mln zł, co przy ofercie na projektowanie stanowi bardzo duży udział w kosztach ogólnych oferty.

Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3 Tomu I SWZ - IDW, Okres realizacji Zamówienia wynosi:

1)Faza I – opracowanie dokumentacji projektowej: 32 miesiące od dnia podpisania umowy,

2)Faza II – (Prawo opcji) pełnienie nadzoru autorskiego: od dnia następnego po dniu zawarcia przez Zamawiającego umowy z wykonawcą robót budowlanych do czasu dokonania ostatniego odbioru końcowego; czas trwania tej fazy określa się na 24 miesiące.

3)Pomiędzy Fazą I a Fazą II odbędzie się procedura przetargowa, której zakładany czas trwania to 12 miesięcy.

W § 21 Tomu II SWZ – WU Zamawiający opisał mechanizm waloryzacji wynagrodzenia wskazując w ust. 2, że dla oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, przewiduje waloryzację wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Zgodnie z ust. 4 Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, zgodnie z ustępami 2-11 w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych („CPI") oraz przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej („R") publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS") w Dziedzinowej Bazie Wiedzy. Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny (WGn) wyliczony według wzoru przedstawionego w tym ustępie § 21 WU. Zamawiający w § 21 ust. 8 zawarł przy tym zastrzeżenie, że łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji zgodnie z postanowieniami Umowy - nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy.

Odwołujący zakwestionował zarówno treści § 21 ust. 4 Tomu II SWZ – WU i podważył mechanizm ustalania wysokości zmiany (waloryzacji) wynagrodzenia, należnego wykonawcy (tj. wartości nadane stałym współczynnikom), a także § 21 ust. 8 tj. przyjęcie, że łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w S 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. W ocenie Odwołującego, zarówno określenie wartości stałych współczynników (tj. a - 50%, b - 30% oraz c - 20%), jak i limit procentowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy sługi, która będzie realizowana przez okres 32 miesięcy (a z uwzględnieniem prawa opcji – 56 miesięcy), stanowi przejaw rażącego wykorzystania przez Zamawiającego jego uprzywilejowanej pozycji, poprzez jedynie iluzoryczne wypełnienie obowiązków ustawowych, przewidzianych w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w rzeczywistości wykreowanie regulacji uniemożliwiających osiągnięcia istoty i celów waloryzacji.

Odwołujący powołał się na treść art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i podniósł, że narzucenie przez Zamawiającego w § 21 ust. 8 WU limitu waloryzacji na przyjętym poziomie powoduje, że wprowadzony mechanizm jedynie pozornie spełnia wymagania i założenia zawarte w ustawie Pzp. Przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 ustawy Pzp. Istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia "waloryzacja" uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie – zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa "waloryzacja", Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza.

Odwołujący powołał się na opinię UZP pn. „Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych", akcentującą doniosłość regulacji zawartej art. 439 ustawy Pzp, jako mechanizmu przywracającego równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wykreowanego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w następstwie aktualnie obserwowanych zjawisk zewnętrznych. Wskazał również, że Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej

w opracowaniu pn. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)" z 2 sierpnia 2022 r. zdefiniowała pojęcie „waloryzacja wynagrodzenia" jako „urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia". PGRP akcentuje przy tym, że „Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tytko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy. "

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie w § 21 ust. 4 WU wartości stałych współczynników na poziomie przerzucającym większość ryzyka na wykonawcę oraz w § 21 ust. 8 WU możliwości zaledwie 10%-ego Łącznego poziomu zmian wynagrodzenia wykonawcy realizującego Usługę przez okres 32 miesięcy (a z uwzględnieniem prawa opcji 56 miesięcy), w sytuacji zmian gospodarczych o niespotykanej dotychczas dynamice, przekładającej się na ogólny wzrost kosztów cen towarów i usług, jawi się jako działanie, które powoduje poważne zachwianie równowagi ekonomicznej stron umowy, na niekorzyść wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że na skutek wzrostu cen, wartość świadczenia wykonawcy w istocie zwiększy się, wobec czego świadczenie Zamawiającego powinno wzrosnąć w analogiczny sposób. Wzrost wartości świadczenia wynika z faktu ponoszenia większych kosztów realizacji usługi ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego, jak i ustawy Pzp, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności w stosunku do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność nie będzie mogła zostać przywrócona w poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 ust. 2 i nast. WU, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, przy jednoczesnym stosowaniu mnożnika korygującego, nie pozwoli na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie na podwyższenie go do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych. Nie można tracić z pola widzenia, że aktualna, bezprecedensowa sytuacja geopolityczna oraz rynkowa skutkuje znacznym wzrostem kosztów wykonywania usług takich, jak stanowiące przedmiot zamówienia, które obejmują m.in. koszty:

1) wynagrodzenia pracowników, współpracowników i podwykonawców,

2) zapewnienia miejsc niezbędnych do świadczenia usług, takich jak m.in.: a) powierzchnia biurowa (konieczność zapewnienia biur z zachowaniem wymagania odległości do 5 km od terenu robót, co przy świadczeniu Usługi dla inwestycji obejmującej nadzór nad przebudową linii kolejowej oznacza konieczność zapewnienia kilku biur i transport personelu pomiędzy nimi), b) artykuły biurowe, c) koszty z tytułu przesyłek pocztowych i kurierskich, d) transportu (paliwa, serwis, ubezpieczenia) oraz zakwaterowanie personelu, e) sprzętu, licencji za oprogramowania, f) media, w tym drastycznie wzrastające koszty energii elektrycznej i cieplnej

3) kosztach ubezpieczeń, gwarancji bankowych, leasingu, podatków.

Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności mają charakter faktów notoryjnych i nie wymagają dowodu, niemniej jednak Odwołujący w celu zobrazowania ich skali przedstawił dane zamieszczone na stronie NBP (https:/[www.nbp.pl/home.aspx?f=/statystyka/bazowa/bazowa.htm). Wskazał, że aktualnie inflacja sięga poziomu 17,5%. Zaobserwowany ostatnio spadek dynamiki wzrostu inflacji nie podważa faktu, że obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat, co fundamentalnie zmienia warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Niestałość i nieprzewidywalność aktualnej sytuacji gospodarczej jest również skutkiem gwałtowanego podnoszenia stóp procentowych (stopy referencyjnej) przez Radę Polityki Pieniężnej, która ustalona jest obecnie na poziomie 6,75%. Podnoszenie stóp procentowych dokonywane przez Radę Polityki Pieniężnej ma znaczący wpływ na wyniki finansowe wszystkich przedsiębiorstw. Rosnące koszty kredytów i leasingów, utrzymywania oraz obsługi nieruchomości, utrudnienia w pozyskiwaniu finansowania, a także odpisy na wartości aktywów wpływają na koszty realizacji ponoszone przez wykonawców, eliminując jakikolwiek zysk, prowadząc do przejęcia ciężaru finansowego realizowanego zamówienia przez wykonawców. Wzrost stóp procentowych ściśle skorelowany jest z inflacją, a tym samym, oddziałuje na wykonawców podwójnie.

Ponadto Odwołujący wskazał na znaczny wzrostkosztów osobowych, związanych z zatrudnianiem personelu. Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidziany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są najbardziej znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców świadczących usługi takie, jak stanowiące przedmiot zamówienia. Dla porównania, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw publikowane przez Prezesa GUS w II kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r. wyniósł 4,06%, natomiast średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w II kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. 7,88%, a w ostatnim roku wyniósł 11,84%. Tą

tendencje potwierdza również porównanie dla II kwartału tj. średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r., 4,09%, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. – 8,82%, w ostatnim roku wyniósł 14,55 %. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy utrzymywaniu się wysokiego poziomu inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników.

Odwołujący podniósł, że okres realizacji Usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu wynosić będzie aż 32 miesiące (a z uwzględnieniem prawa opcji – 56 miesięcy). Aktualnie całe ryzyko nie dających się przewidzieć, wyżej wskazanych zmian gospodarczych Zamawiający przeniósł na wykonawcę, który nie jest w stanie antycypować rozwoju sytuacji polityczno-gospodarczej w Polsce w okresie kolejnych 56 miesięcy. Dopuszczenie bowiem zaledwie 10% limitu waloryzacji w kontrakcie wieloletnim, w realiach ponad 17% inflacji, jawi się jako działanie oderwane od rzeczywistości, absolutnie niepozwalające na osiągnięcie celów waloryzacji.

Odwołujący stwierdził, że poza sporem pozostaje, iż to Zamawiający, w ramach prawnych zakreślonych postanowieniami art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, kształtuje treść klauzuli waloryzacyjnej. O ile ww. przepis ma charakter normy ius cogens w odniesieniu do obowiązku wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej, to w odniesieniu do nadania danej klauzuli waloryzacyjnej oznaczonej treści Zamawiający korzysta z wolności kontraktowej, jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona. Klauzula waloryzacyjna powinna uzyskać treść, która umożliwi zrealizowanie celów, dla których polski system prawny został uzupełniony o normę prawną wyrażoną w postanowieniach przepisu art. 439 ust. 1 i 2 ustawy.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że klauzula zawarta w § 21 ust. 8 WU ukształtowana została w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, przez co nie realizuje celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych. Z tych względów treść § 21 ust. 8 WU narusza art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 168/23

W dniu 19 stycznia 2023 r. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.na *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: Prace na liniach kolejowych nr 189 i 132 oraz budowa nowych łącznic Kuźnica - Bytom Bobrek Wsch. w celu stworzenia nowego połączenia Ruda Chebzie/ Zabrze - Bytom, w tym budowa nowych p.o. Ruda Orzegów i Bytom ul. Zabrzańska realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2028 roku."* (wartość zamówienia jest większa niż progi unijne, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 006-012232.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kc, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa;
- art. 353(1) w zw. z art. 5 Kc, w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz nadmiernie obciążający wykonawcę;
- art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganego doświadczenia Kierownika branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w sposób nieproporcjonalny do zakresu przedmiotu zamówienia;
- art. 439 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł zarzuty tożsame z zarzutami opisanymi w części dotyczącej sprawy KIO 124/23 pod numerami: 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 10 oraz zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący przedstawił w tym zakresie analogiczną argumentację oraz sformułował takie same żądania. Ponadto Odwołujący podniósł zarzut dotyczący nadmiarowości warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)dokonania modyfikacji Tomu III SWZ, poprzez wykreślenie pkt 10 w części 2.2, bądź poprzez wskazanie w sposób wyczerpujący i jednoznaczny listy dokumentów, których Zamawiający będzie żądał od Wykonawcy,

2)dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wskazanie w pkt 6 i 7 części 4.4.2, że warunkiem żądania przez Zamawiającego opracowania dokumentacji projektowej zamiennej przez Wykonawcę będzie stwierdzenie wadliwości dokumentacji projektowej, zaś w przeciwnym wypadku Wykonawca uprawniony będzie do odmowy sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej,

3)dokonania modyfikacji Tomu 'll SWZ poprzez wykreślenie z części 3.1 pkt 3 nałożonego na Wykonawcę obowiązku i odpowiedzialności związanej z prawidłowym ustaleniem Informacji, o których mowa w części 3.1, jak również wykreślenie obowiązku ponoszenia przez Wykonawcę kosztów uzyskania tych Informacji,

4)dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez doprecyzowanie części 4.3.3 poprzez wskazanie dokładnych informacji o rodzaju, usytuowaniu, ilości i powierzchni obiektów kubaturowych, których dotyczą obowiązki z tej części OPZ,

5)dokonania modyfikacji części 4.4.2 Tomu III SWZ w ten sposób, że Zamawiający zobowiąże się do kierowania wezwania do podjęcia czynności nadzoru w godzinach 8:00 - 16:00 w dniu roboczym, a Wykonawca będzie dysponował czasem na przekazanie informacji o maksymalnym czasie Pobytu lub Konsultacji w terminie do godz. 16.00 następnego dnia roboczego po dniu doręczenia wezwania,

6)dokonania modyfikacji Tomu III SWZ część 4.3.3 pkt 13 oraz załącznika nr 6 pkt 2.5, poprzez zawarcie w OPZ jednoznacznych założeń w kwestii rodzaju przeznaczonych do zaprojektowania urządzeń stacyjnych przy założeniu zabudowy systemu ERTMS/ETCS oraz poprzez wskazanie poziomu wymaganego do zaprojektowania systemu ERTMS/ETCS,

7)dokonania modyfikacji części 4.3.3 pkt 1 1 Tomu III, poprzez dodanie wyczerpujących informacji w kwestii ewentualnej konieczności zaprojektowania Linii Potrzeb Nietrakcyjnych (LPN) i wymagań w tym zakresie, tj. na jakim odcinku należy ją zaprojektować i jakie źródło zasilania LPN należy przyjąć, jak również poprzez określenie, czy na obszarze objętym planowaną inwestycją istnieje LPN i czy Zamawiający zakłada konieczność połączenia Linii istniejącej z projektowaną,

8)dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje dotyczące ilości nieruchomości, które wymagają przeprowadzenia procedury podziału,

9)dokonania modyfikacji opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej z części 8.6.2 IDW pkt 5 Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym w zakresie kwalifikacji (doświadczenia) i nadaniu mu brzmienia:

W okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w danej branży co najmniej dwie [2] dokumentacje projektowe (każda obejmująca projekt budowlany) dla, budowy lub przebudowy linii kolejowej w zakresie (każda osobno) co najmniej jednego [1] szlaku i dwóch [2] stacji kolejowych. Każda stacja obejmująca przynajmniej dwa [2] tory główne, wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Za jedną [1] dokumentację projektową uważa się dokumentację na podstawie której pozyskano co najmniej jedną [1] decyzję o pozwoleniu na budowę. Odwołujący wnosi o analogiczną zmianę w części 6.2.3 pkt 5 tabeli nr 3 OPZ Personel wymagany do realizacji Zamówienia.

10)dokonania zmiany:

a. § 21 ust. 4 Tomu ll SWZ i nadanie następującym współczynnikom brzmienia:

„a" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,2 (20%) niepodlegającym korekcie;

„b" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,65 (65%) niepodlegającym korekcie;

„c" jest stałym współczynnikiem o wartości: O, 15 (15%) niepodlegającym korekcie.

b.§ 1 ust. 8 Tomu II SWZ i nadanie mu następującej treści:

Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w 5 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy. ”

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 2 ustawy Pzp, jest bowiem organizacją wpisaną na listę, o której mowa w ustawy, a odwołanie dotyczy dokumentów zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23), INFRA-Centrum Doradztwa Sp. o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 124/23), Multiconsult Polska Sp. z o.o. (w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23), TPF Sp. z o.o. (w sprawach o sygn. akt KIO 124/23 i KIO 168/23), VOESSING POLSKA Sp. z o.o. (w sprawie o syg akt KIO 168/23) oraz FONON Sp. z o.o. (w sprawie o sygn. akt KIO 168/23)Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

W związku z oświadczeniem Odwołującego o wycofaniu części zarzutów wskazanych w odwołaniach, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w następującym zakresie:

- w sprawie o sygn. akt KIO 124/23: w odniesieniu do zarzutów związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: 3, 7, 8 i 9;
- w sprawie o sygn. akt KIO 168/23: w odniesieniu do zarzutów związanych z żądaniami oznaczonymi w odwołaniu numerami: , 4, 5, 6, 7, 8 i 9.

<u>Zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia</u>

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Stosownie do 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.

W świetle powyższych przepisów zamawiający jest zobowiązany uwzględnić w OPZ wszystkie informacje, które są niezbędne do sporządzenia ofert i zapewnienia ich porównywalności. Nie jest dopuszczalne przerzucanie na wykonawców ryzyka związanego z brakiem w OPZ informacji, które wpływają na szacowanie oferty, a które zamawiający jest lub powinien być w stanie podać. Jak Wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 3 grudnia 2019 r.,: *wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opisze przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia*. Ocena podniesionych w rozpoznawanej sprawie zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia powinna być dokonana z uwzględnieniem powyższych zasad.

<u>Zarzut dotyczący zakresu dokumentów, do których dostarczenia zobowiązany będzie wykonawca (sygn. akt KIO 124/23)</u>

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że w części 2.2 Tomu III SWZ Zamawiający określi zakres dokumentów, do których dostarczenia będzie zobowiązany wykonawca, w punkcie 12 wskazując, że obowiązek ten obejmuje dostarczenie Zamawiającemu *innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych*.

W ocenie Izby taki sposób opisania obowiązków wykonawcy powoduje, że nie ma on dostatecznej wiedzy, jaki będzie zakres niezbędnych dokumentów. Zamawiający natomiast mógłby na etapie realizacji umowy określać swoje

oczekiwania w tym zakresie w sposób niemal dowolny, z tym tylko ograniczeniem, że uzna określony dokument za konieczny do wykonania zamówienia, nawet jeśli wykonawca nie miał o nim wiedzy przy sporządzaniu oferty i nie uwzględnił go przy szacowaniu ceny.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający jest podmiotem profesjonalnym i najlepiej znającym specyfikę i szczególne uwarunkowania zamówienia, którego zamierza udzielić, nie powinno stanowić dla niego problemu sprecyzowanie dokumentów, które będą potrzebne do zrealizowania zamówienia. Potwierdzeniem tego fakt, że Zamawiający podczas rozprawy określił, o jakiego rodzaju dokumenty może chodzić, wskazując, że kontrakt będzie realizowany na specyficznym obszarze, gdzie występują szkody górnicze i może być potrzeba ustalenia sposobu ich zabezpieczenia oraz że może wystąpić też konieczność uzgodnień z Lasami Państwowymi. W tej sytuacji nie można uznać za usprawiedliwione, że Zamawiający nie określił chociażby w sposób rodzajowy dokumentów, których dostarczenia może oczekiwać od wykonawcy.

Wobec powyższego, zaskarżone postanowienie OPZ należało uznać – jako nieprecyzyjne i niezawierające wszystkich informacji niezbędnych do sporządzenia oferty – za niezgodne z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący dokumentacji projektowej zamiennej (sygn. akt KIO 124/23, KIO 168/23)

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 4.4.2 pkt 6 i 7 Tomu III SWZ w obu postępowaniach:

Wykonawca na żądanie Zamawiającego w trakcie realizowania ww. zadań inwestycyjnych będzie pełnił nadzór autorski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz w zakresie: (…)

6) Opracowania dokumentacji projektowej zamiennej (z wyłączeniem branży srk i teletechniki) w przypadku zaistnienia zmian istotnych w rozumieniu Prawa budowlanego obejmującego, m.in. następujący zakres: (…)

7) Opracowywania dokumentacji zamiennych (rysunek i opis), które nie stanowią istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu lub innych dodatkowych opracowań niezbędnych dla realizacji Projektu.

Zdaniem Izby zaskarżone postanowienia OPZ pozostawiają Zamawiającemu zbyt szeroki zakres możliwości żądania dokumentacji projektowej zamiennej. Jak słusznie wskazał Odwołujący, przepisy ustawy Prawo budowlane ani ustawy Pzp nie określają uprawnienia inwestora do dowolnego żądania sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej przez projektanta sprawującego nadzór autorski nad inwestycją. Stosownie do art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy Prawo budowlane, do obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. Konieczność opracowania dokumentacji nie może więc wynikać z dowolnej i uznaniowej decyzji inwestora. Tymczasem zaskarżone postanowienia OPZ dają Zamawiającemu możliwość żądania projektu zamiennego, nawet w sytuacji, gdy tylko w jego subiektywnym przekonaniu będzie to pożądane lub gdy uzna to za potrzebne z przyczyn leżących po jego stronie.

Zamawiający w postępowaniu odwoławczym wyjaśnił, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia OPZ dotyczą konieczności sporządzenia dokumentacji zamiennej w przypadku, gdy dokumentacja pierwotna nie będzie możliwa do zrealizowania. Powyższe – zdaniem Izby – nie wynika wprost z brzmienia zaskarżonych postanowień, przyjmując jednak nawet taką interpretację wskazać należy, że Zamawiający nie sprecyzował, o jakiego rodzaju niemożliwość chodzi. Nie jest uzasadnione, aby Zamawiający mógł żądać projektu zamiennego powołując się na subiektywne stwierdzenie niemożliwości zrealizowania projektu pierwotnego czy też na niemożliwość wynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. OPZ w obecnym brzmieniu pozostawia Zamawiającemu niezasadnie dużą swobodę skorzystania z możliwości żądania projektu zamiennego, a dla wykonawców skutkuje niepewnością co do zakresu ich zobowiązania, co stoi w sprzeczności z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba nakazała zmianę OPZ poprzez wskazanie, że warunkiem żądania opracowania dokumentacji projektowej zamiennej będzie obiektywna niemożliwość zrealizowania dokumentacji pierwotnej.

Zarzut dotyczący pozyskiwania przez wykonawcę informacji niezbędnych do realizacji zamówienia (sygn. akt KIO 124/23, KIO 168/23)

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 3.1 pkt 3 Tomu III SWZ (w obu postępowaniach): *Odpowiedzialność za wykorzystanie wszelkich pozyskanych Informacji spoczywa na Wykonawcy, który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem i wykorzystaniem. Zamawiający odpowiada za prawidłowość przekazanych danych, które*

znajdują się w jego zasobach. Koszty uzyskania Informacji ponosi Wykonawca, który uwzględnił to ryzyko w swojej Ofercie.

W zaskarżonym postanowieniu Zamawiający przeniósł na wykonawcę odpowiedzialność za ustalenie i wykorzystanie pozyskanych informacji oraz obciążył go obowiązkiem poniesienia kosztów ich uzyskania. O ile nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za wykorzystanie pozyskanych informacji nie powinno budzić wątpliwości (będą to bowiem informacje przekazane wykonawcy i przez niego wykorzystywane do realizacji zamówienia, zatem powinien on z nich w sposób prawidłowy korzystać), o tyle przerzucenie na niego odpowiedzialności za ustalenie informacji, będących w znacznej mierze w dyspozycji zamawiającego, należy uznać za niezasadne. Obowiązkiem Zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby dostarczyć wykonawcy informacji niezbędnych do sporządzenia oferty i realizacji zamówienia. Ponadto, biorąc pod uwagę określoną w art. 431 ustawy Pzp zasadę współdziałania przy wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego należy stwierdzić, że Zamawiający nie może na etapie realizacji umowy przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za ustalenie informacji, którymi to właśnie Zamawiający dysponuje lub powinien dysponować.

Co do kosztów pozyskania informacji Zamawiający podniósł podczas rozprawy, że całościowa treść zaskarżonego postanowienia wskazuje, że wykonawca nie będzie obciążony kosztami pozyskania informacji od Zamawiającego. W ocenie Izby nie wynika to z obecnego brzmienia OPZ. Ogólne wskazanie w postanowieniach OPZ, że Zamawiający zapewnia współpracę i pomoc w zakresie przekazywania informacji będących w jego posiadaniu, w zestawieniu z wyraźnym obciążeniem wykonawcy kosztami uzyskania informacji (bez określenia żadnych wyjątków) może powodować po stronie wykonawców niepewność w tym zakresie. Nie ma natomiast – zdaniem Izby – żadnych wątpliwości, że obciążenie wykonawcy kosztami pozyskania informacji od Zamawiającego byłoby oczywiście bezpodstawne i stanowiłoby nadużycie.

W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu zmianę OPZ, poprzez wyeliminowanie odpowiedzialności wykonawcy za prawidłowe ustalenie informacji oraz wyraźne wskazanie, że obowiązek poniesienia przez wykonawcę kosztów uzyskania informacji nie dotyczy informacji uzyskiwanych od Zamawiającego.

<u>Zarzut dotyczący na temat na temat rozbiórek i przystosowania obiektów kubaturowych (sygn. akt KIO 124/23)</u>

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 4.3.3 Tomu III SWZ:

Wykonawca niezwłocznie po podpisaniu Umowy rozpocznie opracowanie Koncepcji Programowo-Przestrzennej, w której zostaną szczegółowo określone rozwiązania funkcjonalne w oparciu o SWZ, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile została uzyskana) oraz udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację. W przypadku, gdy materiały do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i decyzji zmieniającej będą przygotowywane przez Wykonawcę, powinny zostać opracowane z uwzględnieniem Koncepcji Programowo-Przestrzennej. (…)

Zakres KPP:

18) Koncepcja rozbiórek i przystosowania obiektów kubaturowych, obejmująca wytypowanie i adaptację istniejących pomieszczeń oraz budowę nowych, z uwzględnieniem potrzeb docelowych oraz budowy ekranów akustycznych, ogrodzeń i murów oporowych;

W ocenie Izby, w świetle przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji, niewskazanie w OPZ żądanych przez Odwołującego informacji można uznać za usprawiedliwione.

Zamawiający wyjaśnił w postępowaniu odwoławczym, że posiadane przez niego dokumenty, na moment opracowywania OPZ, nie pokazały potrzeby wyburzeń budynków, nie może jednak takiej potrzeby z całą pewnością wykluczyć (np. budowa wiaduktu nad ul. Gen. Waltera Jankego czy też nad ul. Boya-Żeleńskiego znajdujących się w terenie zurbanizowanym, może wymusić konieczność wyburzeń w zależności od zaproponowanej konstrukcji). Taka wiedza zostanie pozyskana na etapie Koncepcji Programowo Przestrzennej (KPP), którą ma przygotować wykonawca w ramach prac projektowych.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący oczekiwał wskazania dokładnych informacji o rodzaju, usytuowaniu, ilości i powierzchni obiektów kubaturowych. Zamawiający, w realiach przedmiotowego postępowania, takimi dokładnymi informacjami na obecnym etapie może nie dysponować, biorąc pod uwagę, że w odniesieniu do przedmiotowego zadania nie zostało opracowane studium wykonalności, a jedynie mające charakter bardziej ogólny wstępne studium planistyczno-prognostyczne, natomiast potrzeba wyburzeń obiektów kubaturowych może ujawnić się dopiero po przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych rozwiązań konstrukcyjnych. Dodatkowo Zamawiający wskazywał też na

skomplikowany charakter tego zamówienia oraz przebieg inwestycji przez nieruchomości o nieuregulowanym stanie prawnym.

W związku z tym niepodanie dokładnych informacji o konkretnych obiektach kubaturowych należy uznać za usprawiedliwione.

Zarzut dotyczący informowania o czasie pobytu lub konsultacji (sygn. akt KIO 124/23)

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 4.4.2 Tomu III SWZ:

Podjęcie czynności nadzoru oraz jego realizacja winny nastąpić na podstawie wezwania Zamawiającego, w wyznaczonych terminach:

- na przybycie na wyznaczone przez Zamawiającego miejsce;

- na dostarczenie rozwiązania zgłoszonego problemu.

Wezwanie może nastąpić pisemnie, mailowo, telefonicznie lub ustnie z zastrzeżeniem, że dla wezwań telefonicznych i ustnych Zamawiający w ciągu najbliższego dnia roboczego wystawi potwierdzenie w formie pisemnej lub mailowej.

Wykonawca po otrzymaniu wezwania, niezwłocznie, tj. w ciągu godziny od otrzymania wezwania, oceni ile maksymalnie czasu zajmie Pobyt polegający na sporządzeniu dokumentacji lub Konsultacja i prześle informację w tym zakresie do Zamawiającego. Zamawiający może wnieść zastrzeżenia do wskazanego czasu, wskazując ich powody, i ustalić z Wykonawcą inny, krótszy czas trwania danego Pobytu/Konsultacji. Strony zobowiązują się uzgodnić ten czas tego samego dnia, w którym zostało przekazane wezwanie.

Faktyczny czas trwania Pobytu/Konsultacji zostanie potwierdzony w karcie pobytu Projektanta, z zastrzeżeniem, że nie będzie dłuższy niż uzgodniony uprzednio przez Strony maksymalny czas jego trwania.

W dniu 19 stycznia 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany OPZ, wskazując, że na zgłoszenia, które wpłyną do wykonawcy po godz. 17.00 wykonawca zobowiązany jest udzielić odpowiedzi następnego dnia roboczego do godz. 10.00.

W zaskarżonym postanowieniu OPZ Zamawiający oczekuje, że wykonawca w ciągu godziny od wezwania udzieli informacji o szacowanym czasie pobytu lub konsultacji. W ocenie Izby jest to czas zdecydowanie zbyt krótki, należy bowiem mieć na uwadze, że rzetelne oszacowanie czasu pobytu/konsultacji wymaga dokonania ustaleń przez personel wykonawcy, co w ciągu godziny może okazać się niemożliwe. Ponadto – co najistotniejsze – niedoszacowanie tego czasu wpłynie na wynagrodzenie wykonawcy z tego tytułu. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, informacja wykonawcy o przewidywanym czasie pobytu bezpośrednio przekłada się na jego wynagrodzenie, zgodnie bowiem z OPZ*faktyczny czas trwania Pobytu/Konsultacji zostanie potwierdzony w karcie pobytu Projektanta, z zastrzeżeniem, że nie będzie dłuższy niż uzgodniony uprzednio przez Strony maksymalny czas jego trwania*.

Stanowisko Zamawiającego jest tym bardziej trudne do zaakceptowania, że w sprawie KIO 168/24 zmienił tożsame postanowienia OPZ zgodnie z żądaniem Odwołującego. Zamawiający nie wskazał przy tym na żadną konkretną różnicę między tymi dwoma zamówieniami, która usprawiedliwiałaby takie zróżnicowanie stanowiska.

W ocenie Izby udzielenie informacji w następnym dniu roboczym jest rozwiązaniem racjonalnym, zabezpieczającym z jednej strony potrzeby Zamawiającego, z drugiej strony dającym wykonawcy możliwość rzetelnego oszacowania czasu pobytu/konsultacji.

Zarzut dotyczący braku informacji o liczbie nieruchomości, które wymagają przeprowadzenia procedury podziału (sygn. akt KIO 124/23)

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła, że wykonawca zobowiązany będzie do ustalenia konieczności przeprowadzenia procedury administracyjnej podziału nieruchomości oraz określenia, które nieruchomości podlegają podziałowi wraz z oszacowaniem kosztu podziału działek, co wynika z następujących postanowień Tomu III SWZ:

Część 2.2:

Celem realizacji Umowy jest dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi Prawem opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów i na etapie robót budowlanych.

Część 4.3.1:

W zależności od przewidywanych robót i ich zakresu Projektant uzyska niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, opinie w tym: (…) inne wymagane zezwolenia/opinie/uzgodnienia niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia

Część 4.3.6:

1) Wykonawca pozyska dane dotyczące granic dziatek ewidencyjnych obszaru kolejowego z PZGiK oraz PKP S.A.;

2) Wykonawca odszuka oraz wykona pomiar kontrolny punktów granicznych dziatek ewidencyjnych obszaru kolejowego;

3) Wykonawca dokona analizy porównawczej zgodności przebiegu granic pozyskanych ze źródeł wymienionych w pkt 1 i 2;

Załącznik nr 6 do Tomu III OPZ Katalog Pozycji Rozliczeniowych_Projektowanie:

Wykonawca zobowiązany jest do sprawdzenia i aktualizacji przebiegu granic nieruchomości (kod 91.01.004), a także do sporządzenia projektów podziału nieruchomości wraz z operatem szacunkowym (kod 91 .01.005).

Odwołujący podczas rozprawy domagał się wskazania szacowanej liczby nieruchomości do podziału, nie zaś określenia konkretnych nieruchomości. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że bez jej wskazania trudno zachować porównywalność ofert, zwłaszcza że usługi geodezyjne są kosztotwórcze i czasochłonne. W tej sytuacji uwzględnienie przez poszczególnych wykonawców różnej liczby nieruchomości wymagających podziału spowoduje, że oferty będą nieporównywalne oraz może skutkować niezasadnym zawyżeniem cen ofertowych.

W ocenie Izby Zamawiający, znając uwarunkowania przedmiotowego zadania, powinien być w stanie oszacować liczbę nieruchomości do podziału, tj. określić ją z pewnym prawdopodobieństwem, na podstawie swoich przewidywań i wiedzy, dla potrzeb porównywalności ofert. Odnosząc się do wyrażanych przez Zamawiającego obaw o zawyżenie wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy faktyczna liczba nieruchomości, które wymagają przeprowadzenia procedury podziału okaże się mniejsza, Izba wskazuje, że Zamawiający ma możliwość określić takie zasady ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, które pozwolą na wypłatę wynagrodzenia odpowiadającego faktycznie wykonanym czynnościom związanym z podziałem nieruchomości.

Zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (sygn. akt KIO 124/23, KIO 168/23)

Zarzut jest niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 21 ust. 4 Tomu II SWZ (w obu postępowaniach):

Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, zgodnie z ustępami 2-11 w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych („CPI") oraz przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej („R") publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS") w Dziedzinowej Bazie Wiedzy. Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny (WGn) wyliczony według wzoru:

$$WGn = a + bCPIn/CPIo + cRn/Ro$$

gdzie:

- „WGn" jest mnożnikiem korygującym, do zastosowania w stosunku do szacunkowej umownej wartości pracy wykonanej w okresie „n"; przy czym okresem tym jest miesiąc, jeśli nie jest inaczej podane w Umowie;

- „a" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,5 (50%) niepodlegającym korekcie;

- „b" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,3 (30%) niepodlegającym korekcie;

- „c" jest stałym współczynnikiem o wartości 0,20 (20%), niepodlegającymi korekcie;

- symbole wskaźnika z indexem dolnym „n" są wskaźnikami kosztu bieżącego okresu (cenami porównawczymi dla okresu „n"), publikowanymi przez Prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym;

- symbole wskaźnika z indexem dolnym „o" są wskaźnikami kosztu odniesienia (cenami odniesienia) na Datę Odniesienia, publikowanymi przez Prezesa.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy,

zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

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

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Odwołujący sformułował żądanie polegające na wprowadzeniu do postanowień umowy konkretnej treści klauzuli waloryzacyjnej, podczas gdy zgodnie z art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

Niezależnie jednak od powyższego, w ocenie Izby postanowienia dotyczące waloryzacji nie naruszają przepisów prawa, a proponowana przez Odwołującego zmiana prowadziłaby do ukształtowania dla wykonawców zbyt daleko idących uprawnień związanych z waloryzacją. Sam fakt, że klauzula waloryzacyjna mogłaby być ukształtowana korzystniej dla wykonawcy nie oznacza, że w obecnym brzmieniu jest ona iluzoryczna. Zaskarżona klauzula – zdaniem Izby – pozwala wykonawcy określić, jakiej rekompensaty z tytułu wzrostu cen może oczekiwać oraz jakie ryzyko z tym związane uwzględnić w ofercie.

Należy mieć na uwadze, że skoro ustawodawca w art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazał Zamawiającemu określenie progu waloryzacji (wskazując wprost, że ma to być maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający) to oznacza, że Zamawiający został uprawniony do jego limitowania i nie ma obowiązku ustalać waloryzacji na tak wysokim poziomie, aby uwzględniała ona ponadstandardową i przekraczającą obecne prognozy inflację. Klauzula waloryzacyjna ma stanowić gwarancję nie tylko dla wykonawcy, ale też dla zamawiającego, dla którego również koszty realizacji zamówienia muszą być możliwie przewidywalne i który musi uwzględniać potencjalne zmiany w swoim budżecie. Musi być ona więc tak ukształtowana, aby z jednej strony pozwolić zrealizować jej cel, jakim jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy bez obciążania go całkowitym ryzykiem związanym z inflacją, a z drugiej strony musi uwzględniać możliwości finansowe zamawiającego i konieczność przewidywalności kosztów, jakie będzie musiał ponieść. Gdyby klauzula waloryzacyjna miała stuprocentowo chronić wykonawcę przed ryzykiem wzrostu kosztów realizacji zamówienia, dając podstawę do rekompensaty równej w każdym przypadku temu wzrostowi, to ustawodawca nie uprawniłaby zamawiającego do określenia maksymalnego progu waloryzacji, jaką zamawiający dopuszcza.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył przepisów prawa ustalając wartości stałych współczynników oraz limit procentowy waloryzacji wynagrodzenia. Jakkolwiek zasady te nie zapewniają wykonawcy zrekompensowania wzrostu kosztów realizacji zamówienia w pełnym zakresie, to nie sposób uznać je za iluzoryczne. Bez wątpienia pozwolą one urealnić wynagrodzenie wykonawcy w przypadku wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że – jak słusznie wskazał Zamawiający – 88% wynagrodzenia wykonawcy zostanie wypłacone w fazie I (32 miesiące), natomiast na 56-miesięczny okres fazy II przypada tylko 12% wartości umowy. Zatem perspektywa czasowa w odniesieniu do zdecydowanej większości wynagrodzenia nie jest tak odległa, jak to wskazywał Odwołujący.

Ponadto, Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób obecna i przewidywana w kolejnych latach sytuacja gospodarcza może przełożyć się na koszty tego konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem jego specyfiki i głównych czynników kosztotwórczych. Jednocześnie sformułował żądanie ponad dwukrotnego zwiększenia współczynnika b odnoszącego się do wzrostu cen towarów i usług, podczas gdy najistotniejszym elementem kosztotwórczym w usługach projektowych są koszty osobowe i to wzrost tych właśnie kosztów mógłby najistotniej przełożyć się na koszty wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazał podczas rozprawy, że w przedmiotowym zarzucie chodzi o sytuację, kiedy koszty realizacji zamówienia wzrosną tak bardzo, że waloryzacja określona przez Zamawiającego będzie zbyt niska, np. gdy wystąpi inflacja 40%. W ocenie Izby okoliczność taka jest na tyle nieprawdopodobna, że w razie jej zaistnienia zastosowanie znalazłaby przewidziana w art. 357(1) Kc klauzula rebus sic stantibus, zgodnie z którą jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Zdaniem Izby to właśnie ten przepis znajduje zastosowanie w sytuacjach całkowicie nieprzewidywalnych, nie zaś – jak wskazywał Odwołujący – klauzule waloryzacyjne wymagane ustawą Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie o sygn. akt KIO 124/23 Izba, stosownie do wyniku postępowania, obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego w części 5/7 i Odwołującego w części 2/7, biorąc pod uwagę liczbę zarzutów uznanych za zasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 5.314 zł (18.600 x 2/7). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.286 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

W sprawie o sygn. akt KIO 168/23 Izba, stosownie do wyniku postępowania, obciążyła kosztami postępowania Zamawiającego w części 2/3 i Odwołującego w części 1/3, biorąc pod uwagę liczbę zarzutów uznanych za zasadne. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, natomiast odpowiada za nie do wysokości 6.200 zł (18.600 x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12.400 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....