Sygn. akt: KIO 2445/25

WYROK

Warszawa, dnia 24 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Członkowie:Przemysław Dzierzędzki

Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2025 r. przez wykonawcę Hitachi Rail GTS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 odwołania;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, 85 zł 00 gr (osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem opłaty od pełnomocnictw złożonych przez zamawiającego;

3.2.zasądza od Hitachi Rail GTS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna

z siedzibą w Warszawie kwotę 3 685 zł (trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy), w tym 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 85 zł 00 gr (osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem opłaty od pełnomocnictw złożonych przez zamawiającego.

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

Przewodnicząca: …….

Członkowie: …….

…….

Sygn. akt: KIO 2445/25

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp" lub „Pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na liniach kolejowych nr 133 i 134 odc. Sosnowiec Jęzor – Kraków Główny oraz linii kolejowej nr 91 odc. Kraków Główny – Podłęże"*, wewnętrzny identyfikator: 9090/IREZA3/0302/02578/25/P.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejz 4 czerwca 2025 r. pod numerem 361756-2025. Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") została opublikowana przez Zamawiającego w tej samej dacie.

Wykonawca Hitachi Rail GTS Polska Sp. z o.oz siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec w postanowień SWZ, w którym zarzucił naruszenie przepisów:

1)art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 103 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia objętego zakresem podstawowym oraz Prawem Opcji nr 2 i Prawem Opcji nr 4 w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający jednoznaczne ustalenie zakresu i kosztów wykonania zamówienia podstawowego oraz Prawa Opcji nr 2 i Prawa Opcji nr 4, a także przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny;

2)art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. oraz art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Prawa Opcji nr 1 w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a tym samym opisanie przepisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz prowadzący do nieporównywalności ofert złożonych w Postępowaniu, tj. brak jednoznacznego wskazania w treści SWZ terminu, w jakim Zamawiający może skorzystać z ww. Prawa Opcji;

3)art. 99 ust. 1 Pzp i ust. 4 Pzp oraz art. 441 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości skorzystania z Prawa Opcji nr 1, Prawa Opcji nr 2 i Prawa Opcji 4 w okresie 15 lat od dnia zawarcia umowy, tj. w okresie w znaczący sposób wykraczającym poza termin realizacji zamówienia podstawowego, a tym samym w sposób sprzeczny z naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego, naruszający podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, uniemożliwiający wycenę oferty oraz prowadzący do nieporównywalności ofert złożonych w Postępowaniu;

4)art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 455 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SWZ jednoznacznych postanowień przenoszących na Zamawiającego ryzyka finansowe i czasowe związane z koniecznością wprowadzenia przez Wykonawcę zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji Wstępnej na wniosek Zamawiającego, a także poprzez zaniechanie zawarcia w treści WU jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, umożliwiających dokonanie zmiany umowy w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej;

5)art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 432 Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zmiany Umowy bez zachowania wymaganej prawem formy tej zmiany.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1)w odniesieniu do Zarzutu nr 1: dokonania zmiany treści SWZ poprzez precyzyjne określenie zakresu zamówienia podstawowego oraz zakresu Prawa Opcji nr 2 i Prawa Opcji nr 4, tj. wskazanie, że:

a)Prawo Opcji nr 2 obejmuje wszystkie prace związane z zaprojektowaniem i zabudową systemu ERTMS/ETCS w sposób uwzględniający budowę łącznicy pomiędzy linią kolejową nr 133 a linią kolejową nr 156 oraz, że Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania tych prac i robót w ramach zamówienia podstawowego;

b)Prawo Opcji nr 4 obejmuje wszystkie prace (wykonanie dokumentacji projektowej oraz roboty budowlane) związane z wykonaniem powiązania RBC – RBC Handover z urządzeniami systemu ETCS poziom 2 przewidzianymi do zabudowy w ramach innych zadań oraz, że Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania tych prac i robót w ramach zamówienia podstawowego;

2)w odniesieniu do Zarzutu nr 2: jednoznaczne wskazanie w treści SWZ, że Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z Prawa Opcji nr 1 w całości lub w części w okresie 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;

3)w odniesieniu do Zarzutu nr 3:

a)wskazanie w treści SWZ, że Zamawiający jest uprawniony do skorzystania z Prawa Opcji nr 1, Prawa Opcji nr 2 oraz Prawa Opcji 4 w całości lub w części w terminie 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy; *ewentualnie w przypadku nieuznania powyższego żądania*:

b)nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do treści SWZ, w szczególności do treści WU, postanowień umożliwiających Wykonawcy dochodzenie od Zamawiającego odszkodowania w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji nr 1, Prawa Opcji nr 2 lub Prawa Opcji nr 4 w tym w szczególności zwrotu kosztów związanych z pozostawaniem w gotowości do wykonania odpowiednio: Prawa Opcji nr 1, Prawa Opcji nr 2, Prawa Opcji nr 4 oraz utraconych korzyści związanych z niemożliwością zaangażowania zasobów przewidzianych do wykorzystania odpowiednio w ramach Prawa Opcji nr 1, Prawa Opcji nr 2 lub Prawa Opcji nr 4

w inne przedsięwzięcia;

4)w odniesieniu do Zarzutu nr 4 i Zarzutu nr 5:

a)nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do treści SWZ postanowień jednoznacznie wskazujących, że w przypadku, w którym wprowadzenie przez Wykonawcę zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji Wstępnej będzie następowało na wniosek Zamawiającego, Zamawiający poniesie koszty wprowadzenia tych zmian, a Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za ewentualne opóźnienia w realizacji zamówienia;

b)nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do treści SWZ postanowień, zgodnie z którymi wprowadzenie zmian do zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej będzie wymagało każdorazowo zawarcia przez Strony aneksudo Umowy;

c)nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do treści WU jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, umożliwiających dokonanie zmiany Umowy w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji Wstępnej, w szczególności umożliwiających zmianę: zakresu Robót, sposobu wykonania, Materiałów, technologii wykonania Robót i konstrukcji obiektów budowlanych, lokalizacji obiektów budowlanych i Urządzeń, terminu realizacji Umowy lub Etapów, a także wynagrodzenia należnego Wykonawcy poprzez jego zwiększenie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych Kosztów, obliczonych na podstawie § 12 Umowy.

W uzasadnieniu w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podał m.in., że zgodnie z pkt 1.3 ppkt 25 IDW przez „Prawo opcji" lub „Opcję" rozumieć należy w Postępowaniu uprawnienie Zamawiającego do zwiększenia zakresu realizacji Zamówienia ponad Zakres podstawowy na zasadach opisanych w § 4a Warunków Umowy w zakresie opisanym w Tomie III SWZ PFUStosownie do postanowień pkt 5.2 PFU Prawo Opcji nr 2 (zwane dalej:PO2) obejmuje wprowadzenie zmian w zabudowanych i uruchomionych w ramach niniejszego zadania urządzeniach systemu ERTMS/ETCS poziom 3, wynikających ze zmian w układzie torowym i konfiguracji urządzeń srk w związku z budową łącznicy pomiędzy linią kolejową nr 133, a linią nr 156 w ramach zadania pn.: „*Budowa połączenia kolejowego Kraków – Olkusz*". Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że uruchomienie PO2 może dotyczyć wyłącznie sytuacji, w której realizacja zakresu podstawowego została zakończona bez uwzględnienia zmian wynikających z budowy łącznicy pomiędzy linią kolejową nr 133, a linią nr 156, zaś w przypadku, gdy budowa łącznicy pomiędzy linią kolejową nr 133 a linią nr 156 będzie się pokrywać z okresem realizacji niniejszego zadania, Wykonawca zobowiązany jest do zaprojektowania i zabudowy systemu ERTMS/ETS poziom 2 w formie docelowej w ramach zamówienia podstawowego W pkt 2.2.1 PFU dotyczącym koordynacji zamówienia z innymi inwestycjami realizowanymi przez Zamawiającego, Zamawiający wskazał, że: w przypadku równocześnie realizowanych lub następujących po sobie zadań inwestycyjnych wymagana jest koordynacja prac i porozumienie pomiędzy wykonawcami realizującymi poszczególne zadania przy udziale Zamawiającego; dla zapewnienia spójności pomiędzy zadaniami inwestycyjnymi oraz zapewnienia optymalnego wykorzystania przeznaczonych na te zadania środków finansowych, Zamawiający wymaga od Wykonawcy współpracy m.in. z wykonawcą inwestycji *Budowa połączenia kolejowego Kraków – Olkusz* Stosownie do postanowień pkt 5.4 PFU Prawo Opcji nr 4 (zwane dalej: PO4) obejmuje wprowadzenie zmian w zabudowanych i uruchomionych w ramach niniejszego zadania urządzeniach systemu ERTMS/ETCS poziom 2, w zakresie niezbędnym do zapewnienia funkcji RBC – RBC Handover z urządzeniami systemu ETCS poziom 2 przewidzianymi do zabudowy w ramach innych zadań Jednocześnie: uruchomienie PO4 może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy realizacja zakresu podstawowego zadania nie została zakończona; w przypadku, gdy powiązanie RBC z RBC zadania sąsiedniego będzie się pokrywać z okresem realizacji niniejszego zadania, Wykonawca zgodnie z zapisami PFU (pkt 4.3.1 i 4.3.13) zobowiązany będzie do współpracy z innymi wykonawcami systemu ETCS w celu powiązania RBC wraz z implementacją funkcji handover; Wykonawca zobowiązany jest do przewidzenia zakresu prac oraz dokonani wyceny kosztów związanych ze współpracą z innymi wykonawcami w zakresie niezbędnym i koniecznym do realizacji skutecznego powiązania. W pkt 4.3.1 PFU Zamawiający wskazał obszar, dla którego należy dokonać zabudowy zespołu przytorowego systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Odwołujący wskazał, że przywołane postanowienia SWZ, w szczególności PFU,nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, jaki zakres robót związany z budową łącznicy (PO2) oraz wykonania powiązań RBC (PO4) został objęty zamówieniem podstawowym, a jaki poszczególnymi Prawami Opcji (PO2, PO4) Nadto z treści SWZnie wynika jednoznacznie, kiedy Wykonawca będzie obowiązany do wykonania ww. robót w ramach zakresu podstawowego, a kiedy w ramach Prawa Opcji. Prace, do których referuje PO2 oraz PO4 związane są zrealizacją innych inwestycji przez Zamawiającego (zwanych dalej: Innymi Inwestycjami), a zatem Zamawiający powinien posiadać wiedzę na temat tego, jaki zakres robót zamierza zlecić w ramach tych Innych Inwestycji oraz kiedy zamierza je realizować. Po pierwsze, m.in. zgodnie z postanowieniami § 4 WU realizacja przedmiotu zamówienia będzie następowała etapami obejmującymi m.in. opracowanie dokumentacji wstępnej, przeprowadzenie inwentaryzacji, a następnie opracowanie dokumentacji

projektowej, uzyskanie stosownych decyzji administracyjnych, aż wreszcie wykonanie zabudowy systemu ERTMS/ETCS. Za wyjątkiem Etapu I, Etapu X oraz Etapu XI, terminy wykonania poszczególnych Etapów zostały określone oddzielnie dla poszczególnych obszarów LCS. Realizacja poszczególnych Etapów jest rozciągnięta w czasie i wynosi od kilku do kilkudziesięciu miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Całość robót stanowiących przedmiot zamówienia powinna zostać zakończona w terminie 39 miesięcy od daty zawarcia Umowy (*vide*: § 4 ust. 1 pkt 1 WU). W przypadku PO2, jeżeli budowa łącznicy pomiędzy linią kolejową 133 a linią kolejową 156 będzie pokrywać się z okresem realizacji niniejszego zadania, to Wykonawca zobowiązany jest do wykonania prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 w ramach zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie pod pojęciem pokrywania się budowy łącznicy z okresem realizacji „niniejszego zadania", ani też co rozumie przez „okres realizacji niniejszego zadania", wobec faktu, że zamówienie zostało podzielone nie tylko na Etapy, ale również obszarami poszczególnych LCS-ów. Takie sformułowanie SWZ nie pozwala na stwierdzenie, czy okres realizacji budowy łącznicy musi się w 100%, a zatem 1:1, pokrywać z terminem realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, czy też wystarczy częściowe pokrywanie się tych okresów (np. w ¾). Co więcej, możliwą jest sytuacja, w której budowa łącznicy rozpocznie się ostatniego dnia realizacji umowy zawartej w wyniku Postępowania, co teoretycznie będzie oznaczało, że Wykonawca będzie musiał na nowo rozpocząć projektowanie i roboty, aby uwzględnić w wykonanym przez siebie systemie fakt budowy łącznicy. W przypadku PO4 Zamawiający dokonał jeszcze dalej idących naruszeń przepisów ustawy Pzp. Jak wynika bowiem z postanowień PFU przywołanych w rozdziale II.1.1.2 uzasadnienia Odwołania, z jednej strony Zamawiający wskazuje, że PO4 może zostać uruchomione, jeżeli zakres podstawowy nie został ukończony, a z drugiej wskazuje, że jeżeli okresy realizacji zadań sąsiednich będą się pokrywać, to Wykonawca musi wykonać prace związane z powiązaniem RBC w zakresie podstawowym. Powyższe zapisy PFU budzą wątpliwości co do tego, w jakim momencie Wykonawca będzie wykonywał prace jeszcze w ramach zakresu podstawowego, a od jakiego momentu będą to prace w ramach PO4. W przypadku PO4 pozostają aktualne uwagi dotyczące braku sprecyzowania przez Zamawiającego, co rozumie on pod pojęciem „pokrywania się" okresów realizacji zadania stanowiącego przedmiot Postępowania oraz Innych Inwestycji, a także tego, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „niniejszego zadania". Zaskarżone postanowienia PFU implikują również wątpliwości co do zakresu prac, jaki powinien być wyceniony w ramach zakresu podstawowego oraz PO2 i PO4. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z § 3 ust. 4 WU wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, zaś zgodnie z § 3 ust. 5 WU ma ono obejmować wszystkie koszty związane bezpośrednio i pośrednio z realizacją zamówienia, w tym objętego Prawem Opcji. Zarówno w ramach zamówienia podstawowego, jak i Prawa Opcji wykonawcy powinni wycenić m.in. opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót związanych z zakresem zabudowy systemu ERTMS/ETCS odpowiednio w przypadku budowy łącznicy oraz realizacji zadań sąsiednich wymagających powiązania RBC, nie posiadają oni bowiem wiedzy, czy prace te będą realizowane w ramach zamówienia podstawowego czy w ramach Prawa Opcji, a tym samym dochodzi do dublowania się zakresów prac, jeżeli zatem Zamawiający skorzysta z Prawa Opcji po zakończeniu realizacji zakresu podstawowego (PO2) czy nawet w jego trakcie (PO4), z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia będzie musiał dwukrotnie zapłacić za te same prace, co pozostaje także w oczywistej sprzeczności z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych, dodatkowo, z uwagi na brak określenia przez Zamawiającego, co rozumie on pod pojęciem „pokrywania się" zakresu zadania podstawowego i Innych Inwestycji, Wykonawcy będą musieli skalkulować w cenie zakresu podstawowego szereg dodatkowych ryzyk; inaczej bowiem będzie wyglądała kalkulacja oferty w sytuacji, gdy Wykonawca poweźmie wiedzę o „pokrywaniu się zakresów" na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, a inaczej, gdy dowie się on o tym np. ostatniego dnia realizacji zakresu podstawowego, co będzie implikowało: konieczność zmiany opracowanej już dokumentacji, uzyskania zamiennych / nowych pozwoleń na budowę oraz – być może – konieczność ingerencji w prace już wykonane, w tym takie, dla których rozpoczął bieg okres rękojmi i gwarancji; w przypadku PO4 ryzyka te będą musiały zostać uwzględnione zarówno w wycenie dla zakresu podstawowego, jak i zakresu PO4, albowiem PO4 może zostać uruchomiona jeszcze w okresie wykonywania zakresu podstawowego. Brak jednoznacznego rozgraniczenia przez Zamawiającego tego, kiedy prace związane z (i) budową łącznicy i (ii) powiązaniem systemów RBC będą wykonywane w ramach zamówienia podstawowego, a kiedy w ramach Prawa Opcji, uniemożliwia Wykonawcom precyzyjne ustalenie zakresu prac, które należy wycenić w ramach zamówienia podstawowego oraz w ramach Prawa Opcji. Wykonawcy nie posiadają ani precyzyjnej wiedzy, na jakim etapie realizacji zamówienia będzie koniecznym rozpoczęcie i wykonanie prac związanych z (i) budową łącznicy oraz (ii) powiązaniem RBC, tj. na etapie projektowania, na etapie realizacji robót, a może nawet po ich faktycznym ukończeniu (np. na dzień przed podpisaniem dokumentów potwierdzających wykonanie przedmiotu zamówienia), ani też jakiego rodzaju prace powinni oni wycenić w ramach zakresu podstawowego, a jakie w ramach Prawa Opcji. Powyższe prowadzi nie tylko do naruszenia podstawowych zasad opisu przedmiotu zamówienia, ale skutkuje również brakiem zapewnienia równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości Postępowania, a także będzie prowadziło od nieporównywalności ofert

złożonych w Postępowaniu i konieczności jego unieważnienia.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący podał m.in., że stosownie do postanowień § 4a ust. 3 lit. a) Warunków Umowy, Zamawiający może skorzystać z Prawa Opcji w następujących terminach: *Prawa opcji nr 1 w całości lub w części w okresie 15 lat od dnia zawarcia Umowy*; Powyższe postanowienia zostały powtórzone również w pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (s. 8) oraz w pkt 14 Załącznika nr 1 do IDW – Formularza Ofertowego. Zgodnie z pkt 5.1 PFU Zamawiający wskazał, że: *Realizacja zakresu objętego prawem opcji nr 1 rozpocznie się na żądanie złożone w trakcie realizacji zadania lub okresie zgłaszania wad*.

Odwołujący wskazał, że przywołane postanowienia SWZ (IDW, WU oraz Formularza Ofertowego) nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, w jakim terminie Zamawiający może skorzystać z Prawa Opcji nr 1 (zwanego dalej: PO1). Z jednej bowiem strony Zamawiający wskazał, że opcja może zostać uruchomiona w terminie 15 lat od dnia zawarcia Umowy, a jednocześnie – we wspomnianym pkt 5.1 PFU – zastrzegł, że realizacja zakresu PO1 rozpocznie się na żądanie Zamawiającego zgłoszone w trakcie realizacji zadania lub okresie zgłaszania wad dla zamówienia podstawowego. Stosownie do pkt 3 IDW okres realizacji zamówienia został określony na 45 miesięcy od dnia zawarcia umowy, tj. na okres 3 lat i 9 miesięcy. Jednocześnie w § 29 WU wskazano, że wykonawca będzie zobowiązany udzielić Zamawiającemu rękojmi za wady oraz gwarancji jakości na okres 72 miesięcy licząc od dnia wskazanego w Protokole Odbioru Końcowego lub Protokole Odbioru Końcowego danej części Robót lub Odcinka lub części Robót niebędącej Odcinkiem. Oznacza to, że maksymalny zakładany okres trwania umowy obejmujący czas realizacji robót i okres zgłaszania wad wynosi 9 lat i 9 miesięcy liczonych od dnia zawarcia Umowy. W konsekwencji termin (15 lat od zawarcia Umowy) w jakim Zamawiający zastrzegł sobie prawo do uruchomienia PO1 wykracza poza czas trwania umowy w sprawie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania i pozostaje w oczywistej sprzeczności z postanowieniami pkt 5.1 PFU, w których Zamawiający wskazał, że skorzysta z PO1 w okresie realizacji zadania lub okresie zgłaszania wad. Nie jest zatem możliwym precyzyjne stwierdzenie, czy termin, w jakim Zamawiający może skorzystać z PO1 wynosi 15 lat od zawarcia umowy czy też może maksymalnie 9 lat i 9 miesięcy od zawarcia umowy. Termin, w jakim Zamawiający może zlecić Wykonawcy realizację PO1 powinien być precyzyjny i jednoznaczny, zaś również ze względów szczegółowo opisanych w rozdziale II.3 uzasadnienia Odwołania powinien on wynosić 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 1.3 ppkt 25 IDW przez „Prawo opcji" lub „Opcję" rozumieć należy w Postępowaniu uprawnienie Zamawiającego do zwiększenia zakresu realizacji Zamówienia ponad Zakres podstawowy na zasadach opisanych w § 4a Warunków Umowy w zakresie opisanym w Tomie III SWZ PFU. Stosownie do postanowień § 4a ust. 3 lit. a), b) i d) WU w brzmieniu nadanym im w drodze zmiany SWZ nr 2 z dnia 16.06.2025 r. Zamawiający może skorzystać: a. z Prawa Opcji nr 1 w całości lub w części w terminie 15 lat od dnia zawarcia Umowy; b. z Prawa Opcji nr 2 w całości lub w części w terminie 15 lat od dnia zawarcia Umowy; c. z Prawa Opcji nr 4 w całości lub w części w terminie 15 lat od dnia zawarcia Umowy. Powyższe postanowienie zostało powtórzone również w pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (s. 8) oraz w pkt 14 Załącznika nr 1 do IDW – Formularza Ofertowego. Zgodnie z § 4a ust. 6 WU nieskorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji nie stanowi podstawy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego. Niezależnie od Zarzutu nr 2 w zakresie, w jakim dotyczy on sposobu określenia przez Zamawiającego okresu, w którym Zamawiający może skorzystać z PO1, Odwołujący podniósł, że określenie terminu na skorzystanie z PO1, ale również PO2 oraz PO4 na 15 lat od dnia zawarcia Umowy jest terminem zbyt długim, przekraczającym o niemalże 6 lat (czyli o 66%) termin przewidziany na wykonanie zakresu podstawowego zamówienia, niepozwalającym na określenie faktycznego zakresu zamówienia oraz na prawidłowe oszacowanie przez wykonawców wartości zamówienia. Konsekwencją ukształtowania przez Zamawiającego tak odległego terminu na skorzystanie z PO1, PO2 i PO4 jest nie tylko naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, ale również uznanie, że Zamawiający dopuścił się nadużycia prawa i naruszenia zasady swobody kontraktowania, w tym również w związku z pozbawieniem Wykonawców prawa podnoszenia wobec Zamawiającego jakichkolwiek roszczeń w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z PO1, PO2 lub PO4. Stosownie do postanowień PFU zakres prac objętych PO1, PO2 lub PO4 jest analogiczny do tego, który jest objęty zakresem podstawowym zamówienia, tj. polega na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych związanych z implementacją systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Zarówno z postanowień SWZ, jak również z istoty, zakresu oraz wartości prac i robót stanowiących przedmiot zamówienia, wynika konieczność zapewnienia i dysponowania przez Wykonawcę określonymi zasobami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Przykładowo wskazać należy, że pkt 8.6.2 IDW nakłada na Wykonawcę obowiązków dysponowania posiadającymi określone uprawnienia i doświadczenia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (m.in. kierownik budowy, kierownik robót telekomunikacyjnych, kierownik robót sterowania ruchem kolejowym, główny projektant). Jest to wyłącznie personel, który ma – w dużym uproszczeniu – umożliwić Wykonawcy

zarządzanie realizacją prac projektowych i robót budowlanych, a Wykonawca musi dysponować również personelem odpowiedzialnym za faktyczne wykonywanie zamówienia, jak również personelem, który zapewni mu administracyjną obsługę zamówienia. Niezależnie od powyższego Wykonawca musi zapewnić również odpowiedni sprzęt, narzędzia, zaplecze budowy czy wymagane przez Zamawiającego polisy ubezpieczeniowe. Wszystkie te koszty muszą zostać uwzględnione w wycenie PO1, PO2 oraz PO4 Koszty te będą się inaczej kształtowały w wypadku, w którym Zamawiający skorzysta z PO1, PO2 lub PO4 jeszcze w okresie realizacji zakresu zamówienia podstawowego, kiedy Wykonawca będzie mógł korzystać zaplecza i zasobów skierowanych do realizacji zamówienia podstawowego, a inaczej jeżeli PO1, PO2 lub PO4 zostanie uruchomione po upływie np. 5 latod dnia zakończenia robót, co będzie implikowało po stronie Wykonawcy konieczność dokonania ponownej mobilizacji (skierowania urządzeń, sprzętu, personelu na teren budowy). Co więcej, faktyczne koszty wykonania PO1, PO2 oraz PO4 mogą ulec znaczącym zmianom z uwagi na zachodzące zmiany polityczne, gospodarcze, ekonomiczne, prawne i społeczne. Odwołujący zauważa, że tylko w przeciągu ostatnich 5 lat, wykonawcy robót budowlanych (ale nie tylko) musieli mierzyć się ze skutkami epidemii COVID-19 czy agresji Rosji na Ukrainę, które skutkowały wysoką inflacją, ekstremalnym wzrostem cen materiałów budowlanych i energii elektrycznej, odpływem siły roboczej, brakiem lub znaczącymi opóźnieniami w dostawach, a także prawnymi ograniczeniami możliwości realizacji robót (chociażby w okresie wprowadzenia zakazu gromadzenia się). Wszystkie te okoliczności wpłynęły na koszt realizacji inwestycji tak znacząco, że koniecznym było wprowadzenie przez ustawodawcę odpowiednich rozwiązań legislacyjnych, które pozwalały wykonawcom na uzyskanie przynajmniej częściowej rekompensaty.

W podsumowaniu Odwołujący podał, że powyższe oznacza, że każdy z oferentów, dokonujący wyceny PO1, PO2 oraz PO4 będzie musiał wziąć pod uwagę szereg okoliczności i ryzyk, których skutki finansowe są w swej istocie niemożliwe do przewidzenia w perspektywie 15 lat od dnia zawarcia umowy. Każdy z oferentów będzie musiał również uwzględnić w swojej wycenie koszt pozostawania w gotowości do wykonania PO1, PO2 oraz PO4 przez okres 15 lat w tym koszt utrzymywania wspomnianych wyżej zasobów. W efekcie przyjęcie odmiennych założeń realizacyjnych będzie powodowało, że oferty złożone w Postepowaniu będą nieporównywalne, co powinno skutkować unieważnieniem Postępowania. Brak zapewnienia przez Zamawiającego możliwości porównania ofert złożonych w Postępowaniu świadczy natomiast o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, a w szczególności zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Do ograniczenia konkurencyjności dochodzi również ze względu na fakt, iż niewiele podmiotów działających na rynku będzie w stanie podjąć ryzyka związane z pozostawaniem w gotowości do spełnienia świadczenia przez okres 15 lat przy jednoczesnym braku zagwarantowania zwrotu poniesionych kosztów w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z PO1. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie należy ocenić również jako nadmiernie obciążające wykonawców, a co za tym idzie - naruszające zasadę proporcjonalności. Niezależnie od powyższego, zgodnie z § 4a ust. 5 WU realizacja zakresu zamówienia objętego Prawem opcji stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego, z którego skorzystanie rodzi po stronie Wykonawcy obowiązek realizacji Robót objętych Prawem opcji. Oznacza to, że nieprzystąpienie przez Wykonawcę do realizacji Prawa Opcji będzie skutkowało powstaniem po jego stronie odpowiedzialności odszkodowawczej względem Zamawiającego za nienależyte wykonanie umowy (zamówienia). Tymczasem żaden z wykonawców nie jest w stanie zagwarantować, że po upływie 15 lat od zawarcia umowy będzie nadal posiadał możliwość spełnienia świadczenia. Przyczyn utraty możliwości spełnienia świadczenia może być wiele, w tym chociażby zmiana profilu prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej, ale również nierozwijanie systemów i urządzeń, których dostawy oczekuje Zamawiający (np. z przyczyn ekonomicznych). Może się również okazać, że z przyczyn, o których mowa powyżej, wykonanie przedmiotu PO1, PO2 czy PO4będzie generowało dla Wykonawcy wyższe koszty niż wynagrodzenie wskazane w ofercie, złożonej Zamawiającemu 15 lat wcześniej. W § 4a ust. 6 WU wskazał, że nieskorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji nie stanowi podstawy dla Wykonawcy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego. Oznacza to, że Wykonawca będzie zmuszony przez 15 lat nie tylko ponosić koszty związane z pozostawaniem w gotowości do wykonania PO1, PO2 oraz PO4ale również nie będzie miał możliwości zaangażowania tak „zamrożonych" zasobów w realizację innych przedsięwzięć, co oznacza utratę określonych korzyści (zysków). Finalnie zaś w przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z PO1, PO2 i/lub PO4Wykonawcy nie będą przysługiwały względem Zamawiającego żadne roszczenia. Pozostawanie przez Wykonawcę w gotowości do świadczenia na rzecz Zamawiającego, w przypadku braku skorzystania z PO1, PO2 i/lub PO4 będzie prowadziło po stronie Zamawiającego do bezpodstawnego wzbogacenia. Zamawiający otrzyma bowiem świadczenie w postaci wspomnianego „pozostawania w gotowości do realizacji PO1 / PO2 / PO4 przez Wykonawcę", nie ofiarując Wykonawcy adekwatnego świadczenia wzajemnego. Nie można przy tym zapominać, że zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 32) Pzp przez zamówienie rozumieć należy odpłatną umowę zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają, że takie ukształtowanie Prawa Opcji pozostaje w

oczywistej sprzeczności z zasadą swobody zawierania umów wyrażoną w art. 353^1 Kodeksu cywilnego, a w szczególności z właściwością stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy o zamówienie publiczne oraz zasadami współżycia społecznego. Zamawiający przerzucając na Wykonawcę wszystkie ryzyka związane z możliwością realizacji PO1 / PO2 / PO4 w tak odległym terminie od momentu złożenia oferty w Postępowaniu, a także pozbawiając go możliwości żądania zwrotu poniesionych przez Wykonawcę kosztów związanych z pozostawaniem w gotowości do realizacji PO1 / PO2 / PO4 stanowi nadużycie przewagi kontraktowej przez Zamawiającego. Nie można przy tym zapominać, że regulacje ustawy Pzp, a w szczególności dotyczące jednostronnego określania przez Zamawiającego postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, i tak już znacząco pogarszają sytuację wykonawcy takiego zamówienia.

W zakresie zarzutów nr 4 i 5 Odwołujący podał w szczególności, że zgodnie z pkt 3.2.7 „Postanowienia ogólne" PFU Wykonawca w terminie 4 miesięcy od daty podpisania umowy zobowiązany jest opracować 6 kompletów dokumentacji wstępnej (zwanej dalej: Dokumentacją wstępną). W ppkt 2 przywołanego powyżej postanowienia PFU wskazano, że Zamawiający, po zatwierdzeniu Dokumentacji wstępnej przez Zamawiającego, dopuszcza wprowadzanie dalszych zmian do Dokumentacji wstępnej wynikających z wyników przeprowadzonych testów, warunków lokalnych, zmian prawa lub instrukcji wewnętrznych zarządcy infrastruktury. Zmiany te mogą być dokonywane zarówno na wniosek Wykonawcy, jak i samego Zamawiającego, przy czym: system ERTMS/ETCS zabudowany zostanie zgodnie z zatwierdzoną przez Zamawiającego ostateczną wersją Dokumentacji wstępnej, oraz w przypadku konieczności zmian w systemie ERTMS/ETCS wynikających ze zmian w dokumentacji wstępnej wnioskowanych przez Wykonawcę, koszty wprowadzenia zmian będą po stronie Wykonawcy, a za ewentualne opóźnienia w realizacji kontraktu odpowiada Wykonawca. Jednocześnie w pkt 3.2 ppkt 2 PFU wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany zapewnić opracowanie dokumentacji projektowej z należytą starannością, zasadami sztuki budowlanej oraz w sposób zgodny z ustaleniami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wymaganiami Prawa, przez które rozumieć należy – zgodnie z tabelą znajdującą się na s. 11 PFU oraz § 1 ust. 1 pkt 35 WU – *„wymienione w SWZ normy i specyfikacje techniczne, Regulacje Zamawiającego i obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej przepisy prawa powszechnie obowiązującego*". Powyższe postanowienia SWZ oznaczają, że m.in. w przypadku zmian instrukcji wewnętrznych zarządcy infrastruktury, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca będzie zobowiązanych do ich wprowadzenia do Dokumentacji Wstępnej, chociażby jej finalna wersja została już uprzednio zatwierdzona przez Zamawiającego. Postanowienia SWZ nie precyzują natomiast, że w takim wypadku podmiotem ponoszącym ryzyka finansowe i terminowe związane z wprowadzeniem zmian będzie Zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że postanowienia SWZ w obecnym kształcie pozostają w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa z uwagi na to, że w treści SWZ brak jest postanowienia analogicznego do tego, które zostało zawarte w pkt 3.2.7 ppkt 2 *in fine* PFU, tj. postanowienia wprost stanowiącego, że w przypadku, gdy zmiany w zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej będą wprowadzone na wniosek Zamawiającego, Zamawiający zwróci Wykonawcy koszty wprowadzenia tych zmian, a Wykonawca nie będzie odpowiedzialny za opóźnienia w realizacji umowy; Zamawiający nie przewidział w treści WU przesłanek umożliwiających modyfikację postanowień WU wynikających z wprowadzenia zmian do zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej (bez względu na to, kto jest inicjatorem tych zmian), które powinny mieć postać jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, co powoduje, że postanowienia PFU dotyczące zwrotu Wykonawcy kosztów wprowadzenia zmian oraz braku odpowiedzialności za opóźnienia w realizacji umowy są w swej istocie postanowieniami „martwymi"; możliwość jednostronnego (na wniosek) wprowadzenia zmian do zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej, implikujących zmiany innych postanowień umowy (np. dotyczących zakresu czy sposobu wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia) stoi w oczywistej opozycji do art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym zmiana lub uzupełnienie umowy wymaga takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. W ocenie Odwołującego brak zawarcia w treści SWZ postanowienia analogicznego do tego, które obciąża Wykonawcę kosztami oraz skutkami terminowymi wprowadzenia zmian do Dokumentacji Wstępnej w przypadku, gdy zmiany te dokonywane są na wniosek Wykonawcy, a które jednoznacznie rozstrzygałoby, że w przypadku, gdy taka zmiana jest dokonywana na wniosek Zamawiającego, stanowi nadużycie praw podmiotowych przez Zamawiającego oraz naruszenie zasady swobody kontraktowania (art. 353^1 Kodeksu cywilnego). Opracowanie Dokumentacji Wstępnej stanowi pierwszy Etap realizacji zamówienia (*vide*: § 4 ust. 1 WU), obejmujący opracowanie koncepcji projektowej, zasady przygotowania danych projektowych, scenariusze operacyjne, zasady prowadzenia ruchu kolejowego oraz przypadki testowe (*vide*: pkt 2 PFU). Stosownie zaś do postanowień pkt 3.2.8 ppkt 1 PFU: *Na podstawie zatwierdzonej dokumentacji wstępnej Wykonawca opracuje dokumentację niezbędną do prawidłowej zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS wchodzących w zakres umowy, odrębnie dla każdej lokalizacji, umożliwiającą pozyskanie zgód wymaganych przepisami Prawa Budowlanego*. Powyższe oznacza, że zmiany dokonywane w zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej będą oddziaływały na treść docelowej dokumentacji projektowej oraz sposób realizacji robót

przez Wykonawcę. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do żądania od Wykonawcy wprowadzenia zmian w Dokumentacji Wstępnej bez ograniczeń czasowych, co może wiązać się dla Wykonawcy z koniecznością wprowadzenia daleko idących zmian w dokumentacji projektowej, a nawet uzyskania nowych / zamiennych decyzji administracyjnych umożliwiających mu prowadzenie robót czy konieczności wprowadzenia zmian w robotach już wykonanych. Powyższe uprawnienie, chociaż zostało ograniczone do przypadków wymienionych w pkt 3.2.7 ppkt 2 PFU w rzeczywistości pozwala Zamawiającego na swobodne decydowanie o kształcie Dokumentacji Wstępnej, a także dokumentacji projektowej i sposobie wykonywania robót, chociażby w drodze zmian instrukcji wewnętrznych zarządcy przebudowywanej infrastruktury, którym jest Zamawiający. Podkreślić należy, że w świetle przywołanych postanowień PFU, Wykonawca nie może odmówić wprowadzenia zmian wnioskowanych przez Zamawiającego bez narażenia się na zarzut nienależytego wykonania umowy. Tymczasem, wprowadzenie tego rodzaju zmian może nie tylko generować dla Wykonawcy dodatkowe koszty, ale prowadzić do opóźnień w realizacji zamówienia, za co Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności. Wykonawca powinien również posiadać gwarancję, że w takim wypadku Zamawiający dokona zwrotu poniesionych przez niego kosztów oraz uiści należne mu wynagrodzenie wynikające z konieczności wykonania prac dodatkowych, a także zwolni ze wszelkiej odpowiedzialności za powstałe w związku z tym opóźnienia. Obecne brzmienie SWZ nie tylko nie zawiera postanowień statuujących powyższe uprawnienia Wykonawcy, ale również nie zawiera klauzul umożliwiających dokonanie zmiany Umowy w przypadku zmian w zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp. W konsekwencji, pomimo zasadności żądań Wykonawcy, Zamawiający będzie mógł odmówić dokonania zwiększenia należnego wynagrodzenia czy też zmiany terminów realizacji zamówienia, powołując się właśnie na brak stosownych przesłanek w treści umowy. Niedokonanie w takim wypadku zmian w treści umowy, będzie narażało Wykonawcę nie tylko na koszty związane z koniecznością dochodzenia swoich spraw czy to w postępowaniu polubownym czy sądowym, ale będzie wiązało się również z ryzykiem obciążenia go karami umownymi za niedotrzymanie terminów realizacji Umowy lub Etapów. Powyższe okoliczności potwierdzają, że w niniejszym przypadku dochodzi do nadużycia pozycji kontraktowej Zamawiającego oraz nieuzasadnionego zachwiania równowagi ekonomicznej między wybranym wykonawcą a Zamawiającym z niekorzyścią dla wykonawcy. Nadto wprowadzenie prawa do jednostronnej zmiany zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej wyłącznie na mocy wniosku czy to Wykonawcy czy to Zamawiającego (dla którego *notabene* Zamawiający nie przewidział również formy pisemnej) stoi w oczywistej opozycji do treści art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Tymczasem zgodnie z art. 432 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności. W konsekwencji każda zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez względu na to czy ma ona charakter istotny w rozumieniu art. 454 ust. 2 Pzp czy też nie, będzie wymagała zachowania formy pisemnej. Powyższe zostało potwierdzone przez samego Zamawiającego w treści § 44 ust. 1 WU. Obecne brzmienie PFU dopuszcza niezgodny z prawem sposób dokonywania zmian zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, w odniesieniu do postawionych w nim zarzutów podał, że w zakresie:

- zarzutów nr 1 i 2 - wnosi o umorzenie postępowania ze względu na dokonaną modyfikację dokumentacji postępowania;
- w zakresie zarzutu nr 3 - wnosi o oddalenie odwołania z uwagi na nieuznanie zarzutu oraz ze względu na dokonaną modyfikację dokumentacji postępowania;
- w zakresie zarzutów nr 4 i 5 – wnosi o oddalenie odwołania

oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

W uzasadnieniu pisma, w odniesieniu do zarzutu nr 4 i nr 5 Zamawiający podał, że postanowienia SWZ i Warunków Umowy nie naruszają zasady swobody kontraktowania, lecz są wyrazem uprawnienia Zamawiającego do kształtowania warunków zamówienia w granicach prawa, zgodnie z art. 16 oraz art. 99 ust. 1 Pzp. Zamawiający stwierdził, że przewidział możliwość dokonania zmiany umowy, co wynika wprost z katalogu zmian zawartego w § 9 Warunków Umowy, w szczególności ust. 2. Zamawiający zauważył, że zakres odpowiedzialności stron wynika z konstrukcji umowy typu "projektuj i buduj", w której podstawą realizacji zamówienia jest ostateczna dokumentacja projektowa zaakceptowana przez Zamawiającego. Wszelkie zmiany do niej inicjowane przez Zamawiającego nie mogą skutkować automatycznym przeniesieniem wszelkich ryzyk (czasowych i finansowych) na Zamawiającego, bez uprzedniego ustalenia ich przyczyn, zakresu oraz uzasadnienia. Zamawiający przewidział możliwości zmian umowy w dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które obejmują postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, spełniające łącznie następujące warunki: określają rodzaj i zakres zmian, określają warunki wprowadzenia zmian, nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. Odpowiedni katalog przesłanek zmiany umowy został zatem przewidziany w dokumentacji

postępowania, co spełnia wymogi ustawowe. Zamawiający wskazał także, że zakwestionowane przez Odwołującego zapisy dot. wprowadzania zmian w zatwierdzonej Dokumentacji Wstępnej stanowią powszechnie stosowaną i sprawdzoną praktykę w realizacji zamówień dotyczących zabudowy systemów ERTMS/ETCS poziomu 2.Zapisy te wynikają ze specyfiki technologicznej przedmiotu zamówienia i są konsekwentnie stosowane przez Zamawiającego w realizacji podobnych zadań inwestycyjnych w przeszłości, m.in. w ramach projektów:

•Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E30 odcinek Podłęże - Rzeszów wramach projektu pn: „Zabudowa ERTMS-ETCS na liniach sieci bazowej TENT";

•Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego) w ramach projektu pn: „Zabudowa ERTMSETCS na liniach sieci bazowej TEN-T";

•Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 (LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom przewidzianego do realizacji w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 20212027, (FEnIKS).

Dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego w formułowaniu wymagań tego typu nie potwierdzają obaw podnoszonych przez Odwołującego. Praktyka wdrożeniowa wskazuje, że zastosowane zapisy nie prowadziły do powstania nieproporcjonalnych obciążeń po stronie wykonawców, nie skutkowały sporami kontraktowymi, a także nie były dotychczas kwestionowane w postępowaniach odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza(w treści także: „KIO" lub „Izba") stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów nr 1 i 2 z uwagi na wprowadzenie przez Zamawiającego zmian SWZ pozostających w związku z tymi zarzutami oraz złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 3.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 i 2 *Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania, 2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Izba stwierdziła, że wobec wprowadzenia przez Zamawiającego zmian SWZ w zakresie kwestionowanym przez Odwołującego w zarzutach nr 1 i 2, rozstrzyganie o tych zarzutach stało się zbędne. W związku z tym postępowanie w odniesieniu do tych zarzutów podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Postępowanie w zakresie zarzutu nr 3, z uwagi na jego wycofanie przez Odwołującego, podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlegały zarzuty nr 4 i 5 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest *zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 na liniach kolejowych nr 133 i 134 odc. Sosnowiec Jęzor – Kraków Główny oraz linii kolejowej nr 91 odc. Kraków Główny - Podłęże*.

Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) obejmuje swoim zakresem: Tom I – Instrukcja dla Wykonawców (IDW); Tom II – Warunki Umowy (WU); Tom III – Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU); Tom IV – Rozbicie Cer Ofertowej (RCO).

W § 9 ust. 2 i 3 Warunków Umowy zostało określone:

2.*Zmiana postanowień Umowy możliwa jest w przypadku zaistnienia zmiany technologicznej spowodowanej:*

1)*zastosowaniem Materiałów lub Urządzeń nowszej generacji niż wskazane w SWZ, pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu Umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy, lub umożliwiających uzyskanie lepszej jakości Przedmiotu Umowy;*

2)*zastosowaniem innej niż wskazana w SWZ technologii wykonania zaprojektowanych Robót, powodującej zmianę sposobu wykonywania Umowy pozwalającej na skrócenie terminu realizacji Umowy lub Etapów lub zmniejszenie kosztów wykonywanych Robót, lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu Umowy, pod warunkiem osiągnięcia*

niemniejszych niż wskazane w SWZ parametrów końcowych wykonanych Robót;

*3)konieczności zrealizowania przedmiotu Umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych posiadających świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, ze względu na zmiany obowiązującego Prawa."*z zaznaczeniem, że w ramach Warunków Umowy „*Prawo*" zostało zdefiniowane w następującym brzmieniu: *„oznacza wymienione w SWZ normy i specyfikacje techniczne, Regulacje Zamawiającego i obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej przepisy prawa powszechnie obowiązującego."*

3. W przypadku wystąpienia okoliczności wymienionej w ust. 2 możliwa jest zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy, w tym technologii wykonania Robót lub konstrukcji obiektów budowlanych, terminu wykonania Umowy lub Etapów, terminu realizacji zakresu prawa opcji, Wynagrodzenia netto poprzez jego zmniejszenie maksymalnie o wartość oszczędzanych Kosztów bądź zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów, obliczonych na podstawie § 12, zmiana Materiałów lub Urządzeń, jak również zmiana lokalizacji obiektów budowlanych lub Urządzeń w zakresie adekwatnym do przyczyny powodującej konieczność zmiany lub zmiana zakresu Robót.

W § 38 ust. 7-10 Warunków Umowy zostało określone:

7.Polecenia Inżyniera powodujące konieczność zmiany Dokumentacji projektowej lub wykonania zmienionej w stosunku do Projektu Budowlanego ilości Robót lub w inny sposób powodujące zmianę zakresu Robót wpływającą na wysokość Wynagrodzenia lub termin realizacji Umowy wymagają uprzedniego potwierdzenia przez Zamawiającego. Brak pisemnego potwierdzenia przez Zamawiającego Polecenia zwalnia Wykonawcę z obowiązku jego wykonania. Zamawiający może potwierdzić pisemnie zasadność wydania Polecenia bez akceptacji kalkulacji zmiany Wynagrodzenia.

8.W przypadku, gdy Zamawiający potwierdzi pisemnie zasadność wydania Polecenia, lecz między Stronami będzie istniała rozbieżność co do kalkulacji zmiany Wynagrodzenia, Inżynier upoważniony jest do wydania Polecenia z zastosowaniem stawki tymczasowej wyliczonej zgodnie z kalkulacją opisaną w § 12 ust. 4.

9.Wszelkie Polecenia będą zawierały szczegółowe uzasadnienie techniczne z powołaniem odpowiednich Praw i postanowień Umowy oraz będą wydawane na piśmie pod rygorem nieważności i będą przesyłane do Wykonawcy i Zamawiającego.

10.Polecenie wymaga zawarcia pisemnego aneksu do Umowy, pod rygorem nieważności w przypadkach, gdy wynika to z przepisów prawa, w szczególności Ustawy Prawo zamówień publicznych.

§ 44 ust. 1 WU stanowi: *1. Wszelkie zmiany Umowy będą odbywały się za zgodą Stron, w formie aneksów, sporządzanych w formie pisemnej pod rygorem nieważności, za wyjątkiem zmian danych teleadresowych oraz osobowych, o których mowa w § 43 ust. 1 lub zmiany adresu do doręczeń faktur, o którym mowa w § 3 ust. 36 lub waloryzacji Wynagrodzenia dokonanej zgodnie z § 10 lub § 11, w takim wypadku wystarczy pisemne lub elektroniczne poinformowanie drugiej Strony. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej tj. oświadczenie woli w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzuty nr 4 i 5

Stosownie do art. 99 ust. 1 Pzp: 1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Art. 353^1 Kodeksu cywilnego stanowi: *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.*

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp: *1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Stosownie do art. 455 ust. 1 Pzp: *1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki: a) określają rodzaj i zakres zmian, b) określają warunki wprowadzenia zmian, c)nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy; 2) gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę: a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w ; 3) jeżeli dotyczy realizacji, przez dotychczasowego wykonawcę, dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - usług lub robót budowlanych, których nie uwzględniono w zamówieniu podstawowym, o ile stały się one niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności wyposażenia, usług lub instalacji zamówionych w ramach zamówienia podstawowego, b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego, c) wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, a w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa łączna wartość zmian nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków; 4) jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.*

Zgodnie z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego: *§ 1. Uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.*

Art. 432 ustawy Pzp stanowi: *Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.*

Zdaniem Odwołującego zarzucane Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 1 ustawy Pzp nastąpiło przez zaniechanie zawarcia w treści SWZ jednoznacznych postanowień przenoszących na Zamawiającego ryzyka finansowe i czasowe związane z koniecznością wprowadzenia przez wykonawcę na wniosek Zamawiającego zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji Wstępnej (w treści także: „Dokumentacja wstępna"), a także przez zaniechanie zawarcia w treści WU jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, umożliwiających dokonanie zmiany umowy w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do zatwierdzonej Dokumentacji wstępnej (zarzut nr 4). Z kolei do naruszenia art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 432 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, doszło przez przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do zmiany Umowy bez zachowania wymaganej prawem formy tej zmiany.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów prawa oraz zasadności wskazanych w odwołaniu żądań.

W sprawie nie ma sporu, że zamówienie ma być realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj". Wykonawca ma zatem wykonać zarówno projekt jak i zrealizować roboty budowlane według dokumentacji projektowej, opracowanej przez niego z należytą starannością, zasadami sztuki budowlanej oraz w sposób zgodny z ustaleniami zawartymi w SWZ oraz wymaganiami prawa, przez które zgodnie z SWZ należy rozumieć m.in. regulacje Zamawiającego. Opracowanie Dokumentacji wstępnej stanowi pierwszy etap realizacji zamówienia, obejmujący opracowanie koncepcji projektowej, zasady przygotowania danych projektowych, scenariusze operacyjne, zasady prowadzenia ruchu kolejowego oraz przypadki testowe. Na podstawie zatwierdzonej Dokumentacji wstępnej wykonawca opracuje dokumentację niezbędną do prawidłowej zabudowy urządzeń systemu ERTMS/ETCS wchodzących w zakres umowy, odrębnie dla każdej lokalizacji. Dokumentacja wstępna wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. Po takim zatwierdzeniu, na wniosek każdej ze stron umowy, może dojść do zmian Dokumentacji wstępnej, jeśli potrzeba ich wprowadzenia ujawni się w wyniku przeprowadzonych testów, warunków lokalnych, zmian prawa lub instrukcji wewnętrznych zarządcy infrastruktury.

Odwołujący podnosi w tym zakresie kwestę związaną z inicjatorem zmian Dokumentacji wstępnej i wywodzi, że w sytuacji gdy SWZ przewiduje,że w przypadku, gdy zmiany w zatwierdzonej Dokumentacji wstępnej będą wprowadzone na wniosek wykonawcy to wykonawca poniesie tego konsekwencje, w tym za opóźnienia umowy, to takie postanowienia powinny być wprowadzone do SWZ także na okoliczność, gdy do zmiany Dokumentacji wstępnej dojdzie na wniosek Zamawiającego, tj. że Zamawiający powinien dokonać zwrotu wykonawcy kosztów wprowadzenia zmian a wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za opóźnienia w realizacji umowy.

Izba zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący pomija w tym zakresie aspekt, że wniosek Zamawiającego o dokonanie zmian w Dokumentacji wstępnej może dotyczyć m.in. stwierdzonych, np. w wyniku testów, wad tej Dokumentacji, w tym jej niezgodności z SWZ, w szczególności z PFU. Odwołujący wskazuje natomiast na proste powiązanie konsekwencji wprowadzenia zmian, np. kosztowych, z tą stroną umowy, która występuje o wprowadzenie zmian.

Nadto w ocenie Odwołującego, możliwość jednostronnego (na wniosek) wprowadzenia zmian do zatwierdzonej Dokumentacji wstępnej, może skutkować zmianą innych postanowień umowy (np. dotyczących zakresu czy sposobu wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia), a zatem zmiany te powinny być wprowadzone w formie aneksu do umowy.

Izba zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący pominął treść postanowień SWZ, w szczególności postanowień WU regulujących kwestie formy wprowadzania zmian do umowy. Odwołujący nie wykazał, że już wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia umowne nie są wystarczające do uznania, że w przypadku zmiany umowy, będą one następowały w formie pisemnej.

W postawionych w odwołaniu żądaniach co do zmian SWZ, Odwołujący dał wyraz swoim oczekiwaniom co do sposobu usunięcia naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów.

Odnosząc się do przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu żądań, stwierdzenia wymaga, że nie zostało wykazane, aby brak uzupełnienia treści WU o wnioskowane przez Odwołującego postanowienia dotyczącepostanowień umownych, umożliwiających dokonanie zmiany umowy w przypadku konieczności wprowadzenia zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji wstępnej, skutkował naruszeniem ww. przepisów prawa.

Jak wyżej wskazano, z dokumentów zamówienia wynika, że zmiany Dokumentacji wstępnej opracowanej przez wykonawcę, po jej zatwierdzeniu przez Zamawiającego, mogą być wprowadzone w wyniku przeprowadzonych testów, warunków lokalnych, zmian prawa lub instrukcji wewnętrznych zarządcy infrastruktury na wniosek każdej ze stron umowy.

Rozstrzygnięcia Izby wymaga, czy zasadny jest wniosek Odwołującego dotyczący nakazania Zamawiającemu wprowadzenia do treści SWZ postanowień jednoznacznie wskazujących, że w przypadku, w którym wprowadzenie przez wykonawcę zmian do zatwierdzonej przez Zamawiającego Dokumentacji wstępnej będzie następowało na wniosek Zamawiającego, Zamawiający poniesie koszty wprowadzenia tych zmian, a wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za ewentualne opóźnienia w realizacji zamówienia.

W ocenie Izbynależy zgodzić się z Zamawiającym, że w przypadku gdy potrzeba zmian w Dokumentacji wstępnej wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, tj. wiąże się z tym, że wykonawca opracowując Dokumentację wstępną uczynił to w sposób niezgodny z dokumentami zamówienia, w szczególności PFU, to niezależnie od tego czy wniosek dotyczący zmiany tej Dokumentacji zostanie złożony przez Zamawiającego czy wykonawcę, konsekwencje z tym związane co do kosztów ich wprowadzenia oraz ewentualnych opóźnień kontraktowych, obciążają wykonawcę.

Przyjęcie stanowiska Odwołującego, że o poniesieniu tych kosztów każdorazowo decyduje to, która ze stron występuje z wnioskiem wprowadzenia zmian Dokumentacji wstępnej, oznaczałoby, że dla wykonawcy korzystne byłoby niezgłaszanie dostrzeżonych przez siebie potrzeb zmiany, a zatem nieuzasadniona bierność w sytuacji stwierdzenia wad Dokumentacji wstępnej, co nie daje się pogodzić z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w tym obowiązkiem należytego wykonania umowy oraz zakresem odpowiedzialności stron przy znajdującej zastosowanie do niniejszego zamówienia formule „zaprojektuj i wybuduj”, zgodnie z którą podstawą realizacji zamówienia jest dokumentacja projektowa, która powinna być zgodna z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Za niezasadne należy także uznać żądanie nakazania Zamawiającemu wprowadzenia do treści SWZ postanowień, zgodnie z którymi wprowadzenie zmian do zatwierdzonej Dokumentacji wstępnej będzie każdorazowo wymagało zawarcia przez strony aneksu do umowy.

Jak wyżej wskazano Odwołujący pomija istniejące w SWZ w tym zakresie postanowienia i nie wykazuje dlaczego, np. przedstawione powyżej postanowienia § 38 Warunków Umowy, w szczególności ust. 14, zgodnie z którym polecenie

wymaga zawarcia pisemnego aneksu do umowy, pod rygorem nieważności w przypadkach, gdy wynika to z przepisów prawa, jak też § 44 ust. 1, zgodnie z którym wszelkie zmiany umowy będą odbywały się za zgodą stron, w formie aneksów, sporządzanych w formie pisemnej pod rygorem nieważności, za wyjątkiem np. zmian danych teleadresowych oraz osobowych, nie są wystarczające do uznania, że Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia, że zmiany umowy będą wprowadzane w formie pisemnej.

W ocenie Izby z postanowień tych jasno wynika, że zmiany umowy będą następowały w formie pisemnej.

Ponownie przy tym zauważenia wymaga, że zmiana Dokumentacji wstępnej, także po jej zatwierdzeniu przez Zamawiającego, wynikająca ze stwierdzenia jej niezgodności z dokumentacją postępowania, nie stanowi zmiany umowy, lecz oznacza doprowadzenie do wykonania tego elementu umowy do zgodności z wymogami zawartymi w szczególności w PFU. W związku z tym nie każdy wniosek Zamawiającego o wprowadzenie zmiany Dokumentacji wstępnej powoduje konieczność wprowadzenia zmian do umowy. W sytuacji, gdy zmiany Dokumentacji wstępnej wynikają z wadliwego jej sporządzenia przez wykonawcę i zaniechań wykonawcy co do zgłoszenia wniosku jej zmiany z tym związanej, to wprowadzone zmiany nie stanowią zmiany umowy, lecz służą doprowadzeniu do jej należytego wykonania, a zatem należy je odróżnić od zmian samej umowy.

Stosownie do art. 552 ust. 1 Pzp 1. *Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.* Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie zostało wykazane naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..……

Członkowie: ……..……

……..……