

WYROK

z dnia 1 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Katarzyna Odrzywolska
Marzena Ordysińska**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniach 14 i 24 lutego 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa (KIO 228/22),**
- B. w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 233/22),**
- C. w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (KIO 236/22),**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego

- B. wykonawcy **Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego
- D. wykonawcy **Trakcja S.A., Al. Jerozolimskie 100 II p., 00-807 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 228/22, KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego
- E. wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego
- F. wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 233/22 oraz KIO 236/22 po stronie odwołującego
- G. wykonawcy **AZD PRAHA s.r.o., Zirovnicka 3146/2, 106 00 Praha 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 236/22 po stronie odwołującego
- H. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 236/22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (KIO 228/22)**;
2. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 233/22)**;

3. oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (sygn. akt KIO 236/22)**.

4. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołujących** tytułem wpisów od odwołań, tj. po 20 000 zł przez każdego z nich.

5. zasądza od:
 - A. **Thales Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

 - B. **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

 - C. **Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 228/23

KIO 233/22

KIO 236/22

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Zabrzeg — Zebrzydowice — granica państwa w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Zabrzeg — Zebrzydowice (granica państwa)” nr ref. postępowania: 9090/1RZR3/00235/00092/22/P ogłoszenie Dziennik Urzędowy UE w dniu 17 stycznia 2022 r. pod nr 2022/S 011-025032. W tym samym dniu opublikowano dokumentację postępowania. Przedmiotem zamówienia objęto również zamówienia opcjonalne: 1. Prawo Opcji 1 – opcjonalne wykonanie Usług pogwarancyjnych, 2. Prawo Opcji 2 – opcjonalna realizacja świadczeń w zakresie „Przewidywanych zmian w zakresie interfejsów”.

Sygn. akt: KIO 228/23

Odwołujący Thales Polska sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na nieprawidłowym ukształtowaniu treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia w zakresie powiązania zamawianych urządzeń z istniejącymi lub będącymi jeszcze w trakcie realizacji urządzeniami sterowania ruchem kolejowym (srk).

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez nałożenie na wykonawcę w:

a. pkt. 3.5.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) obowiązku powiązania urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z istniejącymi lub będącymi jeszcze w trakcie dostawy urządzeniami srk na pobliskiej stacji Czechowice-Dziedzice, realizowanymi w ramach zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze

świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku podg. Most Wisła — Czechowice Dziedzice — Zabrzeg (dalej jako „Zamówienie na LOT C”);

b. w pkt 4.3.3 PFU obowiązku powiązania urządzeń LCS zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami stacyjnymi na stacji Czechowice-Dziedzice (określonych w ramach wymagań funkcjonalnych zabudowy warstwy nadrzędnej w LCS Czechowice-Dziedzice) w sytuacji, gdy:

c. SWZ nie zawiera niezbędnych informacji odnośnie infrastruktury zabudowanej w ramach Zamówienia na LOT C, w tym wymaganej specyfikacji technicznej ww. urządzeń, podczas gdy informacje te są niezbędne do prawidłowego ustalenia sposobu powiązania obecnie zamawianych urządzeń z istniejącą infrastrukturą, a tym samym zakresu obowiązków wykonawcy w tym zakresie;

d. istniejąca lub będąca w trakcie realizacji infrastruktura powstała w ramach Zamówienia na LOT C jest dostarczana przez spółkę z grupy Alstom/Bombardier („Bombardier”), podwykonawcy na LOT C, wobec czego wyłącznie ten podmiot posiada niezbędną wiedzę o sposobie zapewnienia powiązania obecnie zamawianej infrastruktury z już istniejącą;

e. Zamawiający — na podstawie postanowień umowy w przedmiocie realizacji LOT C — dysponuje lub powinien dysponować dokumentacją pozwalającą opisać przedmiot zamówienia w sposób dostatecznie jednoznaczny w zakresie metody powiązania obecnie zamawianych urządzeń z istniejącą infrastrukturą; w rezultacie czego:

f. przedmiot zamówienia został opisany w sposób nieprecyzyjny, bowiem nie zawiera niezbędnych informacji pozwalających ustalić, w jaki sposób ma zostać zrealizowane powiązanie infrastruktury, a co uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty;

g. przedmiot zamówienia został opisany w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, bowiem niezasadnie wymagane jest dysponowanie informacjami posiadanymi wyłącznie przez Bombardier, przez co opz charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez jeden podmiot, a co uniemożliwia lub utrudnia złożenie oferty przez innych wykonawców;

h. warunki zamówienia naruszają zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, faworyzują dostawcę urządzeń na potrzeby realizowanej infrastruktury, tj. Bombardier, przyznając mu przewagę w ramach Postępowania lub powodując, że inny wykonawca będzie zmuszony nawiązać współpracę z tym podmiotem jako podwykonawcą.

Wnosi o nakazanie zamawiającemu zmiany treści swz przez udostępnienie dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy systemami srk, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C oraz odpowiednio powiązań w zakresie zabudowy warstwy

nadrzędnej w LCS Czechowice-Dziedzice z istniejącą infrastrukturą albo wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienia takich powiązań.

Uzasadnienie

1. Zamówienie stanowi element przedsięwzięcia realizacji infrastruktury sterowania ruchem kolejowym i infrastruktury teletechnicznej na linii E 65 Będzin — Zebrzydowice, w ramach którego są realizowane lub udzielane zamówienia na poszczególnych odcinkach (określone jako LOT AI, LOT A, LOT B, LOT C, LOT D).

2. Zamawiający w 2019 r. zawarł umowę na realizację LOT C, obejmującego prace na odcinku sąsiadującym z tym, którego dotyczy obecne Postępowanie, obejmującego m.in. dostawę i zabudowę urządzeń srk na stacji Czechowice-Dziedzice oraz Zabudowa warstwy nadrzędnej w LCS na tej stacji. Wykonawcą zamówienia jest Budimex Budownictwo Sp. z o.o., a urządzenia są dostarczane przez Bombardier jako podwykonawcę.

3. Ponieważ sąsiadujące odcinki miały być realizowane w ramach udzielania odrębnych zamówień, dlatego Zamawiający zasadnie przewidział konieczność zapewnienia odpowiedniej interoperacyjności dostarczanych urządzeń i umożliwienia ich współpracy z infrastrukturą dostarczaną przez innego producenta.

4. Z tej przyczyny w PFU dla Zamówienia na LOT C zawarto postanowienia:

1) „Przedmiotem zamówienia jest Wykonanie projektu wykonawczego oraz realizacja robót budowlanych w warstwie podstawowej (przytorowej) dla LOT-u C Czechowice-Dziedzice, przygotowanie tzw. specyfikacji interfejsów zgodnie z wymaganiami określonymi w WWiORB pkt. I. I .2 oraz pkt 3. I . 16. niniejszego PFU dla przyszłych systemów srk i telekomunikacji, pozwalających m.in. w przyszłości na realizację LOTów B i D, dostarczenie oraz zabudowanie i uruchomienie Systemów, świadczenie Usług gwarancyjnych oraz zamówień opcjonalnych dla tych Systemów obejmujących w szczególności (...)” (str. 25 PFU).

2) „Wykonawca opracuje i przekaze Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować (pkt 3.1.16, str. 56 PFU). Dowód: PFU dla Zamówienia na LOT C

5. Dla Zamawiającego kluczowe było zapewnienie, aby infrastruktura nabywana w ramach LOT C mogła w przyszłości współpracować z urządzeniami dostarczonymi przez innych wykonawców w ramach następných zamówień dotyczących sąsiadujących odcinków. Rozwiązanie takie nie zdeterminowało przyszłego dostawcy tej infrastruktury, którym w przeciwnym wypadku mógłby zostać wyłącznie Bombardier.

6. Obowiązek nie dotyczył udostępnienia pełnego know-how dotyczącego urządzeń srk, a jedynie przekazania informacji na temat niektórych parametrów, które mogłyby zostać

następnie wykorzystane przez innego wykonawcę w celu opracowania skutecznego powiązania nowej infrastruktury z już istniejącą.

7. Celowość i dopuszczalność tych postanowień była przedmiotem oceny KIO w wyroku KIO 2506/17. Przedstawiona przez Zamawiającego w tej sprawie argumentacja za ich obroną (w kontekście postanowień dotyczących przeniesienia praw autorskich do dokumentacji nabywanych urządzeń) zasługuje na szersze przywołanie, bowiem tłumaczy zamiar, jaki towarzyszył przyjęciu tego rozwiązania.

8. Izba, uznając postanowienia za dopuszczalne, stwierdziła, że „obiektywną potrzebą Zamawiającego jest potrzeba otrzymania dokumentacji interfejsów, która umożliwi w przyszłości samodzielny i niezakłócony rozwój oraz utrzymanie systemu sterowania ruchem kolejowym. Izba uznała więc, że Zamawiający postępowałby co najmniej nieracjonalnie, gdyby dopuszczał do sytuacji udzielania później zamówień z wolnej ręki na rozbudowę systemu czy też dokonywanie prac związanych z integracją systemów.”

9. Umowę na wykonanie Zamówienia na LOT C zawarto w 2019 r. Zgodnie z jej harmonogramem Zamawiający powinien już mieć dostęp do specyfikacji interfejsu przygotowanych na potrzeby tego zamówienia (nawet jeżeli same urządzenia nie zostały jeszcze zabudowane).

10. Wobec tego, zważywszy że Zamawiający zastrzegł w umowie uprawnienie do otrzymania tej dokumentacji i czynił to właśnie w celu zapewnienia odpowiedniej konkurencyjności udzielania kolejnych zamówień, to konieczne jest udostępnienie tej specyfikacji w ramach obecnego Postępowania.

11. Bez uzyskania tych dokumentów nie jest możliwe ustalenie rzeczywistego zakresu obowiązków wykonawcy związanych z dostosowaniem dostarczanych urządzeń do interfejsu urządzeń już istniejących, który jest wykonawcom nieznany. Nie jest możliwe oszacowanie nakładu prac dostosowania planowanych urządzeń, ponieważ Zamawiający nie udostępnił jakichkolwiek wytycznych w tym zakresie, m.in. odnośnie protokołu wymiany danych, informacji w telegramach, wersji oprogramowania. Prawidłowa wycena wymaganych prac czy nawet ocena realności ich wykonania wymaga dostępu do tych informacji.

12. W konsekwencji wykonawcy mają do wyboru tylko dwa rozwiązania: 1) złożenie oferty na nieznany zakres prac związanych z wykonaniem powiązań urządzeń srk jak i warstwy nadrzędnej w LCS z urządzeniami miejscowymi; 2) nawiązanie współpracy w zakresie wykonania powiązań z dostawcą urządzeń w ramach Zamówienia na LOT C, który jednak — mając świadomość posiadanej przewagi — może narzucić niekonkurencyjne warunki.

13. Taka sytuacja jest nieuzasadniona i niedopuszczalna w przypadku, gdy obiektywnie jest możliwe udostępnienie wymaganych informacji, co zapewniłoby równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym obecnie udzielanym zamówieniem.

14. Odwołujący przyjmuje bowiem, że w rezultacie należytego wykonania LOT C Zamawiający już tę dokumentację posiada lub też — przy zachowaniu należytej staranności, polegającej na wyegzekwowaniu przysługujących mu uprawnień — mógłby ją uzyskać. Jeżeli jednak z jakichkolwiek przyczyn Zamawiający do tej pory dokumentacji tej nie uzyskał, to w konsekwencji powinien wyeliminować z PFU obowiązki polegające na zapewnieniu powiązań.

15. Podsumowując, opz wymaga zatem dostosowania w ten sposób, że Zamawiający albo: 1) dołączył do niego dokumentację techniczną ze specyfikacją interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy systemami srk, które istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C; 2) wyłączy z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienie takich powiązań. W przeciwnym wypadku, postępowanie będzie obciążone istotną wadą, polegającą na niezasadnym uprzywilejowaniu określonego wykonawcy.

16. Odwołujący wskazuje, że jego stanowisko, ma oparcie w orzecznictwie Izby dotyczącym określenia obowiązków wykonawcy w zakresie zapewnienia zgodności z już istniejącą infrastrukturą teleinformatyczną zamawiającego: Wyrok KIO 1023/18, Wyrok KIO 163/14.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP: I. zmiany treści SWZ poprzez udostępnienie dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C, w zakresie niezbędnym do ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy systemami sterowania ruchem kolejowym, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C oraz odpowiednio powiązań w zakresie zabudowy warstwy nadrzędnej w LCS Czechowice-Dziedzice z istniejącą infrastrukturą albo wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienia takich powiązań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z uzasadnieniem przedstawionym w pisemnej odpowiedzi oraz do protokołu rozprawy.

KIO 233/22

Odwołujący Budimex S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 353(1) kc1 oraz art. 387 par. 1 kc w zw. z art. 436 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez przekroczenie granic swobody umów w formułowaniu projektowanych postanowień umowy oraz poprzez sformułowanie ich w sposób nieproporcjonalny, który nie zapewnia zachowania zasad uczciwej konkurencji

poprzez wyznaczenie terminu realizacji części umowy (Etap 6) krótszego niż termin ustawowy przewidziany na wydanie przez organ właściwy zezwolenia, które Wykonawca w ramach tej części zobowiązany jest uzyskać, tj. 13 tygodni od 213 tygodnia trwania umowy (TOM II „WARUNKI UMOWY” WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY” lit. d oraz WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części B SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY” lit. f) w ramach, którego Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskania certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6, w tym na podstawie decyzji Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego nr. DTW-WRIK.8241.3.2019.JK; DTW-WRIK.8241.4.2019.ML; DTW-WRIK.8241.5.2019.JK. do uzyskania w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego Infrastruktura, Energia, Sterowanie – urządzenia przytorowe wydanego na czas nieokreślony (TOM III – OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Część A STWiOR) podczas, gdy zgodnie z art. 25e ust. 4a Ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984) dalej: „ustawa o TK” Prezes UTK w terminie miesiąca od dnia otrzymania wniosku informuje wnioskodawcę, że dokumentacja jest kompletna, albo wzywa do usunięcia braków zaś w świetle art. 25e ust. 4b Prezes UTK wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku; tak określony zbyt krótki termin jest nadto niemożliwy do dotrzymania, zatem Zamawiający wymaga od Wykonawcy świadczenia niemożliwego; niniejszy zarzut dotyczy także pozostałych dokumentów zamówienia, w których wskazany został kwestionowany termin realizacji części umowy (Etap 6).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów postępowania tj.:

- a) Specyfikacji warunków zamówienia TOM I Rozdz. 3 „OKRES REALIZACJI ZAMÓWIENIA” pkt 1 i nadanie mu brzmienia: „Zakres 1 – wykonanie prac projektowych i robót budowlanych wraz z certyfikacją – 221 tygodni od Daty Rozpoczęcia (Etap od 1 do 5) oraz 5 miesięcy od zakończenia Etapu 5 (Etap 6), zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, w Tomie II SWZ. (Zakres 1 obejmuje Etapy od 1 do 6);
- b) Specyfikacji warunków zamówienia TOM II „WARUNKI UMOWY” WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY” lit. d i nadanie mu brzmienia: „d) Etap nr 6: 5 miesięcy od zakończenia Etapu nr 5 – Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6”;
- c) Specyfikacji warunków zamówienia TOM II „WARUNKI UMOWY” WARUNKI SZCZEGÓLNE dla Części A SUBKLAUZULA 8.13 „ETAPY” lit. f i nadanie mu brzmienia:

„f) Etap nr 6: 5 miesięcy od zakończenia Etapu nr 5 – Uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz uzyskanie certyfikacji wraz z odbiorem końcowym łącznie Etapów od 1 do 6”

- przy czym wprowadzone modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia spójności.

Ponadto wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji odpowiedniego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie właściwego terminu realizacji zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości przedstawiając stanowisko na piśmie oraz do protokołu rozprawy.

Sygn. akt KIO 236/22

Odwolujący STRABAG Sp. z o.o. w Pruszkowie, wniósł odwołanie na zaniechania i czynności Zamawiającego w szczególności w zakresie zaniechania wyznaczenia Odcinków, nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, w tym zakresie Opcji 1 i 2, ustalenie wygórowanej wysokości zabezpieczenia w zakresie Opcji 1, ustalenia w Warunkach Umowy dla Opcji 1 rażąco wygórowanej kary umownej czynności i zaniechania szczegółowo wskazane w zarzutach, wnioskach i uzasadnieniu odwołania.

I. Zarzuty odwołania

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c. oraz art. 558 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c., art. 58 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez przekroczenie granic swobody kontraktowania polegające na zaniechaniu wprowadzenie definicji Odcinków, a tym samym wprowadzeniu postanowień umownych, w myśl których bieg okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do zorganizowanych części robót (Etapu 3, 4 i 5) rozpocznie się dopiero po wykonaniu całości zamówienia i po upływie czasowej eksploatacji tych części,

2. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a tym samym poprzez wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia

waloryzacji z uwagi na jej ograniczenie do wartości +/- 5% Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia,

3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w zakresie Opcji 1 i 2 w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w zakresie Opcji 1 i 2 w sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów wykonania Opcji w szacowanych terminach Opcji 1 i 2.

4. art. 99 ust. 1, 2 i ust. 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1, 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 441 ust. 1 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia objętego Opcją 1 i 2 (dalej „OPZ”) uwzględniającego wymogi tych przepisów, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ Opcji 1 i 2 w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, a w konsekwencji zaniechanie sporządzenia OPZ Opcji 1 i 2 w sposób umożliwiający ustalenie kosztów wykonania zamówienia oraz przygotowanie oferty w zakresie obliczenia ceny oferty Opcji 1 i 2, w szczególności wobec zaniechania opisu buforu Części Zamiennych, zaniechania określenia przedmiotu Opcji 2, braku wskazania okoliczności skorzystania z Opcji 1 i 2, w tym terminu skorzystania z Opcji 1 i 2,

5. art. 434 PZP w zw. z art. 99 ust 1, 2 i 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 - 3 PZP poprzez ustalenie terminu wykonania Opcji 1 przez okres przekraczający 4 lata,

6. art. 484 § 1 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 PZP polegające na ukształtowaniu Warunków Umowy w zakresie Opcji 1 w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez określenie rażąco wygórowanych kar umownych (wskazanych w § 16 ust. 6 i 7 Załącznika nr 13),

7. art. 452 ust. 2 PZP poprzez ustalenie wartości zabezpieczenia wykonania Opcji 1 w wysokości przekraczającej 5 % jej wartości.

8. art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) w pkt 1.8.4., pkt 1.8.13., pkt 1.9., pkt 1.10. i pkt 2 STWiORB wymagania Ogólne - szczegółowo podanych w uzasadnieniu odwołania – w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający określenie zakresu prac i ustalenia kosztów robót na etapie sporządzenia oferty, złożenie porównywalnych ofert, a w konsekwencji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;

9. art. 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 103 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do

opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim: a) obciąża Wykonawcę nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami usuwania nieprzewidywalnych kolizji (pkt 1.8.4. STWiORB), pomimo nie określenia zakresu tych prac, i jednocześnie w sposób sprzeczny z treścią przyszłej Umowy; b) przewiduje obowiązek wykonania zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów, pomimo nieokreślenia zakresu tych prac (pkt 1.10. STWiORB),

10. art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec niejednoznacznego i niewyczerpującego, niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie praw z Opcji, jak również ustalenia pozornych warunków waloryzacji, a także ustalenia rażąco wygórowanych kar umownych i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do Umowy (Załącznika do Oferty) definicji Odcinków, zgodnie z tabelą zaprezentowaną w Odwołaniu, w rozumieniu Subklauzuli 1.1.5.6. Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC, a w konsekwencji nakazanie wprowadzenia regulacji, w myśl których okres rękojmi i gwarancji rozpocznie bieg i odpowiednio skończy się w terminie 72 miesięcy po odbiorze/przejęciu robót z danego Odcinka i rozpoczęciu eksploatacji,

Odwołujący wnosi ewentualnie o nakazanie zamawiającemu:

2. wprowadzenia innego równoważnego postanowienia umownego umożliwiającego rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji w odniesieniu do robót przewidzianych do wykonania w ramach Etapów 3, 4 i 5 oddzielnie, po odbiorze/przejęciu danego Etapu (Odcinka) i rozpoczęciu eksploatacji przez Zamawiającego,

3. zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Kontraktu, tj. Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych i pozostałych postanowień dokumentacji postępowania poprzez podwyższenie górnego limitu wartości korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen do poziomu +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

4. zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Opcji 1 i 2, tj. § 12 Załącznika nr 13 do Tomu II SWZ według wzoru:

$W2Gn=a2+(b2xCPI_n/100)+(c2xRn/100)$ – wysokość wskaźnika waloryzacyjnego za dany rok, gdzie: $a2=0,0$ $b2=0,2$ $c2=0,8$

5. dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 1 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej zgodnie z przepisami PZP, w szczególności dokonanie opisu w zakresie wskazania podstaw kalkulacji buforu Części Zamiennych

6. dokonania należytego opisu przedmiotu Opcji 2 w sposób umożliwiający kalkulację oferty przetargowej z zgodnie przepisami PZP, w szczególności dokonanie opisu w zakresie:

- podania liczby i typów urządzeń SRK, jakie miałyby być zabudowane w ramach zabudowy urządzeń srk na podg. Bieniowiec, stacji Kaczyce, stacji Cieszyn Markłowice, stacji Czechowice Dziedzice Południowe, stacji Strumień, na podg. Dębina oraz

- podania typu blokad i liczby odstępów na szlaku na szlaku Strumień – Chybie, na szlaku Kaczyce – Cieszyn Markłowice, na szlaku Zebrzydowice – Petrovice u Korvine, na szlaku Strumień – podg. Dębina

- podania opisu i właściwości systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w języku polskim.

7. określenia terminu wykonania przedmiotu Opcji 1 w okresie nie dłuższym niż 4 lata,

8. określenia okoliczności skorzystania z Opcji 1, w szczególności przez wskazanie terminu skorzystania z Opcji w terminie 6 miesięcy od podpisania Kontraktu,

9. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 1,

10. nakazanie złożenia oświadczenia o skorzystaniu z Opcji 2 w terminie 6 miesięcy od podpisania Kontraktu oraz określenia terminu wykonania Opcji 2 w czasie na wykonanie zadania podstawowego,

11. nakazanie Zamawiającemu określenia okoliczności skorzystania z Opcji 2,

12. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z Opcji 2

13. nakazanie ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania Opcji 1 w wysokości nie wyżej niż 5 % wartości tej Opcji,

14. nakazanie zmiany postanowień dotyczących kary umownej z tytułu wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych z winy Wykonawcy i określenia jej w wysokości 10 % wartości Opcji w miejsce § 16 ust. 6 Załącznika nr 13 Tomu II SWZ,

15. nakazanie rezygnacji z kary umownej określonej § 16 ust. 7 Załącznika nr 13 Tomu II SWZ (z tytułu zaniechania wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania Opcji 1),

16. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.8.4. „Projekty, które ma opracować Wykonawca robót” – Wymagania ogólne o brzmieniu:

„Dla usunięcia nieprzewidzianych kolizji z sieciami elektroenergetycznymi zarządzanymi przez Zakłady Energetyczne Wykonawca, na własny koszt, opracuje projekty wykonawcze, uzyska wymagane uzgodnienia oraz wykona niezbędne roboty. Wykonawca tak powinien opracować projekty technologiczne, warsztatowe i inne, aby uniknąć konieczności zmian lub uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji administracyjnych. Jednakże, w przypadku

konieczności Wykonawca uzyska wszelkie wymagane uzgodnienia lub decyzje administracyjne. Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy.”

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z treści tego postanowienia sformułowania: „na własny koszt” oraz zdania „Ryzyka z tym związane są po stronie Wykonawcy” i dodanie na końcu tego postanowienia zdania: „Zmiany wynikające z powyższych okoliczności zostaną wprowadzone zgodnie z Warunkami Kontraktu” albo „W przypadku zaistnienia opisanych okoliczności Wykonawca uprawniony jest do przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub dodatkowej płatności zgodnie z Warunkami Kontraktu.” ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

17. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.8.13. „Prowadzenie robót na terenie stacji i na szlaku” Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Część G – Wymagania ogólne o brzmieniu:

„Wykonawca będzie ponosił koszty związane z:

wyłączeniem napięcia w sieci trakcyjnej, zamknięciem toru, osygnalizowaniem ograniczeń prędkości biegu pociągów po torze czynnym obok miejsca robót i po robotach, zwiększeniem na czas robót obsady posterunków ruchu, wynajęciem lokomotyw z obsługą do przeciągania pociągów trakcją nonelektryczną, wprowadzeniem zastępczej komunikacji autobusowej. i inne koszty konieczne do prawidłowej realizacji Kontraktu Koszty te Wykonawca winien uwzględnić w pozycjach podstawowych robót.”

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego postanowienia punktu o treści: „zwiększeniem na czas robót obsady posterunków ruchu” oraz sformułowania: „i inne koszty konieczne do prawidłowej realizacji Kontraktu”, ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające określenie zakresu zwiększenia obsady i kalkulację tych kosztów oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o niezbędne pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty,

18. nakazanie dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.9. „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki” STWiORB, Część G – Wymagania ogólne o brzmieniu: „Przed przystąpieniem do robót budowlanych Wykonawca naprawi istniejące ogrodzenia, tak aby uniemożliwić osobom postronnym dostęp do linii kolejowej i placu budowy.”

- poprzez usunięcie (wykreślenie) z postanowienia sformułowania: „linii kolejowej”

19. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 1.10. „Niewypały, niewybuchy” STWiORB, Część G – Wymagania ogólne - przez usunięcie z tego punktu ostatniego zdania: „Koszty zabezpieczenia terenu oraz usunięcia niewypałów/niewybuchów

poniesie Wykonawca.” ewentualnie: nakazanie uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opz o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

20. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ - pkt 2.2 „Materiały i urządzenia muszą być zgodne z Dokumentacją Projektową i wymaganiami określonymi w Specyfikacji” (str. 43) STWiORB, Część G – Wymagania ogólne, w części odnoszącej się do bazy – składowiska odpadów - poprzez usunięcie (wykreślenie) z tego postanowienia zdania:

„Koszty organizacji bazy i robót związanych z przystosowaniem wskazanej lokalizacji dla potrzeb składowiska obciążają Wykonawcę.” ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia dokumentacji przetargowej w zakresie opisu przedmiotu zamówienia o informacje umożliwiające jednoznacznie wskazanie zakresu tych prac i dokonanie kalkulacji kosztów ich wykonania oraz uzupełnienie Przedmiaru Robót o takie pozycje, jakie należy uwzględnić w cenie oferty;

21. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości przedstawiając argumenty na poparcie stanowiska w złożonej odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu na rozprawie trzech wniesionych odwołań, uwzględniając treść złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje, i rozstrzygnęła, jak wskazano w sentencji wyroku, kierując się motywami przedstawionymi poniżej. W uzasadnieniu stanowiska składu orzekającego zachowano kolejność odpowiadającą kolejności zarzutów przedstawionych w odwołaniach.

Sygn. akt KIO 228/22 (Thales Polska)

W zakresie żądania udostępnienia wykonawcom dokumentacji technicznej, w tym obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C w celu ustalenia sposobu realizacji współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach obecnie udzielanego zamówienia z urządzeniami czy

systemami sterowania ruchem kolejowym, które już istnieją lub są w trakcie realizacji w ramach Zamówienia na LOT C albo wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy zapewnienia takiego powiązania stwierdzić należy, że obowiązek wykonania powiązania wynika z postanowień SWZ i wchodzi w zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia. Brak dokumentacji technicznej obejmującej specyfikację interfejsu urządzeń srk dostarczanych w ramach Zamówienia na LOT C niewątpliwie utrudnia wykonawcom wycenę oferty, jednakże nie uniemożliwia takiego oszacowania. Należy przypomnieć, że przedmiotowe zamówienie ma być realizowane na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a zatem wykonawca na etapie składania ofert nie posiada i nie może być w posiadaniu dokumentacji projektowej, bowiem ta zostanie dopiero opracowana przez wybranego wykonawcę. Szacowanie zakresu niezbędnych robót, w tym projektowych oraz ich wycenę wykonawca musi opracować na podstawie własnego doświadczenia. Szacownie wartości przedmiotowych prac w tym zakresie, jak wynika z niekwestionowanych wyjaśnień zamawiającego pozostaje przyjętą praktyką w przypadku tego typu zamówień. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiając w konsekwencji sporządzenie oferty przez wykonawców. Znacząca w przedmiotowym zakresie jest ponadto deklaracja zamawiającego, iż przekaże on wybranemu wykonawcy specyfikację interfejsu opracowaną przez wykonawcę zamówienia na LOT C natychmiast po jej otrzymaniu, co bez wątpienia ułatwi i przyspieszy realizację zadania.

Mając powyższe na uwadze w zaistniałych okolicznościach faktycznych zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie wobec braku potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w odwołaniu wskazanych.

Sygn. akt KIO 233/22 (Budimex)

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów ustawy pzp oraz kc przez wyznaczenie terminu zrealizowania Etapu 6 Kontraktu na 13 tygodni, podczas gdy zdaniem Odwołującego termin ten nie odpowiada przepisom ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U.2021.1984, „ustawa TK”) należy wskazać iż zgodnie z art. 25 ust. 4b ustawy TK Prezes Urzędu wydaje zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, o którym mowa w art. 25a ust. 2 pkt 1 lit. a-c, nie później niż w terminie 4 miesięcy od dnia otrzymania kompletnego wniosku. Tym samym, co najmniej z punktu widzenia prawa, taki jest maksymalny termin, co oznacza, że może on być terminem krótszym w szczególności w razie złożenia profesjonalnego kompletnego wniosku.

Postanowienia wzoru umowy (§ 5 ust. 3) przewidują przy tym możliwość zmiany terminów wykonania określonych czynności także z przyczyn leżących po stronie podmiotów zewnętrznych, w tym organów administracji rządowej, samorządowej i organów, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji, warunków, zezwoleń, uzgodnień, pozwoleń i certyfikatów, w trakcie wykonywania przedmiotu Umowy. Analogicznie w zakresie części B powyższe wynika z § 5a ust. 1 Umowy. Ponadto w § 5 ust. 4 lit. e w zakresie części A oraz w § 5a ust. 4 dla części B Umowy przewidziano, że w przypadku innych okoliczności, w tym leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej postanowieniami lub Harmonogramem, w tym o charakterze prawnym, organizacyjnym, ekonomicznym, administracyjnym lub technicznym możliwa jest zmiana, w tym zmiana czasu na ukończenie lub daty wykonania Etapu lub Etapów. W ocenie Izby złożony do akt dokument pt. Analiza CnU wg WU Tom III SIWZ jakkolwiek wiarygodny, opiera się na założeniu maksymalnych terminów i przedstawieniu czasu kolejnych operacji w układzie ich następowania po sobie po zakończeniu uprzedniej. Zatem nie uwzględniono możliwości równoległego wykonywania prac oraz krótszego od maksymalnego terminu uzyskania certyfikacji. Przyjęto także założenie konieczności uzupełniania i poprawiania dokumentacji projektowej i wniosku do Prezesa UTK, co przy poprawnym i profesjonalnym sporządzeniu dokumentów, byłoby zbędne i znacząco skróciło terminy w stosunku do założeń. Mając powyższe na uwadze, uzasadnione jest stwierdzenie, że dochowanie założonego w postanowieniach swz terminu ukończenia Etapu 6 jest możliwe, a ich potencjalny rygoryzm podlega złagodzeniu wskazanymi mechanizmami ewentualnej zmiany terminów realizacji.

W ustalonym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający ustalając zaskarżone terminy nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp i kodeksu cywilnego.

Sygn. akt KIO 236/22 (Strabag)

Na wstępie skład orzekający potwierdza, zgodnie z treścią stanowisk stron przedstawionych do protokołu rozprawy, co następuje.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia żądanie odwołania oznaczone jako 18 i 19. odwołującego (przytoczone w odpowiedzi na odwołanie). Ponadto sprostował omyłkę na str. 33 odpowiedzi na odwołanie, gdzie w pkt 3 po słowie „o wartości 0,3%” następnymi słowami to „kwoty netto ceny kontraktowej” zamiast słowa „wartości”.

Odwołujący STRABAG Sp. z o.o. oświadczył, że cofa odwołanie w części, to jest w zakresie opisanym jako żądanie 5 oraz 16, w którym podtrzymuje żądanie wykreślenia zdania „ryzyka z tym związane są po stronie wykonawcy” co wynika z dokonanej zmiany SWZ przez

zamawiającego polegającej na wykreśleniu wyrazów „na własny koszt” w zdaniu poprzedzającym. W związku z powyższym zamawiający oświadczył, że uwzględnia żądanie wykreślenia zdania rozpoczynającego się od słowa „ryzyka” podanego powyżej i w to miejsce wprowadza się zdanie „zmiany wynikające z powyższych okoliczności zostaną wprowadzone zgodnie z warunkami kontraktu”.

Ponadto strony zgodnie oświadczyły, że sformułowanie dotyczące pkt 1.8.13 SWZ zacytowane w pkt 17 żądań odwołania w tiret 4 oznacza, że wykonawcę obciążają koszty posterunków ruchu, jeżeli wynikają one ze zmiany fazowania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Strony uznają, że koszty urządzenia składowiska w innej lokalizacji niż podana w odpowiedzi na odwołanie będzie ponosił wykonawca, jeżeli konieczność wywozu odpadów do innego miejsca będzie wynikać ze zmiany fazowania w stosunku do przewidzianego w SWZ, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Powyższe dotyczy żądania opisanego w pkt 20.

W związku z powyższymi oświadczeniami odwołujący STRABAG Sp. z o.o. cofnął odwołanie w zakresie żądania przedstawionego w pkt 17 i 20 odwołania.

Wobec przedstawionych powyżej zgodnych lub niesprzecznych stanowisk stron, nie podlegają one rozpatrzeniu przez skład orzekający.

Oceniając zarzut dotyczący przekroczenia granic swobodnego kontraktowania przez brak wprowadzenia definicji odcinków, a tym samym uregulowanie postanowień umownych o biegu gwarancji i rękojmi dopiero po wykonaniu całości zamówienia skład orzekający nie stwierdził, by postanowienia swz zostały -przygotowane z naruszeniem art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP oraz art. 99 ust.1 ustawy PZP. Stosowne postanowienia warunków umowy określone w tzw. subklauzulach są jednoznaczne. Wprowadzenia definicji odcinków jako wyodrębnionych, także prawnie części robót, jest ewentualnym uprawnieniem zamawiającego, natomiast z przepisów prawa nie wynika podstawa do skutecznego formułowania takiego żądania. Specyfika zamówienia uzasadnia też odbiory eksploatacyjne nie stanowiące odbiorów końcowych, dla których to (tych drugich) biegną terminy gwarancji i rękojmi. Izba nie podziela oceny odwołującego, iż taka postać zapisów umownych stanowi naruszenie przepisów k.c. dotyczących rękojmi oraz zasady swobody umów. Zgodnie z zapisami umownymi przewidziano bieg terminów od dnia odbioru końcowego z uwzględnieniem zwykłego zużycia wynikającego z wcześniejszej eksploatacji robót. Na podstawie SubKlauzuli 11.1 Wykonawca w zakresie zwyczajnego zużycia robót nie będzie zobowiązany do ich przywrócenia do stanu z momentu odbioru eksploatacyjnego.

Odnosząc się do zatem do kwestii początku biegu terminu okresu rękojmi oznaczonego jako dzień wydania rzeczy kupującemu zgodnie z art. 568 §1 k.c. można wskazać, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi powstaje po ukończeniu obiektu i jego

odbiorze przez inwestora. Na wcześniejszym etapie wadliwe lub niezgodne z umową wykonywanie prac uzasadnia ewentualne skorzystanie przez inwestora z uprawnień wskazanych w art. 636 w zw. z art. 656 § 1 k.c.. Mając na względzie powyższe, zapisy uzależniające rozpoczęcie biegu okresu rękojmi i gwarancji od ukończenia wszystkich prac są prawidłowe i nie naruszają przepisów, w szczególności nie są sprzeczne z art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. art. 638 k.c. i art. 656 § 1 k.c.

W sprawie zarzutu pkt 2 Odwołania wskazującego na naruszenie przepisów k.c. oraz ustawy pzp przez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy skład orzekający podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w szeregu wyroków wydanych w ostatnich miesiącach w analogicznym stanie faktycznym (np. KIO 219/22, KIO 225/22 z dnia 14 lutego 2022 r., KIO 230/22 z dnia 11 lutego 2022 r.) uznając za zbędne ponowne przytaczanie argumentacji zawartej w powszechnie dostępnych orzeczeniach.

Uzupełniająco można jednak zauważyć, iż wielce prawdopodobne jest w obecnych realiach gospodarczych wywołanych także sytuacją geopolityczną, że przewidywane wielkości współczynników waloryzacyjnych, okażą się całkowicie błędne, w tym w szczególności spór o poziomie 5 lub 10% ceny kontraktu, zwłaszcza, że przedmiot zamówienia stanowi inwestycję wieloletnią. W tym stanie twierdzenia obydwu stron, w tym zamawiającego o możliwości przewidzenia rozwoju procesów rynkowych w krajach, których gospodarka jest częścią rynku Unii Europejskiej, a w efekcie z dużym prawdopodobieństwem takiego oszacowania kosztów realizacji zamówienia, że będą w stanie złożyć ofertę z właściwą ceną, obciążone jest nadmiernym optymizmem. Powyższe nie zmienia oceny co do uprawnienia zamawiającego wskazania mechanizmu waloryzacji w projekcie umowy spełniającego wymagania przepisu 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy PZP, który pozostawia do wyboru Zamawiającego określenie wskaźników, które będą podstawą dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.

W zakresie zarzutu nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w Opcji 1 dot. usług pogwarancyjnych przez zaniechanie informacji dotyczących buforu Części Zamiennych zauważyć należy, że konieczność wymiany zepsutej lub zużytej części przez Wykonawcę w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennych jest przewidziany w § 2 ust. 12 Warunków realizacji Części C Prawo Opcji 1- Świadczenie Usług pogwarancyjnych). Wskazany tam obowiązek koreluje z wymaganiami w zakresie usługi w okresie pogwarancyjnym w PFU. W szczególności obowiązek wymiany części przy użyciu magazynu

(buforu) Części Zamiennej Wykonawcy przewidziano w PFU, co należy interpretować łącznie z pozostałymi zapisami PFU. Przed dokonaniem odbioru końcowego Robót i/lub Odcinka Wykonawca ma opracować plan utrzymania i uzgadnia go z zamawiającym. Zatem na wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia magazynu części zamiennych. Zamawiający wprowadził do SWZ dnia 11 lutego 2022 r. zapisy § 2 pkt 12 Warunki Umowy - Warunki Realizacji Część C Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych oraz w pkt 6.1 „Wymagania ogólne” ppkt 14 PFU dokonał się zmiany poprzez sprecyzowanie Zadania (Opcja nr 1 opisana w Rozdziale 6 PFU) realizowanego przez personel Wykonawcy odpowiednio przeszkolony, wyposażony w wymagane narzędzia i urządzenia specjalistyczne, posiadający wymagane przepisami prawa uprawnienia oraz w oparciu o własny magazyn (bufor) Części Zamiennej. Wykorzystanie Części Zamiennej przez II Linię Utrzymania do realizacji Usług

będzie rozliczone odpowiednio jak zakup nowych na zasadach określonych w ramach Usługi naprawy Urządzeń i Części Zamiennej, przy czym w ramach Usług gwarancyjnych Zamawiającemu przysługuje odrębne uprawnienie do żądania bezpłatnego usunięcia Wady poprzez wymianę Części Zamiennej na nową lub naprawioną.

Odwołujący w ramach zarzutu nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w Opcji 1 podniósł, że dokumentacja zamówienia wprowadza niepewność co do zapewnienia narzędzia klasy Service Desk. Skład orzekający podziela stanowisko, że intencją Zamawiającego dla zapisu pkt 6.1 PFU pt. „Wymagania ogólne” ust. 15 wprowadzającym obowiązek dysponowania przez Wykonawcę centrum serwisowym przyjmującym zgłoszenia, było podjęcie decyzji o ograniczeniu zakresu Usług pogwarancyjnych na etapie decyzji o uruchomieniu Opcji nr 1, celem ograniczenia ponoszenia podwójnych kosztów z tytułu utrzymania dwóch równoległych Narzędzi Klasy SD (u Zamawiającego i u wykonawcy).

Wprowadzone korekty do PFU z dnia 11 lutego 2022 r. usuwają przedstawione w odwołaniu wątpliwości. W Odwołaniu zawarto także zarzut dotyczący nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Opcji 2. Zdaniem Odwołującego Zamawiający zaniechał opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy PZP.

Izba uznaje za prawidłowe wyjaśnienia zamawiającego, że zastosował prawo Opcji 2 celem zapewnienia przyszłym wykonawcom urządzeń SRK na odcinkach stycznych do odcinka objętego przedmiotowym zadaniem, współpracy z wykonawcą urządzeń SRK w ramach niniejszego zadania. To kwestia istotna ze względu na fakt, że wymaganie w zamówieniu powiązania z istniejącymi komputerowymi urządzeniami SRK bywa przedmiotem odwołań z zarzutem uprzywilejowania dostawcy istniejących urządzeń. Producenci tych urządzeń posiadają wyłączne prawa autorskie do oprogramowania (kody źródłowe) do swoich urządzeń. Zamawiający zastosował w dokumentacji przetargowej prawo Opcji 2. W PFU

określono wymagania w zakresie powiązania urządzeń wraz z określeniem potencjalnych prac, jakie Zamawiający przewiduje w przyszłości. Wskazano, że współpraca urządzeń SRK będzie odbywała się na zasadach zdefiniowanych w dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę. Zgodnie z pkt 4.3.2 PFU Wykonawca opracuje i przekaże w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować. Wykonawca wyłoniony w przyszłości będzie mieć obowiązek dostosować się do warunków powiązania urządzeń określonych przez Wykonawcę niniejszego zadania w specyfikacjach interfejsu. Ze względu na charakter formuły „projektuj i buduj” Zamawiający nie jest w stanie podać oczekiwanych w odwołaniu informacji dotyczących typów urządzeń jakie będą zabudowywane w przyszłości.

Ciężar określenia zasad powiązania spoczywa bowiem na Wykonawcy. Z tego powodu nie można uznać, że Zamawiający nienależycie opisał przedmiot zamówienia w zakresie Opcji 2.

W odniesieniu do podniesionej w odwołaniu - kwestii braku informacji o systemie ETCS w języku polskim, zasadne jest stwierdzenie, że system ten to standard europejski zdefiniowany i udostępniony na stronie internetowej Agencji Kolejowej Unii Europejskiej (ERA). Ewentualne próby tłumaczenia specyfikacji systemu na inny język niż źródłowy może prowadzić do błędów.

Odwołujący zarzucił, że nie określono terminu wykonania przedmiotu objętego Opcją 2 oraz okoliczności skorzystania z Opcji 2. Należy zauważyć, że zgodnie z Klauzulą 22 „Prawo Opcji 2” pkt 4 i 5: Zamawiający będzie miał prawo do uruchamiania Prawa Opcji w całym okresie realizacji Umowy (w tym także w czasie realizacji Prawa Opcji 1) z zastrzeżeniem terminów określonych dla czasu realizacji tych robót wskazanych w Subklauzuli 8.13 Etapy, a także zamawiający każdorazowo powiadomi Wykonawcę pisemnie o terminie i zakresie realizacji Prawa Opcji /.../.

Określony termin realizacji świadczeń objętych Prawem Opcji 2 został zatem wskazany i pozwala na odpowiednie przygotowanie się Wykonawcy. Tym samym zarzut w zakresie konieczności pozostawania w ciągłej gotowości należy uznać za nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisów przez ustalenie terminu wykonania Opcji 1 w okresie przekraczającym 4 lata należy wskazać na postanowienia art. 434 ustawy PZP dopuszczające zawarcie umowy na okres dłuższy niż 4 lata, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności lub jest to uzasadnione zdolnościami płatniczymi zamawiającego.

Stosownie do wiarygodnego stwierdzenia zamawiającego realizacja zamówienia w dłuższym okresie, tj. w zakresie zamówienia opcjonalnego (Opcja nr 1) spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia. Wskazuje na to dotychczasowe opisane w stanowisku zamawiającego, doświadczenie (vide odpowiedź na odwołanie).

Dzięki zawarciu umowy na odpowiednio długi czas, zamawiający będzie mógł oczekiwać kompleksowego wsparcia serwisowego zgłaszając się do jednego podmiotu odpowiedzialnego i koordynującego prace nad przywróceniem funkcjonalności systemu po zaobserwowanym braku jakiegokolwiek jego funkcjonalności. W sytuacji odmiennej Zamawiający musi skoncentrować uwagę i środki dla zidentyfikowania ewentualnego źródła/przyczyny usterki czyli wskazaniu niesprawności konkretnego urządzenia i odpowiedniego jego producenta-usługodawcy utrzymania. Powyższe względy uzasadniają udzielenie zamówienia przez podpisanie jednej umowy, uwzględniającej także świadczenie Usług pogwarancyjnych w jej ramach.

Mając powyższe na uwadze, przewidziany czas trwania umowy uznać należy za uzasadniony i prawidłowy ustalony bez naruszenia art. 433 ustawy pzp.

W zakresie kar umownych w Prawie Opcji 1 uznać należy ich zastrzeżenie jako uzasadnione zabezpieczenie interesów zamawiającego na wypadek wypowiedzenia świadczenia Usług pogwarancyjnych lub Kontraktu, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zarzut opisany w pkt 7 Odwołania dotyczy ustalonego należytego zabezpieczenia Umowy jako 5% ceny całkowitej dla Zakresu Podstawowego (bez kwoty warunkowej) podanej w ofercie pomniejszonej o koszty brutto komunikacji zastępczej z zastrzeżeniem postanowień punktu 21 IDW. Dodatkowo Zamawiający przewidział obowiązek wniesienia zabezpieczenia Opcji 1 w wysokości 0,3 % kwoty netto Ceny Kontraktowej.

Odwołujący wskazał, że powyższe wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania Umowy są sprzeczne z art. 452 ust. 2 ustawy PZP. W ocenie Izby, stanowisko to jest nieprawidłowe, gdyż wysokość aktywnego zabezpieczenia w żadnym momencie obowiązywania Umowy nie przekroczy wskazanej w tym przepisie wartości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Należy zauważyć, że w art. 452 ust. 3 ustawy przewidziano, że zabezpieczenie może zostać ustalone w wysokości większej niż 5%, nie wyższej jednak niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Nie stwierdzono tym samym naruszenia przepisu ustawy.

W zakresie żądania nr 16 Odwołania zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanego zapisu pkt 1.8.4 STWiORB. Zamawiający wprowadzając powyższą zmianę doprecyzował zakres obowiązków Wykonawcy, przez co zarzut w tym zakresie stał się bezprzedmiotowy. Żądanie nr 17 Odwołania nie jest uzasadnione w świetle sformułowanego w zgodnych oświadczeniach stron na rozprawie rozumienia zapisów pkt 1.9 (str. 27) „Warunki dotyczące organizacji ruchu, ogrodzenie i chodniki” STWiORB. Analogicznej ocenie podlega zarzut z pkt 9 Odwołania ryzyk i kosztów usuwania nieprzewidywalnych kolizji oraz zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów, a także organizacji bazy i robót związanych z przystosowaniem wskazanej lokalizacji dla potrzeb składowiska.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach KIO 228/22, KIO 233/22 i KIO 236/22 i KIO 225/22 orzeczenie łączne.

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 2021 r, poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....

.....