Sygn. akt:KIO 528/23

WYROK

z dnia 16 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Aleksandra Kot
Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 13 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lutego 2023 roku przez odwołującego YLE INŻYNIEROWIE spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski,

orzeka:

1. Umarza postepowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.2 *petitum* odwołania w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego.
2. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt I.1 *petitum* odwołania w zakresie w jakim zarzut odnosi się do rozdzielenia funkcji Koordynatora Projektu i Głównego Projektanta, jako zbędne.
3. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt I.1 *petitum* odwołania w zakresie w jakim zarzut odnosi się do załącznika nr 3 do OPZ *„Harmonogram Rzeczowo Finansowy"* i nakazuje zmianę pkt 6 załącznika nr 3 do OPZ w taki sposób aby była możliwość jego realizacji z uwzględnieniem terminów wynikających z obowiązujących przepisów prawa.
4. Uwzględnia odwołanie co do zarzutu wskazanego w pkt I.1 *petitum* odwołania w zakresie w jakim zarzut odnosi się do udostępnienia pełnej treści *„Wstępnego Studium Planistyczno – Prognostycznego"* i nakazuje Zamawiającemu udostępnienie pełnej treści *„Wstępnego Studium Planistyczno – Prognostycznego"* wraz z załącznikami.
5. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
6. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego 12/14 w i Zamawiającego w 2/14 i:
   6.1. 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 oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
   6.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **2 657 zł 20 gr** (słownie: dwa tysiące sześćset pięćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą 2/14 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą i z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt:KIO 528/23

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, (dalej:*„Zamawiający"*) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Odbudowa rozebranej linii kolejowej nr 198 Pyskowice — Pyskowice Miasto dla przywrócenia połączenia na trasie: Katowice — Gliwice — Pyskowice Miasto" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej — Kolej + do 2029 roku"*, nr postępowania: 9090/1REZA4/02584/00616/23/P.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: *„ustawa Pzp”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S 035-103208.

W postępowaniu tym wykonawca YLE INŻYNIEROWIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: *„Odwołujący”*) złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 355^1 Kodeksu cywilnego, przez 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 w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;
2) art 112 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, przez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 8.6.2. Instrukcji dla Wykonawców — Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: *„SWZ”*), w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;
3) art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożlwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w §21 ust. 8 Tomu II SWZ — Warunki Umowy *(„WU”*) skrajnie niskiej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych i podział ryzyka wzrostu kosztów realizacji zamówienia pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę, w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł:

1) na podstawie art. 534 ust. 1 ustawy Pzp – o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
2) na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę/modyfikację wskazanych w odwołaniu postanowień dokumentacji zamówienia w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu,

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku podmiotów świadczących szeroko rozumiane usługi projektowe, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego postanowienia zawarte w SWZ naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący argumentował, że jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji zawarciem umowy w sprawie realizacji zamówienia, posiada interes w sformułowaniu postanowień SWZ oraz projektu umowy w sposób zgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Opis Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest jednym z ważniejszych elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który bezpośrednio rzutuje zarówno na wysokość cen ofert składanych w postępowaniu, jak i na ich zawartość. Dlatego istotnym jest, aby został on sporządzony przez Zamawiającego w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami wskazanymi Pzp. Odwołujący podkreślił, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego, jako gospodarza postępowania. Odwołujący wskazał, że sporządzenie jednoznacznego i

wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu jest nie tylko zobowiązaniem Zamawiającego, które wynika z zacytowanych powyżej przepisów prawa, lecz leży również w interesie samego Zamawiającego, bowiem jeśli wykonawcy doskonale znają szczegóły przyszłego zamówienia, to są wówczas w stanie bardzo precyzyjnie określić cenę składanej oferty, bez zakładania zbędnych nadwyżek związanych z ponoszeniem różnego rodzaju ryzyk. Zdaniem Odwołującego, w takim przypadku występuje znacznie mniejsze ryzyko niedoszacowania przez wykonawcę prac, które zostały ogólnikowo opisane w OPZ a w konsekwencji nienależytego wykonania umowy lub w ogóle niewykonania umowy (tak wyrok KIO z dnia 12.02.2021 r., sygn. akt. 69/21). Powinnością Zamawiającego jest zatem sporządzenie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

- pkt 2.2. ppkt 10 Tom III SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) (pkt 2 i 3 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazuje, że:*„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. Głównymi rezultatami Zamówienia jest uzyskanie: (...) pkt 10) innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, w tym projektów fazowania robót, harmonogramy itd.”*. [podkreślenie własne Odwołującego]

Odwołujący wskazał, że powyższe sformułowanie, referujące do *„innych”*, nieokreślonych dokumentów i stanowi otwarty katalog dokumentacji, do opracowania, której będzie zobowiązany wykonawca. Odwołujący wskazał, że jego żądanie w tym zakresie sprowadza się do wskazania przez Zamawiającego konkretnej listy dokumentów, których wykonanie jest przedmiotem zamówienia. Brak powyższych informacji (dookreślenie listy dokumentów) powoduje niemożność określenia na etapie nie tylko samego Postępowania (przygotowania i złożenia oferty), ale przede wszystkim na etapie realizacji — zakresu zobowiązania wykonawcy. Aktualna treść ww. pkt 2.2. ppkt 10) OPZ jest, w ocenie Odwołującego, nieprecyzyjna i ogólnikowa, co uniemożliwia złożenie oferty. Wykonawca pozostaje w niepewności, w szczególności jest pewien kiedy będzie znane, jakie inne dokumenty Zamawiający będzie oczekiwał i ile czasu będzie konieczne na ich sporządzenie lub uzyskanie - co stanowi ryzyko niemożliwe do określenia w kontekście wymaganego przez Zamawiającego harmonogramu prac.

- pkt 2.2. OPZ ppkt 14 i 15 (pkt 4 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga:

„Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do: (...)

14) przygotowania treści umów z gestorami o przyłączenie oraz uczestnictwo Wykonawcy wraz z Zamawiającym w procesie ich podpisywania,

15) uzyskania i uzgodnienia warunków usunięcia wszelkich kolizji z infrastrukturą techniczną należącą do osób trzecich (…)”

- pkt 4.3.1 OPZ — „Inwentaryzacje i uzgodnienia” (pkt 5 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący zwrócił uwagę, że wskazano, iż wykonawca w zależności od przewidywanych robót i ich zakresu uzyska niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, opinie, wymienione w ww. punkcie OPZ w bardzo szerokim zakresie.

(pkt 6-10 uzasadnienia odwołania)

W odniesieniu do ww. pkt 2.2. OPZ ppkt 14 i 15 oraz pkt 4.3.1 OPZ Odwołujący wskazał, że nałożenie na wykonawcę (Projektanta) obowiązku uzyskania i uzgodnienia określonych warunków z gestorami sieci, podmiotami trzecimi, rodzi zbyt duże ryzyko po stronie wykonawcy, a co bardziej znamienne jest to ryzyko niemierzalne i nie dające się na etapie przygotowania oferty, czy realizacji zamówienia sparametryzować/wycenić. Odwołujący wyjaśnił, że zwyczajowo umowy przyłączeniowe i kolizyjne oraz ich warunki określają gestorzy, a projektant nie ma wpływu na ich treść; nie może przyjąć wobec tego na siebie ryzyka pozyskania takich uzgodnień, czy ustanowienia określonych praw służebnych. Zdaniem Odwołującego, obciążenie w tym zakresie projektanta koniecznością uzyskania i uzgodnienia warunków usunięcia wszelkich kolizji z infrastrukturą techniczną należącą do osób trzecich implikuje konieczność nie tylko podjęcia określonych negocjacji przez projektanta z właścicielami nieruchomości w zakresie ustanawiania np. służebności (tutaj problem niedającego się określić czasu na ukończenie/ nieuzasadnione wydłużenie czasu realizacji zamówienia przez projektanta), ale i osiągnięcie określonego rezultatu, który nie jest i nie może być zależny od samego projektanta.

W zakresie pkt 4.3.1 OPZ*„Inwentaryzacje i uzgodnienia”,* Odwołujący wskazał, że on nakłada na projektanta obowiązek uzyskania: *„...inne wymagane zezwolenia/opinie/uzgodnienia niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia”*. Sformułowanie to stanowi, zdaniem Odwołującego, podobnie jak powyżej w pkt 3, katalog otwarty, uniemożliwiający *de facto* określenie pełnej treści zobowiązania wykonawcy.

Odwołujący proponuje, aby określone w powyżej przywołanych postanowieniach OPZ uzgodnienia, mające stanowić

zobowiązania wykonawcy dookreślić w postaci zamkniętego katalogu i ograniczyć co najwyżej do obowiązku przygotowania przez wykonawcę kompletnego wniosku do właściwego organu celem finalnego pozyskania wymaganego zezwolenia (czy szerzej uzgodnienia). Ponadto w zakresie pkt 2.2. OPZ ppkt 15 Odwołujący proponuje, aby działania projektanta ograniczyć tylko do odpowiedzialności za przygotowanie stosownego wniosku o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym. Następnie z zakresie § 20 ust. 4 i 5 Tom II — Warunki Umowne Odwołujący żąda wskazania/doprecyzowania, że w sytuacji, kiedy opóźnienia w wydaniu decyzji/uzgodnieniu warunków z gestorem, wynikają z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (np. zakwestionowanie przez inwestora lub brak akceptacji warunków technicznych lub warunków umowy przyłączeniowej/kolizyjnej przez inwestora) to nie obciąża to wykonawcy, co uzasadnia stosowne roszczenie o przedłużenie czasu na ukończenie (innymi słowy — stanowi ryzyko czasowe Zamawiającego a nie projektanta). W kontekście pkt 4.3.1. OPZ Odwołujący żąda, aby Zamawiający opublikował pełną treść sporządzonego *„Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego”* i wskazał w dokumentacji zamówienia, że wykonawca do wyceny ma przyjąć kolizje ujęte w studium, a wszystkie dodatkowe kolizje, zidentyfikowane później będą stanowić ryzyko finansowe i czasowe Zamawiającego. Takie żądanie ma na celu wyraźne rozdzielenie ryzyk, które wyjściowo obciążają jedną ze stron umowy. Sytuacja, w której — w przypadkach niewyartykułowanych wprost w dokumentacji zamówienia — dochodzi do konfliktów lub *„niemożności wyraźnego podjęcia decyzji”* finalnie obciążają samego wykonawcę jest podstawowym argumentem na wskazane powyżej żądania Odwołującego, mającego wieloletnie doświadczenia z realizacji tożsamych zamówień.

- Pkt 2.2. OPZ (pkt 11 i 12 uzasadnienia odwołania)

W ocenie Odwołującego, w kontekście wskazanej powyżej konieczności pozyskania przez wykonawcę niezbędnych *„pozwoleń, uzgodnień, opinii”* od podmiotów trzecich pojawiają się daleko idące niejasności wynikające z braku doprecyzowania zakresu i formy działania wykonawcy w jego partycypacji przy pozyskiwaniu rzeczonych zgód. Pkt 2.2. OPZ jest nieprecyzyjny w zakresie działania (pełnomocnictwa do działania) wykonawcy, kiedy referuje do takich sformułowań, jak:

Wykonawca w porozumieniu z Zamawiającym przygotuje i uzgodni...

Wykonawca wraz z Zamawiającym będzie uczestniczył w procesie uzgodnień .

Wykonawca, w porozumieniu z Zamawiającym, na wskazanym etapie uzgodni zapisy porozumień z odpowiednimi interesariuszami.

Odwołujący wskazał, że ze względu na charakter oczekiwanych działań wykonawcy, które polegają na *de facto* występowaniu i negocjowaniu w imieniu Zamawiającego formuły prawnej określonych uzgodnień, konieczne jest jednoznaczne określenie pełnomocnictw (zakresu działania wykonawcy), które odnosiłyby się do określonego rezultatu działania, jaki obciążałby wykonawcę, a nie tylko samego, niedookreślonego stanu działania. Dokonując rewizji wskazanych powyżej nieprecyzyjnych sformułowań Odwołujący wskazał, że należy określić wprost czy przykładowo projektant może sam wystąpić o określone warunki, uzgodnienia, decyzje (np. środowiskowe, lokalizacyjne, PnB) oraz czy materiały do tych wystąpień podlegają zatwierdzeniu przez Zamawiającego oraz ile ten proces zatwierdzania maksymalnie trwa (powinien trwać). Odwołujący uzasadnił, że powyższe żądanie wynika z konieczności wyraźnego rozdzielenia obowiązków (kompetencji) stron umowy o zamówienie publiczne, tak aby można było na etapie realizacji umowy bez większych wątpliwości określić nie tylko zakres obowiązków danej strony, ale przede wszystkim maksymalnie uniezależnić działania jednej strony od drugiej. Sam niedookreślony obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy, bez sprecyzowania rezultatu tych działań może negatywnie wpływać na etapie realizacji na konkretne określenie konkretnych czynności, do wykonania których zobowiązana jest dana strona (jak formalnoprawne złożenie wniosku, przygotowania operatu, czy zatwierdzenie określonego projektu dokumentu etc.). Odwołujący wskazał ponadto, że żądanie to jest też o tyle zasadne, że doprowadzi także do ujednolicenia i przejrzystości w treści całego OPZ. Przykładowo w pkt 3.1 OPZ Zamawiający potrafił — w niektórych miejscach sprecyzować formę działania wykonawcy, jak np. wskazując, że: *„Udzielenie przez Zamawiającego pomocy w uzyskaniu Informacji od podmiotów innych niż Zamawiający będzie polegało na: a) wystawieniu pełnomocnictwa... ”* (str. 16 OPZ).

- pkt 3,1 OPZ — „Założenia ogólne dla Wykonawcy” (pkt 13 uzasadnienia odwołania)

Z postanowienia tego wynika, że w celu należytego wykonania Umowy zakłada się *„współpracę oraz pomoc ze strony Zamawiającego”* oraz że Zamawiający *„będzie udzielał niezbędnych informacji”* dla wykonawcy. Jak wskazano w pkt 10 powyżej, niedookreślenie zakresu nie tylko określonych działań, ale także czasu reakcji drugiej strony, powoduje niejednokrotnie spory i nieuzasadnione błędy w komunikacji przekładające się następnie na terminowość realizacji działań wykonawcy. Wobec powyższego Odwołujący wnosi, aby w zakresie pkt 3.1. ppkt 1 OPZ w odniesieniu do *„I) współpracy oraz pomocy ze strony Zamawiającego... ”* - dodać doprecyzowanie/ odniesienie, referujące do obowiązującej u Zamawiającego aktualnej procedury nr SMSPW-09 (Bezpieczne projektowanie infrastruktury kolejowej i zasady współpracy z projektantami). W ocenie Odwołującego bezpośrednie przywołanie w treści OPZ rzeczonej procedury

pozwoli, w razie wątpliwości interpretacyjnych, czy *„zakłóceń we współpracy stron umowy”*, odwołać się do określonych postanowień procedury, określającej chociażby zasady obiegu dokumentacji, zgłaszania uwag etc. Ponadto powołanie się w OPZ na wskazaną — aktualną i także załączoną do dokumentacji zamówienia procedurę nr SMS-PW-09 ma także i tę zaletę, że wykonawca będzie miał w pełni wiedzę, jakie wprost procedury go obowiązują (w szczególności, że ta wskazana, postulowana, rozwiązuje wiele sytuacji konfliktogennych, co jest podstawą stawianych zarzutów. Podstawą powyższego żądania Odwołującego jest fakt, że procedura ta jest tylko pośrednio przywołana przez Zamawiającego, ponieważ w OPZ Załącznik 1 jest wskazane odniesienie do przepisów i regulacji Zamawiającego umieszczonych na serwerze. Odwołujący podniósł, że treść serwera może ulec zmianie bez wiedzy wykonawcy. Ponadto problemem technicznym, ale w pełni zasadnym, jest pytanie — czy i w jakim zakresie wykonawca powinien śledzić/ monitorować i porównywać rozliczne dokumenty wewnętrzne krajowego inwestora. Praktyką jest, że niektórzy wykonawcy dla jednoznaczności umownych zobowiązań robią *„zdjęcie fotograficzne”* treści serwera zamawiającego na dzień złożenia umowy. Niemniej jednak jest to tylko zapis, który nie odzwierciedla wprost samej treści widniejących na serwerze załączników, których treść może być zmieniona bez zmiany tytułu samego pliku (załącznika). Aktualne brzmienie wskazanego załącznika nr 1 pozwala Zamawiającemu zmienić dowolnie treść umowy (poprzez zmianę treści regulacji/przepisów wewnętrznych) nawet bez informowania o tym projektanta (wykonawcy). Dlatego też — Odwołujący wprost żąda, co wydaje się tylko kwestią ściśle techniczną Zamawiającego, aby wprost odwołać się w dokumentacji zamówienia do określonej procedury wewnętrznej Zamawiającego (aktualnej) i co znamienne, załączenie tej procedury do dokumentacji zamówienia. Pozwoli to uniknąć wskazanych wątpliwości/ nieprawidłowości.

- Hierarchia dokumentów (pkt 14 uzasadnienia odwołania)

W powyższym kontekście Odwołujący żąda uzupełnienia S 2 ust. 5 Projektu Umowy (Tom II SWZ) o umieszczenie regulacji dot. pierwszeństwa dokumentów, jak niżej:

1)Przepisy prawa krajowego i europejskiego
2)Umowa wraz z załącznikami i aneksami oraz wszelkimi innymi dokumentami powstałymi w trakcie realizacji i uznanymi przez obie Strony za część Umowy.
3)Specyfikacja Warunków Zamówienia („SWZ”), w tym IDW i OPZ, wraz z pytaniami i odpowiedziami oraz dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmiany treści SWZ (jeżeli dotyczy).
4)Regulacje i przepisy wewnętrzne Zamawiającego
5)Oferta z dnia wraz z załącznikami do tej Oferty.

- pkt 3.3. OPZ *„Koordynacja z innymi Inwestycjami”* (pkt 15 -18 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący zwrócił uwagę, że w pkt tym wskazano na obowiązek wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych/przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami w liniach rozgraniczających zamówienie oraz na obszarze jego oddziaływania. W pkt 3.2. OPZ *„Rodzaje ryzyka”* Zamawiający wskazał także, że głównym ryzykiem zamówienia jest wzajemne powiązanie zadań określonych w OPZ w kontekście pozyskania niezbędnych zgód i pozwoleń. Implikuje to konieczność wzięcia na wykonawcę ryzyka *„niekorzystnych dla Zamawiającego decyzji władz lokalnych”*, co może wprost wydłużyć okres ich uzyskiwania w zakresie zgodnym z interesem Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że działania podmiotów trzecich (tutaj organów administracyjnych) nie mogą obciążać wykonawcy, stanowić dla niego wyraźnie wyartykułowane w OPZ ryzyko. Zamawiający objęte niniejszym Postępowaniem zamówienie na podstawie umowy z władzami lokalnymi (takie są podstawowe założenie programu *„Kolej Plus”*) i jeżeli decyzje władz lokalnych wymagają odwołania w rozumieniu Zamawiającego, to wpływ czasowy nie może, zdaniem Odwołującego, stanowić ryzyka projektanta. To samo dotyczy określonego w pkt 3.2 OPZ ppkt 4) ryzyka i zagrożenie dot. *„zmiany w materiałach przetargowych które mogą być zalecone przez instytucje publiczne lub samorządowe”* (str. 17 OPZ). Odwołujący podkreślił, że jeżeli Zamawiający na skutek działania strony trzeciej zażąda zmiany w zatwierdzonej przez siebie dokumentacji, to koszt i czas wykonania tej zmiany nie może stanowić ryzyka wykonawcy. Takie zdefiniowanie ryzyka i zagrożenia, które nie pozwala na jego parametryzację przez wykonawcę (określenie prawdopodobieństwa wystąpienia, wyceny, uwzględniania ryzyka w cenie oferty etc.) jest niedopuszczalne w ramach wymogów jednoznaczności i precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że powyższe żądanie ma konkretny wymiar praktyczny. Zgodnie bowiem z § 20 ust. I pkt 2) Tom II — Warunki Umowne *„w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji publicznej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organów i podmiotów, których działalność wymaga wydania jakiejkolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:*

a)opóźnienie w wydaniu przez ww. organ decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów;

b)odmowa wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;" istnieje możliwość zmiany postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty. Niemniej jednak, jeżeli warunkiem dokonania ww. zmiany jest *„niezawinienie po stronie wykonawcy"*, a w OPZ ryzykiem niekorzystnych dla Zamawiającego decyzji władz lokalnych obciąża się wykonawcę — to *de facto* wskazana podstawa zmiany umowy będzie niemożliwa do przeprocedowania.

Wobec powyższego Odwołujący żąda wyraźnego wskazania w pkt 3.2 i 3.3. OPZ, że ewentualne przyszłe inne projekty Zamawiającego, czy już trwające, zlokalizowane na tożsamym obszarze będą koordynowane do projektu objętego zamówieniem, że ryzyka związane z koordynacją tych — niezależnych od wykonawcy projektów — będą po stronie Zamawiającego. Ponadto Odwołujący żąda wskazania, że jeżeli działania w ramach innych projektów związane ze zgłaszaniem prac geodezyjnych (ZUD, inwentaryzacje powykonawcze, podziały działek, równolegle z projektowaniem prowadzone prace budowlane) prowadzone przez Zamawiającego, jego innych wykonawców lub strony trzecie wpłyną na dezaktualizację mapy do celów projektowych opracowanej w ramach zamówienia to ryzyko to w kontekście kosztu i czasu stanowi realizacji projektu będzie stanowiło ryzyko Zamawiającego, nie będzie obciążało wykonawcy.

- pkt 4.2 OPZ — *„Szczegółowy opis realizacji przedmiotu zamówienia"* (pkt 19 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wskazał, że postanowienie to dotyczy licznych zobowiązań wykonawcy, jak chociażby konieczności oparcia się przez wykonawcę na określonych wytycznych funkcjonalnych, podjęcia działań optymalizacyjnych itp. Odwołujący żąda w tym zakresie doprecyzowania punktu przez jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia przez zobowiązanie wykonawcy do wizji lokalnej obiektów do remontu oraz określenie wymaganej minimalnej trwałości obiektu, którą Zamawiający oczekuje od projektanta (w celu oszacowania zakresu działań projektu remontu lub konieczności rozbiórki obiektu i zaprojektowania nowego). Takie doprecyzowanie pozwoli wykonawcy na dookreślenie zakresu jego zobowiązań umownych i tym samym pozwoli na rzetelną kalkulację ceny oferty. Na obecnym etapie brak informacji o wizji lokalnej w całym OPZ oraz brak określenia trwałości obiektów, które *de facto* stanowią zasadniczą część zadania wykonawcy, powoduje że OPZ w tym zakresie jest nieprecyzyjny.

- pkt 4.3.3 OPZ *„Koncepcja Programowo-Przestrzenna"* (pkt 20 – 23)

Odwołujący wyjaśnił, że wskazano w tym postanowieniu w sposób ogólny zobowiązanie wykonawcy do niezwłocznie po podpisaniu umowy rozpoczęcia opracowania Koncepcji Programowo-Przestrzennej, w której mają zostać szczegółowo określone rozwiązania funkcjonalne w oparciu o SWZ, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (o ile została uzyskana) oraz udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację. Rzeczona Koncepcja Programowo-Przestrzenna (KPP) powinna według OPZ zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych w WSPP (Wstępne Studium Planistyczno-Prognostyczne). Odwołujący żąda, aby jego zobowiązanie wynikające z opracowania Koncepcji Programowo-Przestrzennej nie odnosiło się do analizowania wszystkich koncepcji z WSPP, ale uwzględnienia tylko jednej koncepcji — Wariancie 1a. Zdaniem Odwołującego, konfrontacja zapisów pkt 4.3.3. OPZ (konieczność analizy wszystkich wariantów z WSPP) z obowiązkiem wynikającym z pkt 4.2 OPZ (Szczegółowy opis realizacji przedmiotu zamówienia) wprowadza niejednoznaczność w określeniu pełnego zakresu zobowiązań projektanta. Zgodnie z pkt 4.2 OPZ —*„W swoich działaniach wykonawca powinien opierać się na wytycznych funkcjonalnych wynikających z WSPP - Wariant la - opracowanego na potrzeby zadania „Odbudowa rozebranej linii kolejowej nr 198 Pyskowice - Pyskowice Miasto dla przywrócenia połączenia na trasie: Katowice - Gliwice - Pyskowice Miasto" w określonym w WSPP i wybranym przez Zamawiającego wariancie realizacji. Wyciąg z WSPP znajduje się w Załączniku nr 2"* (str. 19 OPZ). Wariant 1a WSPP został opracowany na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia, wobec tego nałożenie na wykonawcę — w sposób nieprecyzyjny, a co najmniej niejednoznaczny, wymagania analizowania wszystkich wariantów z WSPP, daje z jednej strony wykonawcy niepewność, co do rzeczywistego zakresu jego zobowiązania, w tym oszacowania niedopuszczalnego ryzyka, że Zamawiający powołując się na wskazany pkt 4.3.3. OPZ (konieczność analizy wszystkich wariantów z WSPP) wymusi na wykonawcy wykonanie dodatkowych zakresów analizy.

Ponadto w odniesieniu do pkt 4.3.3. OPZ Odwołujący żąda wykreślenia zapisu o konieczności uwzględnienia zgodności opracowywanej Koncepcji Programowo Przestrzennej z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (DOŚ). Na etapie podejmowania zobowiązania wynikającego z niniejszego Postępowania zakres świadczeń wykonawcy powinien być doprecyzowany i przewidywalny, w taki sposób, aby chociażby oszacować nakład i zakres prac, nie wspominając o precyzyjnym oszacowaniu ceny ofertowej. Kluczowe jest wskazanie, że Zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 3 (Harmonogram) oczekuje opracowania KPP w ciągu 45 dni od podpisania umowy oraz uzyskania ostatecznej DOŚ po 405 dniach. Z zapisu OPZ wynika, że wykonawca nie może wykonać KPP w terminie, ponieważ jest związany uwzględnieniem w treści KPP zapisów decyzji, którą uzyska dopiero po 405 dniach.

Odwołujący żąda wykreślenia w pkt 4.3.3. OPZ sformułowania:

„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 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."

Sama Koncepcja Programowo-Przestrzenna podlega uzgodnieniu z Zamawiającym, stąd też wskazywanie, że ewentualne błędy i uchybienia w jej przygotowaniu mogą stanowić podstawę roszczeń Zamawiającego wobec wykonawcy jest nieuprawnione, a co najmniej zbyt ogólne.

- pkt 4.3.9 OPZ *„Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno inżynierskiej"* (pkt 24 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wyjaśnił, że w praktyce ten pkt OPZ referuje do ustawy Prawo geologiczne i górnicze, które wymaga, aby wykonawca wystąpił jednokrotnie do właścicieli działek, na których mają być zlokalizowane badania geologiczne (art. 80 pkt 2) i 3) oraz art. 85b), art. 41). Wykonawca nie może przyjąć na siebie odpowiedzialności (przedłużony czas na ukończenie) za ewentualne odmowy wstępu na działki przewidziane do wywłaszczenia ramach decyzji i decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej oraz za działki z nieuregulowanym stanem prawnym (np. sprawy spadkowe, brak kontaktu z właścicielami etc.). Zgody na wejście w teren działek konieczne są do uzyskania zatwierdzenia projektu robót geologicznych. W tym zakresie Odwołujący podkreśla, że aby wykonać badania geologiczne musi posiadać prawo wejścia na teren danej nieruchomości. W przypadku, gdy realizacja zamówienia wymaga pozyskania nowych nieruchomości to wykonawca nie może ich wykonać (a nawet nie może zatwierdzić projektu robót geologicznych bez zgody strony trzeciej). Jest to powszechna sytuacja do blokowania inwestycji. Odwołujący żąda, aby w zakresie pkt 4.3.9 OPZ *„Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno inżynierskiej"* wprowadzić zapisy wskazujące, że wszelkie sytuacje niezależne od wykonawcy, jak działania/ zaniechania osób trzecich — właścicieli działek nieruchomości, nie będą obciążać wykonawcy w zakresie roszczeń Zamawiającego dot. czasu na ukończenie i roszczeń finansowych ze strony Zamawiającego.

- pkt 601.2 OPZ *„Zespól Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI)"* (pkt 25-27 uzasadnienia odwołania)

W postanowieniu tym wskazano, że *„Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI)"* zostanie powołany przez Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, ze głównym zadaniem ZOPI jest opiniowanie i uzgadnianie całościowych lub cząstkowych opracowań dokumentacji projektowej. Na podstawie opinii ZOPI Zamawiający dokonuje odbioru poszczególnych etapów Projektu. Zamawiający, na wniosek ZOPI, zlecać będzie opinie zewnętrzne konieczne do weryfikacji prac Wykonawcy. Prace ZOPI reguluje oddzielny dokument wewnętrzny PKP PLK S.A. Pozytywna opinia ZOPI nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za opracowaną dokumentację. Odwołujący żąda, w rzeczonym pkt 6.1.2 OPZ zostało jednoznacznie wskazane, że odbiory dokumentacji będą odbywały się zgodnie z procedurą Zamawiającego nr SMS-PW-09. Uzasadnienie żądania zawarto w pkt 11 powyżej. Ponadto Odwołujący żąda udostępnienia przywołanego w pkt 6.1.3 OPZ załącznika tj. Regulaminu ZOPI, tak aby opis procedury odbiorowej był jednoznaczny.

- pkt 6.2.4 OPZ „Personel wymagany do realizacji Zamówienia" oraz w pkt 8.6.2. IDW (Instrukcja dla Wykonawców) Tom I SWZ (pkt 28 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wskazał, że w tych postanowieniach w odmienny sposób podano wymagania dla personelu wykonawcy. W OPZ (str. 71-72) rozdzielono stanowiska Koordynatora Projektu i Głównego Projektanta, z kolei w IDW (str. 10) połączono wskazane funkcje. Odwołujący żąda ujednolicenia tych zapisów.

- definicja pobytu (pkt 29 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący podniósł, żeZamawiający przewidział w Załączniku nr 1B (Wzór załącznika 1B do formularza ofertowego), że rozliczenie pełnienia nadzoru autorskiego (netto) będzie dokonane przy uwzględnieniu ceny za jeden dzień pobytu. Odwołujący żąda doprecyzowania w dokumentacji zamówienia, że jeden pobyt nadzoru autorskiego odnosi się tylko i wyłącznie do jednego dnia (jeden pobyt nie może obejmować więcej niż jednego dnia). W konsekwencji Odwołujący żąda wykreślenia sformułowania z pkt 4.4.2 OPZ *„Pełnienie nadzoru autorskiego", że: „…jeden pobyt może obejmować więcej niż jeden dzień".*

- Załącznik nr 3 do OPZ Harmonogram Rzeczowo – Finansowy (HRF) (pkt 30 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący wskazał, że Załącznik nr 6 do OPZ - Harmonogram RzeczowoFinansowy (HRF) jest nieaktualny, co wymaga jego dostosowania. Odnosi się to do procesu uzyskiwania uzgodnień projektów dot. decyzji środowiskowej i ULLK (patrz instrukcja la-14 Zamawiającego). W tym zakresie Odwołujący wskazuje na pkt.:

— P.4.1 i 4.2 FRF - zakłada się złożenie wniosku o pozwolenie wodnoprawne przed uzyskaniem decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej (ULICP)/o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (ULLK; P. 3.1 i 3.2 HRF). W ocenie Odwołującego jest to wprost zaprzeczenie zapisów ustawy prawo wodne S 407 PI) pp 3) gdzie decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (lub równoważna jej decyzja o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej) stanowi załącznik do wniosku o pozwolenie wodnoprawne. Wynika z tego zatem bezpośrednio, że nie można skutecznie złożyć wniosku o pozwolenie wodnoprawne nie dysponując decyzją ULICP/ULLK.

— P.6 HRF — uzyskanie - Pozwolenia na budowę 578 dni od początku umowy oraz uzyskanie ULICP/ULLK 554 dni od podpisania umowy. Decyzja ULICP/ULLK (P3.1 i 3.2 HRF) oraz następujące po niej decyzja o pozwoleniu wodnoprawnym (P4.1 i P.4.2 HRF) stanowi w załączniku do wniosku o pozwolenie na budowę (Prawo budowlane, art. 33 p2) ppkt 3) (wymieniona decyzja o warunkach zabudowy jest równoważna decyzjom ULICP/ULLK zgodnie z art. 4 p 2 ustawy o planowaniu przestrzennym). Ponadto zgodnie z Prawem wodnym art. 388 p. 2 pp. 1 pozwolenie wodnoprawne wydaje się przed uzyskaniem pozwolenia na budowę.

— Zgodnie z Prawem budowlanym art 35 p.6) pp 2) organ wydaje pozwolenie na budowę po 45 dniach od złożenia wniosku.

- Zamawiający oczekuje uzyskania pozwolenia po 578-554 = 24 dniach.

— Odwołujący postuluje zmianę OPZ, że jeżeli wystąpi spór kompetencyjny co do właściwości (rzeczowej lub miejscowej) organów (a takie się w praktyce zdarzają powszechnie), to ryzyko czasowe wynikające z tego sporu nie powinna stanowić ryzyka wykonawcy.

➢ Warunki udziału w Postępowaniu (pkt 31 – 35 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt lll. I .3) ppkt 2 a) Ogłoszenia o zamówieniu:

„2. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

a) Koordynator Projektu/Główny Projektant - Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej".

Odwołujący żąda, aby w zakresie ww. wymagań dot. Koordynatora Projektu/Głównego Projektanta Zamawiający dopuścił *„Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w „specjalności architektonicznej"* zamiast specjalności *„kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej"*. Ponadto Odwołujący żąda wydłużenia okresu w ramach którego ww. osoba posiadałaby stosowne doświadczenie z 5 na 10 lat, poprzez wskazanie *„Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert... "*.

W ocenie Odwołującego, zgodnie z zapisami OPZ, zasadniczym celem realizowanego zamówienia ma być dostosowanie infrastruktury kolejowej do rzeczywistych potrzeb przewoźników i kontrahentów oraz do prognozowanych kierunków rozwoju, rzeczone uprawnienia w pełni adekwatne do realizacji przedmiotu zamówienia, do architektury obiektu. Powyższe w sposób adekwatny referuje do funkcji projektowania w specjalności architektonicznej, a niekoniecznie inżynieryjnej. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem nowa, kompleksowa rewitalizacja linii kolejowej, ale jej dostosowanie do uzyskania pasażerskiego połączenia kolejowego dla południa miasta Pyskowice, co zasadniczo przedkłada się na architekturę obiektów zastanych, a nie nowotworzonych. Zmiana warunku udziału w Postępowaniu będzie urzeczywistniała zasadę wyboru wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający ma obowiązek określać warunki postępowania w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Po drugie, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 ustawy PZP tj. z zasadą proporcjonalności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wreszcie po trzecie, nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania Zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. 1-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu. Przekładając tę zasadę na formułowane przez Zamawiającego warunki postępowania zdaniem Odwołującego należałoby stwierdzić, że podjęte przez Zamawiającego działania w tym zakresie służyć powinny zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający formułując warunki postępowania powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez Zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie.

➢ Warunki Umowne dotyczące waloryzacji (pkt 36 – 38 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący żąda zmiany § 21 ust. 8 Tomu II S WZ — Warunki Umowy („WU") poprzez nadanie mu treści:

„Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w 4 ust. I 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 wskazał, że rzeczona zmiana korekt wynagrodzenia wynika z konieczności dostosowania poziomu umownego wskaźnika cen do realiów rynkowych. Dzisiaj już aktualnie powszechną wiedzą jest, że rynkowy wzrost cen, inflacja etc. przewyższa mocno próg 10%, co jest i musi być uznany za wartość sztuczną, nierynkową.

Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w orzeczeniu KIO w sprawie sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22 z dnia 25.10.2022 r. gdzie wprost wskazano, że:

„W ocenie Izby, zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron."

W złożonej pismem z 9 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że częściowo uwzględnia zarzut wskazany w pkt I.2 petitum odwołania, tj. w zakresie żądania wydłużenia do 10 lat okresu, w którym wykonawca może wykazać doświadczenie *„Koordynatora Projektu/Głównego Projektanta"*. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą zainteresowanym udziałem w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba była zobowiązana wziąć pod uwagę zmiany treści SWZ wprowadzone przez Zamawiającego zmianą ogłoszenia o zamówieniu z 13 marca 2023 r. oraz w wyniku wyjaśnień treści SWZ z tego samego dnia, które zostały Izbie przekazane w toku rozprawy przez Zamawiającego.

Odnotowania wymaga, że ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 marca 2023 pod nr 2023/S 051-150730, Zamawiający dokonał następującej modyfikacji.

Zamiast:

„1. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej:

(...).

2. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

a). Koordynator Projektu/Główny Projektant - Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej. Kwalifikacje (doświadczenie): Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 (dwa) opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), przy czym każde

opracowanie musi obejmować minimum 3 (trzy) branże – torową, sieć trakcyjną, obiekty inżynieryjne, dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej w zakresie łącznie co najmniej 1 (jednego) szlaku i 2 (dwóch) stacji kolejowych (każda obejmująca przynajmniej 2 (dwa) tory główne dodatkowe i 2 (dwie) krawędzie peronowe), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Za 1 (jedną) dokumentację projektową uważa się dokumentację na podstawie której pozyskano co najmniej 1 (jedną) decyzję o pozwoleniu na budowę.

b) Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

c) Koordynator w branży mostowej (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

d). Koordynator w branży kolejowe sieci trakcyjne(...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

e) Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu:

a) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).”

Powinno być:

„1. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej:

(...).

2. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

a) Koordynator Projektu - Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej. Kwalifikacje (doświadczenie): Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 (dwa) opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), przy czym każde opracowanie musi obejmować minimum 3 (trzy) branże – torową, sieć trakcyjną, obiekty inżynieryjne, dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej w zakresie łącznie co najmniej 1 (jednego) szlaku i 2 (dwóch) stacji kolejowych (każda obejmująca przynajmniej 2 (dwa) tory główne dodatkowe i 2 (dwie) krawędzie peronowe), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Za 1 (jedną) dokumentację projektową uważa się dokumentację na podstawie której pozyskano co najmniej 1 (jedną) decyzję o pozwoleniu na budowę.

b) Główny Projektant - Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej. Kwalifikacje (doświadczenie): Doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 (dwa) opracowania wielobranżowej dokumentacji projektowej (każda obejmująca co najmniej projekt budowlany i projekt wykonawczy), przy czym każde opracowanie musi obejmować minimum 3 (trzy) branże – torową, sieć trakcyjną, obiekty inżynieryjne, dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej w zakresie łącznie co najmniej 1 (jednego) szlaku i 2 (dwóch) stacji kolejowych (każda obejmująca przynajmniej 2 (dwa) tory główne dodatkowe i 2 (dwie) krawędzie peronowe), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. Za 1 (jedną) dokumentację projektową uważa się dokumentację na podstawie której pozyskano co najmniej 1 (jedną) decyzję o pozwoleniu na budowę.

c) Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

d) Koordynator w branży mostowej (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

e). Koordynator w branży kolejowe sieci trakcyjne (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).

f) Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym (...). Kwalifikacje (doświadczenie): W okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu:

a) wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (...).”

Zamawiający dokonał więc wydłużenia okresu doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Koordynatora Projektu i

Głównego Projektanta z 5 lat na 10 lat oraz dokonał rozdzielenia tych dwóch funkcji.

Na podstawie Tom II Warunki umowy (dalej: *„WU”*), ustalono że zgodnie z § 2 pkt 5 WU: *„5. Dokumenty tworzące Umowę uznaje się za wzajemnie objaśniające się. W przypadku rozbieżności lub dwuznaczności będą one odczytywane i interpretowane jako części Umowy w następującym porządku pierwszeństwa:*

1) Umowa wraz z załącznikami i aneksami oraz wszelkimi innymi dokumentami powstałymi w trakcie realizacji i uznanymi przez obie Strony za część Umowy,

2) Specyfikacja Warunków Zamówienia („SWZ”), w tym IDW i OPZ, wraz z pytaniami i odpowiedziami oraz dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmiany treści SWZ (jeżeli dotyczy),

3) Oferta z dnia ..... wraz z załącznikami do tej Oferty.”

Natomiast jak wynika z treści §20 *„Zmiany umowy”*, zmiana umowy w może nastąpić m.in. w następujących przypadkach:

„1. Zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, możliwa jest w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności i w zakresie określonym poniżej:

1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT) nastąpi zmiana wynagrodzenia w stopniu odpowiadającym zmianie stawki tego podatku (zmiana taka nie wymaga pisemnego aneksu do Umowy, rozliczenie nastąpi na podstawie aktualnie obowiązującej stawki VAT, zgodnie z § 4 ust. 2);

2) w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji publicznej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organów i podmiotów, których działalność wymaga wydania jakiejkolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

a) opóźnienie w wydaniu przez ww. organ decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane na mocy przepisów prawa lub regulaminów;

b) odmowa wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

3) w przypadku zmiany warunków technicznych gestorów sieci, w szczególności sieci energetycznych, gazowych, wodociągowo-kanalizacyjnych, co uniemożliwia realizację przez Wykonawcę obowiązków wynikających z Umowy;

4) w przypadku opóźnienia gestorów sieci w zakresie wydania warunków przyłączeniowych pomimo spełnienia przez Wykonawcę wszystkich warunków ich otrzymania;

– o ile ich powstanie nie jest lub nie było w jakikolwiek sposób zależne od Wykonawcy — zmianie może ulec termin realizacji Umowy lub termin wykonania Etapów lub Faz,odpowiednio do okresu trwania przeszkody/okoliczności, o której mowa powyżej, a która uniemożliwia realizację przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z jej treścią i w sposób należyty;

5) w przypadku wydłużenia czasu trwania postępowania przetargowego w stosunku do zakładanego czasu przez Zamawiającego, wskazanego w Umowie – zmianie może ulec termin realizacji Umowy;

6) w przypadku gdy nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub przepisów wewnętrznych Zamawiającego możliwa jest zmiana sposobu wykonania zamówienia, zmiana terminu realizacji Umowy lub terminu wykonania Etapu lub Etapów o niezbędny realny czas do dostosowania Etapu lub Etapów do obowiązujących przepisów prawa lub zmiana wynagrodzenia (do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych kosztów). Jeżeli przed dokonaniem odbioru poszczególnych Etapów Fazy I (potwierdzonego Protokołem Odbioru) nastąpi zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa lub przepisów wewnętrznych Zamawiającego, która będzie miała wpływ na wykonanie nieodebranego Etapu lub Etapów i która była znana w najpóźniejszym dniu na złożenie Oferty (tj. została opublikowana w Dzienniku Ustaw lub stronie internetowej www.plk-sa.pl w zakładce Dla klientów i kontrahentów > Akty prawne i przepisy lub na platformie zakupowej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pod adresem https://platformazakupowa.plk-sa.pl w zakładce „Regulacje i procedury procesu zakupowego” w katalogu o tej samej nazwie lub w katalogu „Inne dokumenty odniesienia”) to Wykonawca dostosuje dany Etap lub Etapy do zmienionych przepisów w ramach wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 Umowy.

7) Strony przewidują możliwość zmiany terminów Umowy lub poszczególnych Etapów/Faz Umowy, określonych w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym, wyłącznie z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i mających wpływ na wykonanie przedmiotu Umowy lub jego poszczególnych Etapów/Faz w następujących przypadkach:

a) szczególnie uzasadnionych trudności w pozyskiwaniu materiałów wyjściowych do realizacji poszczególnych Etapów Umowy,

b) objęcia zasobów, tworów i składników przyrody objętych przedmiotem zamówienia jedną z form przewidzianych w ustawie o ochronie przyrody, zmiana ich granic lub przedmiotu ochrony,

c) odkrycia zabytku lub wprowadzenia istotnej dla przedsięwzięcia zmiany formy jego ochrony, d) nałożenia przez właściwy organ obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oceny oddziaływania na środowisko lub oceny oddziaływania na obszar Natura 2000,

e) wystąpienia prac dodatkowych;

f) udzielenia przez Zamawiającego innego zamówienia (wpływającego na termin realizacji niniejszej Umowy); (…)".
Jak wynika z §21 ust. 1 WU:
„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."
Na podstawie Tomu III Opis przedmiotu zamówienia (dalej: *„OPZ"*), ustalono co następuje.
Pkt 1.2 Terminologia i skróty, w pkt 26) zawarto definicję pobytu, zgodnie z którą: *„Pobyt - wykonanie czynności nadzoru autorskiego polegające na:*
a) fizycznej obecności na placu budowy lub w innym miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, trwającej 8 godzin (do czasu trwania obecności nie są wliczane dojazdy, noclegi itp.); przyjmuje się, że obecność trwająca krócej niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu;
b) sporządzeniu opracowania lub dokumentacji (opracowanie tekstowe, szkice, rysunki, obliczenia, analizy, itp.), niezależnie od miejsca wykonywania tej pracy; przyjmuje się, że jeden Pobyt w tym zakresie obejmuje 8 godzin pracy, sporządzenie opracowania/ dokumentacji w czasie krótszym niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu;"
Izba ustaliła, że definicja ta jest tożsama w treści z definicją pobytu zawartą w treści § 1 pkt 11) WU.
Pkt 1.3.2. OPZ stanowi, że: *„Projekt swoim zakresem obejmuje:*
a) linię kolejową nr 198 (Pyskowice – Pyskowice Miasto) od stacji Pyskowice do stacji Pyskowice Miasto (ze stacją) czyli od km 0,000 do km 5,000 – łącznie 5,000 km linii.
b) linie kolejową nr 132 rozpoczyna się na stacji Pyskowice w km 39,600 natomiast kończy za stacją Pyskowice (w kier. Wrocławia) w km 42,600."
Pkt 2.2 Cele i rezultaty zamówienia stanowi m.in., że:*„Głównymi rezultatami Zamówienia jest uzyskanie: (…) 10) innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, w tym projektów fazowania robót, harmonogramy itd. Ponadto Wykonawca będzie zobowiązany w szczególności do: (…) 11) dostarczenia Zamawiającemu innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, (…)14) przygotowania treści umów z gestorami o przyłączenie oraz uczestnictwo Wykonawcy wraz z Zamawiającym w procesie ich podpisywania,*
15) uzyskania i uzgodnienia warunków usunięcia wszelkich kolizji z infrastrukturą techniczną należącą do osób trzecich, (w przypadku żądania gestora sieci zobowiązania się Zamawiającego do ustanowienia służebności, ewentualna umowa/porozumienie musi zawierać zapis zgodnie z którym:(…)".
Pkt 3.1 OPZ stanowi, że:*„W celu należytego wykonania Umowy zakłada się: 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. Współpraca obejmować będzie, w szczególności konsultacje w zakresie zagadnień branżowych dla zapewnienia właściwych rozwiązań funkcjonalnych;*
a) Udostępnianie Informacji będących w gestii jednostek i komórek PKP PLK S.A. może być zrealizowane według następującej procedury:
- *Wykonawca zwraca się pisemnie do jednostek lub komórek PKP PLK S.A. o udostępnienie oczekiwanych Informacji. Wniosek musi precyzyjnie określać oczekiwania w zakresie pozyskiwanych Informacji. Wniosek ma być przedłożony w odpisie do Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu. Koszty uzyskania danych leżą po stronie Wykonawcy;*
- *Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego informowania Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu o stanie uzyskiwania Informacji w raportach tygodniowych;*
- *Informacje będą udostępniane, o ile ich udostępnienie nie będzie naruszało interesów Zamawiającego;*

b) Ze strony Zamawiającego, osobami odpowiedzialnymi za koordynację udostępnienia Wykonawcy wewnętrznych Informacji, będących w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania, są Dyrektor Projektu i Kierownik Kontraktu.
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)). Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w terminie do 7 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia poszczególnych Etapów danych osób dla których oczekuje wystawienia stosownych pełnomocnictw. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się do wystawienia ww. pełnomocnictw w ciągu 7 dni kalendarzowych od dnia uzyskania od Wykonawcy właściwych danych do ich wystawienia.
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."

W pkt 3.2. OPZ wskazano rodzaje ryzyka przy realizacji umowy, jakie wykonawca powinien wziąć pod uwagę.

Pkt 3.3 Koordynacja z innymi inwestycjami stanowi, że:*„Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych / przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami w liniach rozgraniczających niniejszego Zamówienia oraz na obszarze jego oddziaływania.*

Dla zapewnienia spójności pomiędzy Projektem, a innymi projektami inwestycyjnymi i studiami wykonalności oraz zapewnienia optymalnego wykorzystania przeznaczonych na te projekty środków finansowych Zamawiający wymaga od Wykonawcy współpracy z Wykonawcami projektów powiązanych z niniejszym Projektem. Rozwiązania projektowe opracowane przez Wykonawcę mają umożliwić dowiązanie do istniejących oraz zmienionych warunków otoczenia przewidzianych do realizacji w ramach odrębnych projektów powiązanych takich jak:

- „Poprawa parametrów linii 132 na odcinku Bytom Bobrek – Opole Groszowice wraz z modernizacją węzła Opole oraz budową linii Pyskowice Miasto-Pyskowice"

Włączenie linii nr 198 w stację Pyskowice należy zaprojektować w sposób ograniczających zakres robót straconych w przypadku późniejszej przebudowy układu węzła Paczyna-Pyskowice realizowanego w ramach projektu powiązanego."

Pkt 4.2 Szczegółowy opis realizacji przedmiotu zamówienia zawiera m.in. postanowienie, zgodnie z którym:*„(…) W swoich działaniach wykonawca powinien opierać się na wytycznych funkcjonalnych wynikających z WSPP - Wariant 1a - opracowanego na potrzeby zadania „Odbudowa rozebranej linii kolejowej nr 198 Pyskowice - Pyskowice Miasto dla przywrócenia połączenia na trasie: Katowice - Gliwice - Pyskowice Miasto" w określonym w WSPP i wybranym przez Zamawiającego wariancie realizacji. Wyciąg z WSPP znajduje się w Załączniku nr 2 (…)".*

Pkt 4.3.1 stanowi m.in., że:*„(…) W zależności od przewidywanych robót i ich zakresu Projektant uzyska niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, opinie w tym: (…) i inne wymagane zezwolenia/opinie/uzgodnienia niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia."*

Pkt 4.3.3 Koncepcja Programowo Przestrzenna stanowi m.in., że:*„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.*

Koncepcja Programowo-Przestrzenna powinna zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych w WSPP. Wykonawca może zakwestionować koncepcje przedstawione w WSPP pod warunkiem rzetelnego uzasadnienia swoich stwierdzeń oraz potwierdzenia ich spójności z założeniami Rządowego Programu Kolej+. Za koncepcje i rozwiązania zawarte w KPP Wykonawca bierze pełną odpowiedzialność. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przyjąć rozwiązania zawarte w KPP różne od tych z wybranego wariantu opracowanego w WSPP. KPP powinna być zgodna z posiadaną przez Zamawiającego decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. W przypadku konieczności zmiany zakresu przedsięwzięcia, która wymagać będzie zmiany uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub uzyskania nowej decyzji, wszystkie obowiązki i koszty w tym zakresie spoczywać będą na Wykonawcy.

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 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. (…)"

Pkt 4.3.9 OPZ zawiera informacje w zakresie opracowania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno – inżynieryjnej.

Pkt 6.1.2 OPZ: „Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI) zostanie powołany przez Zamawiającego. Głównym zadaniem ZOPI jest opiniowanie i uzgadnianie całościowych lub cząstkowych opracowań dokumentacji projektowej. Na podstawie opinii ZOPI Zamawiający dokonuje odbioru poszczególnych etapów Projektu. Zamawiający, na wniosek ZOPI, zlecać będzie opinie zewnętrzne konieczne do weryfikacji prac Wykonawcy.

Prace ZOPI reguluje oddzielny dokument wewnętrzny PKP PLK S.A. Pozytywna opinia ZOPI nie zwalnia Wykonawcy odpowiedzialności za opracowaną dokumentację."

Pkt 6.2.4 OPZ wskazano personel wymagany do realizacji.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 8 ust.1 ustawy Pzp

Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.
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.
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.
art. 112 ust. 1 ustawy Pzp
Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp
1.18) 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.
art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) dalej: *„k.c."*
Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
art. 353^1 k.c.
Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
art. 355 k.c.
§ 1. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).
§ 2. Należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Odwołanie tylko częściowo zasługiwało na uwzględnienie, a w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu, z następujących powodów.

<u>*Ad* zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, pkt I.1 petitum odwołania i skorelowanych z nim żądań wprowadzenia zmian treści SWZ</u>.

- pkt 2 i 3 odwołania dotyczący pkt 2.2 ppkt 10 Tom III SWZ – OPZ

Zarzut został oddalony z uwagi na jego bezzasadność. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie jest trafiona. Na uwagę zasługuje konstrukcja pkt 2.2 *„Cele i rezultaty"* OPZ gdzie Zamawiający dokonał podziału na *„główne rezultaty"* oraz *„dodatkowe zobowiązania"*. Wbrew twierdzeniu Odwołującego zaprezentowanego podczas rozprawy, postanowienia zawarte w *„głównych rezultatach"* pkt 10) (postanowienie objęte zarzutem) i w *„dodatkowych zobowiązaniach"* pkt 11) nie mają tożsamego brzmienia. Pierwsze, skarżone postanowienie brzmi: *„innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, w tym projektów fazowania robót, harmonogramy itd."*, drugie natomiast ma brzmienie: *„dostarczenia Zamawiającemu innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych"*. Z porównania treści tych postanowień wynika jasno, że choć pierwsze z nich zawiera jedynie przykładowe wyliczenie, to

jednak precyzuje jakie rodzajowo dokumenty Zamawiający ma na myśli. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym doświadczony wykonawca posiada wiedzę na temat niezbędnych dokumentów tego rodzaju. Izba zwraca też uwagę, na gołosłowność twierdzenia Odwołującego w zakresie opisanego w treści odwołania ryzyka. Nie jest jasne dla Izby z czego Odwołujący wywodzi to ryzyko, w szczególności Odwołujący nie wskazał, aby z treści dokumentów zamówienia w tym z *„Wzoru umowy"* wynikało, że będzie w związku w tym postanowieniem grozić wykonawcy jakaś sankcja.

- pkt 4-9 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlega oddaleniu. Odnosząc się do uzasadnienia odwołania odnoszącego się do rozpoznawanego zarzutu, zauważyć należy, że Odwołujący nie wykazał aby na podstawie dokumentów zamówienia w tym *„Wzoru umowy"* było możliwe przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności nie leżące po jego stronie. Przypomnieć należy, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania zgodnie z treścią art. 471 k.c. *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.* W ocenie Izby obarczenie wykonawcy obowiązkami w zakresie uzyskania i uzgodnienia warunków z gestorami sieci występuje powszechnie w obrocie i nie jest to obowiązek nadmierny, czy powodujący po stronie wykonawcy działającego z należytą starannością jakiekolwiek ryzyko. Profesjonalista powinien takiemu obowiązkowi sprostać. Izba przychyla się do stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym ograniczenie obowiązków wykonawcy do przygotowania kompletnego wniosku do właściwego organu mogłoby zagrozić osiągnięciu celów i rezultatów zamówienia i finalnie doprowadzić do ograniczenia przedmiotu zamówienia. Dodatkowo istotne są postanowienia §20 ust. 1 pkt 4) i 5) *„Wzoru umowy"*, z treści których wynika wprost, że możliwa jest zmiana umowy z powodu opóźnienia gestorów sieci pomimo spełnienia przez wykonawcę wszystkich warunków ich otrzymania, co oznacza, że wykonawca działający z należytą starannością nie zostanie obarczony negatywnymi konsekwencjami takiego opóźnienia.

- pkt 10 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał uwzględnieniu, wobec przyznania przez Zamawiającego, że załączniki do *„Wstępnego Studium Planistyczno – Prognostycznego"* nie zostały udostępnione wykonawcom w postępowaniu. Izba nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby zarzut nie dotyczył załączników do WSPP. Skoro Odwołujący domagał się udostępnienia mu pełnej treści WSPP, a dokument ten posiada załączniki, to jest oczywiste, że udostępniając tekst bez załączników nie została udostępniona pełna wersja tego dokumentu. Zarzut okazał się zasadny, co skutkowało jego uwzględnieniem.

- pkt 11-12 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny. W ocenie Izby profesjonalista powinien mieć odpowiednie rozeznanie w zakresie sytuacji, w których może działać samodzielnie, a w których będzie potrzebować pełnomocnictwa. Przede wszystkim jednak Odwołujący nie wykazał, aby realne było napotkanie jakichkolwiek trudności ze strony Zamawiającego, w tym aby miał on wykonawcy odmówić wydania niezbędnych upoważnień w celu realizacji obowiązków przez wykonawcę. Izba przypomina, że zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp *Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej ,,umową", w celu należytej realizacji zamówienia*. Ustawowe uregulowanie kwestii współpracy między wykonawcą i zamawiającym w celu należytej realizacji zamówienia daje podstawy do zmaterializowania się po obu stronach umowy o zamówienie, roszczenia w tym zakresie. Ponadto pełne brzmienie pkt 3.1 ust. 2 lit. a) OPZ (str. 16 OPZ) jest następujące:*„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)). Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w terminie do 7 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia poszczególnych Etapów danych osób dla których oczekuje wystawienia stosownych pełnomocnictw. Jednocześnie Zamawiający zobowiązuje się do wystawienia ww. pełnomocnictw w ciągu 7 dni kalendarzowych od dnia uzyskania od Wykonawcy właściwych danych do ich wystawienia."

Postanowienie to więc dość precyzyjnie reguluje kwestię udzielenia pełnomocnictw, a Odwołujący nie wykazał aby ta regulacja była niewystarczająca. Odwołujący nie wykazał aby postanowienia OPZ nie były jednolite w tym zakresie, czy aby zawierały sprzeczności. Ponadto Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (pkt 44)) w treści którego wskazał on na uregulowanie podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości w Procedurze Ia-14, która obowiązuje u Zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie Izby zarzut podlegał oddaleniu.

➢ pkt 13 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał oddaleniu jako bezzasadny. Izba przy rozpoznawaniu zarzutu uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w pkt 45) odpowiedzi na odwołanie, uznając je za zasadne i mające oparcie w treści dokumentów zamówienia. W ocenie Izby regulacje z Załącznika nr 1 do OPZ oraz §6, a także §20 *„Wzoru umowy"* w sposób kompleksowy regulują podniesioną przez Odwołującego kwestię aktualności dokumentacji i zmiany umowy w razie zaistnienia zmian przepisów prawa albo wewnętrznych regulacji Zamawiającego.

➢ pkt 14 uzasadnienia odwołania

Powyższe żądanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba miała na uwadze nie tylko stanowisko Zamawiającego, ale także przede wszystkim brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla sformułowanego żądania.

➢ pkt 15 – 18 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał oddaleniu jako bezzasadny. Izba przypomina, że jak już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, zgodnie z treścią art. 431 ustawy Pzp *Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej ,,umową", w celu należytej realizacji zamówienia*. Obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem ustawowym. Ponadto, dostrzec należy, że zamawiający z racji pełnionej roli gospodarza zamówienia ma oczywisty obowiązek współdziałania na rzecz prawidłowej realizacji przedmiotu umowy o zamówienie.

Odnosząc się do treści pkt 3.2 i 3.3 OPZ Izba wskazuje, że nie sposób z ich treści wywieźć obowiązku koordynacji projektów ze strony wykonawcy. Postanowienie z pkt 3.2 wskazuje na ryzyka, jakie wykonawca powinien mieć na uwadze przy realizacji umowy i w ocenie Izby nie chodzi tu o ryzyka w kontekście negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, lecz o możliwe do wystąpienia trudności z którymi jeśli nastąpią wykonawca będzie musiał się zmierzyć i sobie poradzić. Wskazanie takich ryzyk w ocenie Izby jest zasadne, ponieważ pozwala potencjalnemu wykonawcy lepiej zaplanować sposób wykonania zamówienia, w tym przepowiedzieć odpowiednie rezerwy finansowe a okoliczność wystąpienia takich sytuacji, a także odpowiednie zapasy czasowe. Natomiast z pkt 3.3 nie sposób wywieźć, że wykonawca ma obowiązek koordynacji projektów. Z postanowienia tego wynika obowiązek współpracy z wykonawcami projektów powiązanych z tym projektem, co jest wymaganiem racjonalnym, zasadnym i świadczy o dochowaniu przez Zamawiającego należytej staranności. Kwestia aktualności mapy została przez Zamawiającego wyjaśniona w odpowiedzi na odwołanie i stanowisko to jest dla Izby przekonujące.

Żądanie sformułowane przez Odwołującego w ramach omawianego zarzutu nie jest dla Izby jasne, w szczególności Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienie dokumentów zamówienia, z którego wywodzi zagrożenie ryzykiem związanym z koordynacją trwających albo przyszłych projektów. Natomiast w przypadku odwołań na treść dokumentów zamówienia zasadność zarzutu determinowana jest treścią żądania.

➢ pkt 19 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał oddaleniu. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie jest dla Izby przekonujące. Nie jest natomiast dla Izby jasne, dlaczego Odwołujący domaga się wprowadzenia wizji lokalnej jako obowiązku dla wykonawców. Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił na tę okoliczność żadnej argumentacji. Natomiast jak wynika ze stanowiska Zamawiającego istnieje możliwość odbycia wizji lokalnej, a teren jest ogólnie dostępny. W zakresie ewentualnego remontu obiektów inżynieryjnych postanowienia pkt 4.2 OPZ wyraźnie stanowią, że wykonawca jest zobowiązany *„do uwzględnienia możliwości remontu istniejących obiektów",* co oznacza, że Zamawiający przewidział taką ewentualność. Żądanie Odwołującego aby wyraźnie sprecyzować zakres obiektów zakwalifikowanych do budowy i zakres zakwalifikowany do remontu jest zdaniem Izby nieracjonalne z powodów wskazanych przez Zamawiającego. Stanowiłoby to zbędne ograniczenie zarówno wykonawcy jak i Zamawiającego.

➢ pkt 20 – 23 uzasadnienia odwołania

Zarzut jest niezasadny. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego wynika z wybiórczej interpretacji spornych postanowień pkt 4.3.3 OPZ, która doprowadziła Odwołującego do niezasadnych wniosków. Tymczasem łączna analiza i interpretacja postanowień prowadzi do konkluzji, że ryzyko ewentualnych roszczeń wobec wykonawcy zmaterializuje się w przypadku popełnienia przez niego błędów, nie zaś w razie wystąpienia okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie jest w ocenie Izby przekonujące i znajduje oparcie w treści postanowień OPZ. Zaprojektować należy Wariant 1a, jednak możliwa jest jego zmiana z uwzględnieniem okoliczności wynikających z treści pkt 4.3.3. OPZ. Z postanowień tych nie wynika również obowiązek uwzględnienia w KPP postanowień decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Postanowienie brzmi:*„W przypadku, gdy materiały do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i/lub decyzji zmieniającej będą przygotowane przez Wykonawcę, powinny zostać opracowane z uwzględnieniem Koncepcji Programwo – Przestrzennej."*

Mamy więc do czynienia z sytuacją odmienną od tej opisanej w odwołaniu.

- pkt 24 uzasadnienia odwołania

Żądanie nie jest zasadne. Z analizy dokumentów zamówienia nie wynika ryzyko na które wskazuje Odwołujący. Nie jest dla Izby jasne, z czego Odwołujący takie ryzyko wywodzi. Wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie są dla Izby przekonujące. Natomiast żądanie zdaje się wynikać z niewłaściwej interpretacji postanowień OPZ dokonanej przez Odwołującego.

- pkt 25 – 27 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlega oddaleniu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Załącznik nr 1 do OPZ w sposób wystarczający precyzuje i wskazuje regulacje Zamawiającego, które muszą być uwzględnione przez wykonawców w toku realizacji zamówienia. W zakresie żądania udostępnienia Regulaminu ZOPI, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego żądania w okolicznościach tej sprawy, skoro jest to dokument wiążący pracowników Zamawiającego wchodzących w skład danego zespołu. Ponadto Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny zasadności tego żądania. Uzasadnienie jest lakoniczne i sprowadza się jedynie do twierdzenia, że dzięki temu procedura odbioru będzie jednoznaczna.

- pkt 28 uzasadnienia odwołania

Wobec zmiany treści SWZ z 13 marca 2023 r., w wyniku której Zamawiający dokonał rozdzielenia funkcji/stanowiska Koordynatora Projektu i Głównego Projektanta, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec wprowadzonej zmiany spór w tym zakresie nie jest już aktualny, co sprawia że dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zbędne.

- pkt 29 uzasadnienia odwołania

Zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny. Przede wszystkim wskazać należy, że zarzut abstrahuje od definicji „pobytu" zawartej w dokumentach zamówienia, zgodnie z którą: *„Pobyt - wykonanie czynności nadzoru autorskiego polegające na:*

a) fizycznej obecności na placu budowy lub w innym miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, trwającej 8 godzin (do czasu trwania obecności nie są wliczane dojazdy, noclegi itp.); przyjmuje się, że obecność trwająca krócej niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu;

b) sporządzeniu opracowania lub dokumentacji (opracowanie tekstowe, szkice, rysunki, obliczenia, analizy, itp.), niezależnie od miejsca wykonywania tej pracy; przyjmuje się, że jeden Pobyt w tym zakresie obejmuje 8 godzin pracy, sporządzenie opracowania/ dokumentacji w czasie krótszym niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu;"

Z powyższego wynika więc, że krotność godzin składających się na jeden pobyt, przekłada się odpowiednio na ilość pobytów.

- pkt 30 uzasadnienia odwołania

Wobec przyznania przez Zamawiającego, że w aktualnym brzmieniu Załącznik nr 3 do OPZ*„Harmonogram Rzeczowo Finansowy"*nie poddaje się realizacji i wobec tego w tym zakresie nastąpi jego modyfikacja, Izba uznała za zasadne uwzględnienie zarzutu w tej części i nakazanie zmianę pkt 6 załącznika nr 3 do OPZ w taki sposób aby była możliwość jego realizacji z uwzględnieniem terminów wynikających z obowiązujących przepisów prawa. W pozostałym zakresie zarzut został oddalony jako bezzasadny. Pomijając kwestię nieprecyzyjnego powołania przez Odwołującego podstawy prawnej Prawa wodnego w treści zarzutu, Izba przyjęła stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane podczas rozprawy, zgodnie z którym przepis art. 9af ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym wyłącza stosowanie przepisu art. 407 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo wodne. Zamawiający słusznie również wskazał, że jeśli opóźnienie będzie skutkiem sporu kompetencyjnego, to nie będzie to okoliczność obciążająca negatywnie wykonawcę.

Ad zarzutu wskazanego w pkt I.2 *petitum* odwołania (pkt 32 – 35 uzasadnienia odwołania).

Zarzut w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego podlegał oddaleniu. Zarzut nie został wykazany. Odwołujący nie przedstawił na jego poparcie żadnych dowodów w celu wykazania, że osoba z uprawnieniami w specjalności architektonicznej poradzi sobie z materią zamówienia. Znamienne jest, że Odwołujący nie dążył do wykazania w jakikolwiek sposób, że taka specjalność jest wystarczająca w realiach tego zamówienia. Ponadto, wobec zmiany treści dokumentów zamówienia z 13 marca 2023 r, zarzut też stracił na aktualności. Funkcje Koordynatora Projektu i Głównego Projektanta zostały bowiem rozdzielone i na tym etapie nie jest jasne, czy zarzut jest aktualny wobec obu tych funkcji czy tylko wobec jednej z nich i której. Dodatkowo wskazać należy, że żądanie sprowadzało się do dopuszczenia specjalności

architektonicznej zamiast specjalności mostowej i kolejowej, co również przesadziło o jego oddaleniu. W świetle uzasadnienia zarzutu, stanowisko Zamawiającego Izba oceniła jako zasadne. Ponadto wskazać należy, co słusznie zostało podniesione w toku rozprawy przez Zamawiającego, że Odwołujący w treści zarzutu nie dążył do wykazania, że oceniane postanowienie ogranicza rzeczywiście dostęp do rynku wykonawcom, tj., że narusza art. 16 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się jedynie na swoją sytuację i fakt dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu ale legitymującą się innymi niż wymagane uprawnieniami. Z tych względów zarzut został oddalony.

Ad zarzutu z pkt I.3 *petitum* odwołania (pkt 36 – 38 uzasadnienia odwołania)

Zarzut podlegał oddaleniu jako niewykazany. Jak wynika z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, obowiązkiem zamawiających jest określenie zasad, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest więc określić w umowie w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych oraz maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia.

W tym miejscu Izba przypomina, że ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego twierdzenia wywodzi dla siebie skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący jako strona wnosząca o zmianę kwestionowanych postanowień zgodnie ze sformułowanym żądaniem, powinien wykazać zasadność żądania. W ocenie Izby nie miało to miejsca w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

W treści odwołania Odwołujący nie kwestionował braku wskazania któregokolwiek z elementów klauzuli waloryzacyjnej lecz skoncentrował się na twierdzeniu, zgodnie z którym sposób określenia powyższych elementów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie przez Odwołującego kwestionowanym, nie odzwierciedla celu art. 439 ustawy Pzp, tj. nie zapewnia realnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w tym postępowaniu. Odwołujący nie kwestionował sposobu ukształtowania samego mechanizmu ustalania wysokości zmiany (waloryzacji) wynagrodzenia należnego wykonawcy, lecz wskazał na zbyt niski poziom łącznej wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy, która ma nie przekroczyć 10 % wynagrodzenia netto.

W tym miejscu skład orzekający w tej sprawie wskazuje, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Jednocześnie zauważyć należy, że wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Należy również zauważyć, że wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. (vide wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21).

W ocenie składu orzekającego w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. Zatem aby odwołanie w tego rodzaju sprawach mogło zostać uznane za zasadne, powinno oprócz wskazania wadliwości postanowień proponowanych przez Zamawiającego, zawierać również uzasadnienie żądania określonej zmiany. W odwołaniu Odwołujący nie wykazał dlaczego zmiana maksymalnej zmiany umowy z 10% na 20% jest zasadna, zgodnie z ciężarem dowodu to Odwołujący, który domaga się tego rodzaju zmiany powinien swoje żądanie uzasadnić w sposób przekonujący, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Zarzut jest szczątkowy, poza lakonicznym twierdzeniem wskazanym w pkt 37 i powołaniem stanowiska Izby wyrażonym w wyroku z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt KIO 2532/22, 2536/22, 2544/22, Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji odnoszącej się do realiów tego postępowania o zamówienie, w tym nie wykazał dlaczego w jego ocenie zasadne jest podniesienie progu z 10% do 20%. Ponadto słusznie podniósł Zamawiający, że Odwołujący zupełnie pominął okoliczności wynikające z mechanizmu waloryzacyjnego wyrażonego wzorem wskazanym w § 21 ust. 4 warunków umowy, którego – co istotne - nie zakwestionował w treści odwołania. Mając na uwadze szczegółowe stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie co do tego zarzutu przy jednoczesnym braku argumentów ze strony Odwołującego, zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…

……..…

……..…