

Warszawa, 13 stycznia 2022 r.

Odwołujący:

**Związek Ogólnopolski Projektantów
i Inżynierów**

ul. Bobrowiecka 8
00-728 Warszawa
KRS: 0000830976

Reprezentowany przez

r.pr. Bernadettę Tarnowską

Dane do korespondencji:

**Związek Ogólnopolski Projektantów
i Inżynierów**

ul. Bobrowiecka 8
00-728 Warszawa
bernadetta.tarnowska@dpzp.pl; biuro@zopi.org
tel. 605545111

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Kopia do:

Zamawiający:

PKP Polskie Linie Kolejowe S. A.
ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

Osoba do kontaktów: Ilona Mazurkiewicz

e-mail: ilona.mazurkiewicz@plk-sa.pl

<https://platformazakupowa.plk-sa.pl>

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Prace na linii kolejowej 408 i 409 na odcinku Szczecin Główny – Szczecin Gumieńce – granica państwa, etap I: linie kolejowe nr 408 i 409” Numer referencyjny: 9090/IREZA5/25268/06829/ZI/P (dalej: „Postępowanie”)

ODWOŁANIE

1. Działając w imieniu związku pracodawców pn. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „ZOPI”), na podstawie udzielonego pełnomocnictwa stanowiącego Załącznik nr 4 do odwołania, podejmując działania mające na celu zapewnienie poszanowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), na podstawie art. 505 ust. 2 Pzp w

zw. z art. 469 pkt 15 Pzp oraz na podstawie art. 513 pkt 1 Pzp wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności (skonstruowania dokumentów zamówienia, tj. opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji), do których Zamawiający, jest zobowiązany na podstawie Pzp.

2. Zamawiającemu zarzucam:

- **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4, 20, oraz art. 99 ust.1 i 4 Pzp, a także art. 5, art. 353(1) i art. 378 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w tym warunków jego realizacji, w zakresie wskazanym poniżej, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, tj.:

2.1 nieprawidłowe określenie w pkt 4.3.10 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) zakresu prac podlegających wyłączeniu z opracowania projektu wykonawczego przez wykonawcę niniejszego zamówienia (na rzecz wykonania tego projektu wykonawczego później przez wykonawcę robót budowlanych wyłonionego w odrębnym postępowaniu), w kontekście wyłączenia z niniejszego projektu tylko systemu CSDIP przy jednoczesnym zaniechaniu wyłączenia systemu SMW, mimo że oba te systemy ze sobą powiązane;

2.2 zaniechanie doprecyzowania w pkt 5.2 ppkt 8 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) jednoznacznego określenia zakresu dokumentów, których przedłożenia wymaga Zamawiający od wykonawcy, w szczególności wskazania, czy Zamawiający wymaga przekazania wydrukowanych skanów dokumentacji z projektów budowlanych, które pozyskały pozwolenie na budowę;

2.3 zaniechanie wskazania w pkt 4.3.19 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) precyzyjnego określenia krotności obowiązku aktualizacji kosztorysów w stosunku do poziomu cen określonego w kosztorysach przekazanych w 1 rewizji do oceny Zamawiającego albo wskazanie braku takiego obowiązku;

2.4 określenie w załączniku nr 2 do Umowy (Harmonogram Rzeczowo - finansowy) terminów realizacji zadań opisanych w pkt 4.3.3. TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), w sposób przewidujący zbyt krótki czas na ich wykonanie (60 dni), co powoduje, że świadczenie to zyskuje charakter świadczenia niemożliwego, co z kolei stanowi o błędnym opisie przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającym zawarcie ważnej umowy;

2.5 nieuzasadnione określenie w pkt 5.1 i pkt 6.3. TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) zasad dotyczących formy dokumentacji przedstawianej Zamawiającemu do odbioru przez wykonawcę, poprzez wymaganie zarówno dokumentacji elektronicznej jak i dokumentacji papierowej oraz obowiązku przekazywania jej w siedzibie zamawiającego;

2.6 zaniechanie uwzględnienia w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego dodatkowej pozycji cenowej dotyczącej pozyskania wszystkich uzgodnień ze spółkami kolejowymi, gestorami sieci zewnętrznych jak również z urzędowymi opłatami administracyjnymi, itp., ewentualnie – zaniechanie wymagania wyodrębnienia cen uzyskania takich uzgodnień w ramach odpowiednich pozycji cenowych w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego

– a w konsekwencji nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady:

- uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, w tym także małym i średnim przedsiębiorstwom zdolnym do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia a także
- proporcjonalności poprzez zastosowanie środków dyskryminujących oraz nadmiernych i wykraczających poza uzasadnione potrzeby zamawiającego;
- przejrzystości – poprzez skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia i wymagań związanych z jego realizacją w sposób niejasny i budzący wątpliwości wykonawców, co uniemożliwia dokonanie rzetelnej kalkulacji oferty;
- równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

3. Mając na względzie powyższe zarzuty **Odwolujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania** i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentów zamówienia, w zakresie:

3.1 pkt 4.3.10 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w ten sposób, aby wynikało z niego jednoznacznie, że za opracowanie projektów wykonawczych zarówno dla SMW jak i CSDIP odpowiedzialność będzie ponosił wykonawca wyłoniony w odrębnym postępowaniu na realizację robót budowlanych, a tym samym zakres ten jest wyłączony z przedmiotu niniejszego zamówienia.

3.2 pkt 5.2 ppkt 8 TOMU III SWZ (opis przedmiotu zamówienia), tak, aby z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynikał zakres dokumentacji podlegającej przekazaniu Zamawiającemu w ramach realizacji przedmiotu umowy, w tym w szczególności poprzez wskazanie, czy Zamawiający wymaga przekazania wydrukowanych skanów dokumentacji z projektów budowlanych, które pozyskały pozwolenia na budowę

3.3. pkt. 4.3.19 TOMU III SWZ (opis przedmiotu zamówienia) tak aby z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynikało, jaka jest krotność obowiązku aktualizacji przez wykonawcę kosztorysów w stosunku do poziomu cen określonego w kosztorysach przekazanych w 1 rewizji do oceny Zamawiającego albo brak takiego obowiązku;

3.4. harmonogramu realizacji robót w zakresie realizacji Koncepcji Programowo – Przestrzennej wskazanej w pkt 4.3.3. Tomu III SWZ, w ten sposób, że Zamawiający dokona wydłużenia czasu realizacji tego etapu harmonogramu poprzez jego rozbięcie na podetapy uwzględniające następujące przedziały czasowe: podetap pierwszy 70 dni na opracowanie wariantów i koncepcji wskazanych w pkt 4.3.3. oraz wybór wariantu przez Zamawiającego oraz następujący po jego zakończeniu podetap drugi, obejmujący dodatkowe 60 dni na realizację pozostałych elementów Koncepcji Programowo – Przestrzennej określone w pkt. 4.3.3. Tomu III SWZ, w tym konsultacje z mieszkańcami. Bieg podetapu drugiego rozpocznie się dopiero po wyborze wariantu Koncepcji przez Zamawiającego;

3.5 procedur dokonywania odbioru - w ten sposób, że Zamawiający zrezygnuje w pkt 5.1 oraz pkt.6.3. TOMU III SWZ z wymagania dostarczenia przez wykonawcę do oceny przez Zamawiającego, dokumentacji w postaci papierowej oraz dostarczenia ich w siedzibie Zamawiającego, pozostając jedynie przy wymaganiu dostarczenia tych dokumentów w formie elektronicznej poprzez odpowiedni serwer Zamawiającego lub alternatywnie, w

przypadku nie uwzględnienia powyższego żądania, przez wprowadzenie możliwości żądania przez Zamawiającego w uzasadnionych przypadkach wydruku tylko niektórych, każdorazowo odrębnie wskazywanych elementów dokumentacji, z zastrzeżeniem, że żądanie to nie może dotyczyć całości dokumentacji a do przekazania dokumentacji nie będzie dochodziło w siedzibie Zamawiającego;

3.6 uwzględnienia w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego dodatkowej pozycji cenowej dotyczącej pozyskania wszystkich uzgodnień ze spółkami kolejowymi, gestorami sieci zewnętrznych jak również z urzędowymi opłatami administracyjnymi, itp., ewentualnie – wyodrębnienia cen uzyskania takich uzgodnień w ramach odpowiednich pozycji cenowych w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.

- 4. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.**
- 5.** Odwołujący wskazuje, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 2 Pzp, gdyż jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15) Pzp [dowód: załącznik nr 5 do odwołania], a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści dokumentów zamówienia.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 505 Pzp podmioty, o których mowa w art. 505 ust. 2 Pzp „w odróżnieniu od podmiotów wskazanych w art. 505 ust. 1 Pzp, nie muszą wykazywać spełnienia materialnoprawnych przesłanek do wniesienia środka ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.”¹

Niemniej, Odwołujący dodaje, że jako organizacja pracodawców zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych i infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Ideą zawiązania organizacji (ZOPI) oraz aktualnym zasadniczym statutowym celem jej działania jest ochrona praw i reprezentowanie interesów jej członków, w tym podejmowanie działań w kierunku przestrzegania przepisów i zasad Pzp, wypracowanie, a co najmniej przyczynienie się do przestrzegania dobrych obyczajów, zasad etyki zawodowej, uczciwej konkurencji na płaszczyźnie ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego do realizacji oraz w sferze jego realizacji.

Mając na uwadze, iż w zakres zamówienia wchodzi wykonanie prac projektowych, Odwołujący dąży do zmiany zapisów dokumentów zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mającej na celu ustalenie warunków zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, co wyczerpuje przesłanki opisane w art. 505 ust. 2 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

Zachowanie aktualnej treści dokumentów zamówienia stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą Pzp, którego głównym i nadrzędnym celem jest

¹PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH pod redakcją Huberta Nowaka Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf ; str. 1305

umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania.

6. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem **2022/S 001-001935**) z dnia **3 stycznia 2022** roku.
7. Zamawiający zamieścił Ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ na stronie internetowej w dniu 3 stycznia 2022 r. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp odwołanie zostało złożone w terminie ustawowym.
8. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł i w terminie [dowód: **załącznik nr 1** do odwołania], a Zamawiający otrzymał kopię odwołania [dowód: **załącznik nr 2** do odwołania].

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi opracowania dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Prace na linii kolejowej 408 i 409 na odcinku Szczecin Główny – Szczecin Gumieńce – granica państwa, etap I: linie kolejowe nr 408 i 409” - w ramach projektu "Prace przygotowawcze dla wybranych projektów sieci TEN-T". Przez dokumentację projektową Zamawiający rozumie całość dokumentacji niezbędnej do prawidłowej realizacji Zamówienia i uzyskania wszelkich niezbędnych decyzji, pozwoleń wraz z uzyskaniem technicznych warunków przyłączenia i uzgodnień dotyczących tego Zamówienia.

W postępowaniu Zamawiający ustalił następujące warunki zamówienia², których dotyczą zarzuty niniejszego odwołania:

Ad. 2.1

Zgodnie z pkt 4.3.7 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Wykonawca jest zobowiązany do opracowania branżowych Projektów Budowlanych planowanej inwestycji i uzyskania wymaganych przepisami uzgodnień, opinii, odstępstw i zgody – w tym pozwolenia na budowę. Projekt budowlany ma uwzględniać m.in. System Monitoringu Wizyjnego (SMW) oraz Centralny System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (CSDIP) i umożliwiać sporządzenie projektów wykonawczych dla urządzeń tego rodzaju.

Z kolei zgodnie z pkt 4.3.10 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) *Wykonawca opracuje branżowe projekty wykonawcze stanowiące uszczegółowienie Projektu Budowlanego (z wyłączeniem branży srk, SMW i teletechniki). Branżowy projekt wykonawczy dla branży srk, SMW i teletechniki opracuje wykonawca wyłoniony w postępowaniu na realizację robót budowlanych.*

Łączna wykładnia ww. punktów opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że wykonawca będzie zobowiązany do sporządzenia Projektu wykonawczego dla Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej (CSDIP) ale już nie dla Systemu Monitoringu Wizyjnego (SMW). Przy czym wskazać należy, że systemy CSDIP i SMW są ze sobą technicznie powiązane i nie można traktować ich odrębnie, a szczególności rozdzielać procesu ich projektowania na odrębne etapy wykonywane przez różnych wykonawców. Odwołujący wskazuje, że oba systemy, tj. zarówno CSDIP i SMW, jak i pozostałe elementy telekomunikacji powinny być wykonane przez tego samego wykonawcę

² W rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp

w jednym etapie projektowania. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę pkt 4.3.10 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w ten sposób, aby wynikało z niego, że za opracowanie projektów wykonawczych zarówno dla SMW jak i CSDIP odpowiedzialność będzie ponosił wykonawca wyłoniony w odrębnym postępowaniu na realizację robót budowlanych a nie wykonawca zamówienia, którego dotyczy Odwołanie.

Ad. 2.2.

Zgodnie z pkt 5.2. ppkt 8 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), wykonawca przekazuje zatwierdzoną dokumentację (w części dla Projektu Budowlanego – po uzyskaniu pozwolenia na budowę) Zamawiającemu. W pkt 5.2. ppkt 2 Zamawiający określił zawartość dokumentacji, skupiając się na jej aspektach technicznych i redakcyjnych (tytuły, nr stron, spis treści itp.).

Z kolei w pkt 5.2. ppkt 5 Zamawiający zawarł ogólny zapis, że *dokumentacja winna posiadać wszystkie wymagane opinie, uzgodnienia, pozwolenia, zatwierdzenia i inne dokumenty wymagane przepisami szczególnymi, w tym również należy ją uzgodnić z właściwymi jednostkami organizacyjnymi spółek Grupy PKP z terenu objętego opracowaniem.*

Powyższe, jak również inne postanowienia pkt 5.2 Tomu III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) nie wskazują, dostarczenia jakich konkretnie dokumentów oczekuje Zamawiający w ramach ww. wymogu, w szczególności czy Zamawiający wymaga przekazania wydrukowanych skanów dokumentacji z projektów budowlanych, które pozyskały pozwolenie na budowę.

Odwołujący wskazuje, że informacja ta ma istotne znaczenie dla wykonawcy, nie tylko w związku z ewentualnym ryzykiem dotyczącym nie uzyskania odbioru wykonanej dokumentacji z powodu potencjalnych jej braków w tym zakresie lecz także z uwagi na fakt, że zakres obowiązków dokumentacyjnych wykonawcy przekłada się na kalkulację ceny oferty. Zatem zakres ten powinien być określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nie pozostawiający jakiegokolwiek wątpliwości dotyczących oczekiwań zamawiającego co do zawartości dokumentacji przekazywanej przez wykonawcę.

W związku z powyższym niezbędne jest doprecyzowanie dokumentacji w ww. zakresie.

Ad. 2.3.

Zgodnie z pkt 4.3.18 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w ramach niniejszego Zamówienia Wykonawca opracuje opis przedmiotu zamówienia (OPZ), przedmiary robót oraz kosztorysy inwestorskie.

W pkt 4.3.19 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający opisał zasady sporządzania kosztorysów inwestorskich, przy czym nie sprecyzował ilu-krotnie mają być aktualizowane poziomy cen w kosztorysach, w stosunku do poziomu cen określonego w kosztorysach przekazanych w 1 rewizji do oceny Zamawiającego.

Zamawiający w trakcie prac projektowych w praktyce wymagają do wykonawców aktualizacji dokumentacji projektowej w zakresie kosztorysów, z uwagi na fakt, że poziomy cen w nich użyte są aktualizowane w wydawanych co kwartał katalogach przez fachowe wydawnictwa branżowe a regulacje Pzp, zobowiązują ich by oszacowanie wartości zamówienia na roboty budowlane dokonywane na podstawie kosztorysu, było dokonane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed wszczęciem postępowania.

Odwołujący wskazuje, że każda kolejna aktualizacja poziomu cen w kosztorysach wymaga ponownej ich weryfikacji, co skutkuje dodatkowym zaangażowaniem wykonawcy i przekłada się na poniesione przez niego koszty realizacji zamówienia. Brak określania jednoznacznych zasad

aktualizacji kosztorysów, poprzez wyraźne wskazanie ich ilości albo wyraźne wyłączenie takiego obowiązku po stronie wykonawcy w opisie przedmiotu zamówienia świadczy o braku precyzyjności opisu wymagań Zamawiającego, uniemożliwia wykonawcy dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i przerzuca na niego ryzyko potencjalnej błędnej estymacji tych kosztów i jej skutków. Zatem w ocenie Odwołującego niezbędne jest doprecyzowanie postanowień SWZ w tym zakresie w sposób wskazany w petitum odwołania.

Ad. 2.4

Zamawiający w pkt 4.3.3 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wymaga opracowania Koncepcji Programowo-Przestrzennej, która powinna zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych w Studium Wykonalności oraz szereg elementów opisanych w pkt. 4.3.3. Jednocześnie w zał. 2 do Umowy (Harmonogram rzeczowo-finansowy) na realizację tego etapu zamówienia, Zamawiający przewidział 60 dni liczonych od momentu zawarcia umowy.

Odwołujący wskazuje, że realizacja zakresu wskazanego w pkt 4.3.3. w terminie wynikającym z zał. 2 jest niemożliwa. W szczególności Odwołujący wskazuje przykładowe elementy warunkujące opracowanie tej Koncepcji, które powodują, że wykonanie jej z uwzględnieniem wykazanego zakresu w terminie 60 dni jest niemożliwe:

- **inwentaryzacja terenu przedsięwzięcia** (po uprzednim pozyskaniu pozwoleń na wejście w teren). Odwołujący wskazuje, że szacowany czas na pozyskanie przepustek to: 3 dni, inwentaryzacja to ok. 14 dni;
- **pozyskanie map zasadniczych dla terenów objętych opracowaniem**. Odwołujący wskazuje, że szacowany czas na pozyskanie map to: 30 dni;
- **opracowanie koncepcji układów torowych**. Odwołujący wskazuje, że szacowany czas: 45 dni;
- **przeanalizowanie układu zasilania sieci trakcyjne**. Odwołujący wskazuje, że jest możliwe do przeprowadzenia po wyborze wariantu układów torowych przez Zamawiającego;
- **przeprowadzenie uzgodnień z JST i zarządcami dróg zmian w układach drogowych**. Odwołujący wskazuje, że jest możliwe po inwentaryzacji i wykonaniu projektu układów drogowych, szacowany czas to: 30 dni po zaakceptowaniu rozwiązań przez Zamawiającego)
- **przeprowadzenie konsultacji z mieszkańcami poszczególnych gmin** leżących w obszarze planowanej inwestycji i udokumentowanie ich w celu przedstawienia docelowego zakresu inwestycji oraz identyfikacji potrzeb społecznych. Odwołujący wskazuje, że aby niniejsze konsultacje miały sens, należy uprzednio uzgodnić zakres projektu z Zamawiającym, zatem etap ten może nastąpić dopiero po wykonaniu etapów wcześniejszych i nie może być prowadzony równolegle

Koncepcja wymaga również wykonania szeregu dodatkowych działań opisanych szczegółowo w pkt 4.3.3., których realizacja nie jest możliwa w zakładanym czasie i wymaga ustalenia kolejności następujących po sobie etapów z uwzględnieniem czasu ich trwania.

Harmonogram KPP powinien zostać zatem zmieniony poprzez wydłużenie czasu realizacji poszczególnych czynności i zostać rozbity na podetapy tj.: podetap pierwszy obejmujący 70 dni na opracowanie wariantów i koncepcji wskazanych w pkt 4.3.3. Tomu III SWZ oraz wybór wariantu przez Zamawiającego oraz podetap drugi obejmujący dodatkowe 60 dni rozpoczynające bieg po zakończeniu podetapu pierwszego, na realizację pozostałych elementów Koncepcji wskazanych w pkt 4.3.3. Tomu III SWZ, w tym konsultacje z mieszkańcami.

Odwołujący wskazuje, że zakres świadczenia opisany w pkt 4.3.3 TOMU III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) nie jest możliwy do wykonania w 60 dni, w związku z powyższym domaga się weryfikacji i wydłużenia terminu realizacji tego etapu w Harmonogramie w sposób wskazany w petitum odwołania.

Ad. 2.5.

W zakresie Procedur Odbioru wskazanych w pkt 5.1 i pkt 6.3. Tomu III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Odwołujący wskazuje, że zostały one opisane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający utrwalonej praktyki rynkowej w branży projektowej i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w branży projektowej powszechnie przyjęte jest przekazywanie Zamawiającemu dokumentacji do oceny wyłącznie w wersji elektronicznej poprzez serwery Zamawiającego, a w nielicznych przypadkach gdy dokumentacja ta jest przekazywana również w wersji papierowej, praktyka wskazuje, że co do zasady nie jest ona przez Zamawiającego otwierana. Członkowie zespołów oceniających dokumentację są bowiem często zlokalizowani w różnych częściach Polski a dokumentacja jest do nich przekazywana przez Zamawiającego w wersji elektronicznej (poprzez serwery Zamawiającego).

Odwołujący zwraca uwagę, że pozostawienie kwestionowanych postanowień SWZ w obecnym kształcie nakłada na wykonawcę obowiązek każdorazowego drukowania jej całości w liczbie egzemplarzy wymaganych w SWZ oraz przekazywanie jej w siedzibie Zamawiającego, co wyłącza możliwość jej dostarczenia w sposób elektroniczny. Przy czym obowiązek każdorazowego sporządzania wydruku dokumentacji w toku jej opiniowania przez Zamawiającego obejmuje nie tylko te elementy, które zostały skorygowane zgodnie z uwagami Zamawiającego, ale wszystkie dokumenty wchodzące w skład danego etapu, a zatem dotyczy ogromnej ilości zbędnych de facto dokumentów, w tym rysunków. Sytuacja taka generuje po stronie wykonawcy ogromne koszty wydruku i przygotowywania dokumentacji, jak również po stronie Zamawiającego koszty jej późniejszego przechowywania i utylizacji. Ponadto czas potrzebny na wykonanie wydruku w skrajnych przypadkach może przekroczyć czas wymagany przez OPZ na wprowadzenie uwag do dokumentacji i uzgodnienie ich z Zamawiającym na spotkaniu.

Odwołujący zwraca również uwagę, że przepisy prawa zezwalają dołączać dokumentację w postaci elektronicznej nawet do pozwolenia na budowę, zatem tym bardziej nieuzasadniony jest wymóg dołączania wydruków na etapie jej oceny przez Zamawiającego lub przekazywania jej w siedzibie Zamawiającego.

Zatem wskazane w ww. punktach SWZ wymagania są nieproporcjonalne zarówno do przedmiotu zamówienia, jak i potrzeb Zamawiającego i nie znajdują uzasadnienia w sposobie jego realizacji ani obowiązujących przepisach prawa.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku braku uwzględnienia w całości żądania rezygnacji z przedkładania wydruków całości dokumentacji do oceny przez Zamawiającego, zasadnym jest chociażby wprowadzenie postanowienia, że na uzasadniony wniosek Zamawiającego, wykonawca przedstawi mu wskazaną przez niego część dokumentacji do oceny w wersji papierowej w 1 egz., przy czym żądanie to nie może dotyczyć całości dokumentacji.

Konieczne jest zatem dokonanie zmiany procedur odbioru wskazanych w OPZ w sposób wskazany w petitum Odwołania.

Ad. 2. 6

Zgodnie z pkt 4.3.1. OPZ (tom III SWZ):

W zależności od przewidywanych robót i ich zakresu Projektant uzyska niezbędne pozwolenia, uzgodnienia, opinie w tym:

- uzgodnione projekty umów z właściwymi jednostkami organizacyjnymi o zapewnieniu dostaw wody oraz odbioru ścieków i wód opadowo-roztopowych,*
- warunki przyłączenia do sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, telekomunikacyjnej, gazowej oraz dróg komunikacyjnych,*
- opinie i uzgodnienia organów lub/i instytucji niezbędne w procesie przygotowania materiałów do wniosku o wydanie decyzji lokalizacyjnych,*
- uzgodnienie ZUDP,*
- uzgodnienia branżowe z odpowiednimi instytucjami,*
- uzgodnienia rzeczoznawcy do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych,*
- uzgodnienie Konserwatora Zabytków,*
- uzgodnienie z SANEPID-em,*
- niezbędne pozwolenia i uzgodnienia zarządców dróg, gestorów sieci, użytkowników powiązanej infrastruktury, właścicieli obiektów do rozbiórki, nadzoru konserwatorskiego, stron uprawnionych do zmiany kategorii / likwidacji przejazdów kolejowo-drogowych i innych),*
- zgody wodnoprawne,*
- warunki przyłączenia do sieci elektroenergetycznej odbiorczych urządzeń, instalacji lub sieci (o ile nie nastąpiło to na etapie opracowywania Studium Wykonalności lub warunki straciły swoją ważność),*
- warunki przyłączenia sieci trakcyjnej do sieci dystrybucyjnej (o ile nie nastąpiło to na etapie opracowywania Studium Wykonalności lub warunki straciły swoją ważność),*
- zwolnienie z zakazów na obszarach szczególnie zagrożonych powodzią,*
- i inne wymagane zezwolenia/opinie/uzgodnienia niezbędne dla właściwej realizacji zamówienia(np. decyzje/zezwoleń na wycinkę drzew i krzewów).*

Odwołujący wskazuje, iż respektowanie zasad wynikających z art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp wymaga, by Zamawiający w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego uwzględnił dodatkową pozycję cenową dotyczącą wynagrodzenia za pozyskanie wszystkich uzgodnień ze spółkami kolejowymi, gestorami sieci zewnętrznych jak również z urzędowymi opłatami administracyjnymi, ewentualnie by wymagał podania ceny uzyskania takich uzgodnień w ramach odpowiednich pozycji cenowych w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego.

Powyższe wynika z faktu, iż od kilku lat spółki kolejowe takie jak min. PKP Telkol i TK Telekom (Netia) za wydanie inwentaryzacji, wywiadów branżowych i uzgodnienia dokumentacji stosują własne cenniki, które przeliczne są na formaty rysunku A3.

Dowód: przykładowy aktualny cennik spółki PKP Telkol (Załącznik 6)

W przypadku projektów kolejowych wykonawcy mają od czynienia przede wszystkim z uzgodnieniem planów sytuacyjnych, które wykonywane są w skali 1:500. Biorąc pod uwagę, iż dokumentacja kolejowa zalicza się do projektów liniowych, które obejmują swoim zasięgiem wiele kilometrów powierzchni terenu, a następnie przekładając to na formaty A3, od których naliczana jest opłata, jak również z uwagi na fakt niejednokrotnej konieczności kilkukrotnego występowania o wywiad, wykonawca musi ponieść koszty opłat rzędu nawet setek tysięcy złotych. W skrajnych przypadkach, kiedy harmonogram projektu jest bardzo napięty – tak jak w

niniejszym przypadku, może dojść do sytuacji iż wykonawca będzie zmuszony do występowania o wydanie uzgodnienia w szybszym trybie co dodatkowo dwukrotnie zwiększa opłaty.

Analogiczna sytuacja występuje również w przypadku uzgodnień z drugim operatorem telekomunikacyjnym TK Telekom (Netia) jak również w przypadku uzgodnień wydawanych przez Kolejowy Ośrodek Uzgadniania Dokumentacji projektowej (ZUD kolejowy). Ponadto wprowadzenie podobnych opłat za uzgodnienia w najbliższym czasie deklaruje PKP Energetyka i prywatni operatorzy telekomunikacyjni tacy jak Orange.

Nie można również pominąć opłat administracyjnych związanych z wydawaniem samego pozwolenia na budowę. Koszt wydania jednego pozwolenia obecnie oscyluje w granicach około 8 tys. złotych, a nierzadko zamawiający wnioskują o uzyskanie w ramach jednej inwestycji nawet kilkunastu pozwoleń.

W konsekwencji koszty wszystkich opłat, które musi ponieść wykonawca uzgadniając dokumentację projektową z zewnętrznymi podmiotami stanowią znaczącą sumę w odniesieniu do całej wartości projektu, tj. w niniejszym przypadku szacunkowo około 5%. W ocenie Odwołującego jest to istotna część składowa ceny oferty i w związku z tym powinna być ujęta jako odrębna pozycja cenowa w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego (ewentualnie – jako odrębne pozycje cenowe w ramach odpowiednich pozycji ujętych już w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego).

Brak powyższy powoduje, iż nie wszyscy potencjalni wykonawcy będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia w ten sam sposób, co prowadzić może to złożenia ofert nieporównywalnych co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich istotnych elementów kosztowych wykonania przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący domaga się wprowadzenia przedmiotowej pozycji cenowej do Załącznika 1A do Formularza Ofertowego.

Uzasadnienie prawne zarzutów

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiających ciąży szczególny wymóg sporządzenia SWZ w sposób jasny i precyzyjny celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz - w przyszłości - niezakłóconej realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei zgodnie z ust. 4 tego artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Z kolei w myśl art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Cytowane normy prawne ustanawiają reguły, zgodnie z którymi opis przedmiotu zamówienia powinien w sposób jednoznaczny wskazywać zakres zobowiązania zarówno wykonawcy jak i zamawiającego, umożliwiać wykonawcy prawidłowe skalkulowanie ceny oferty oraz zapewnić, że wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu

zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty porównywalne zarówno co do zakresu przedmiotu zamówienia, jak i co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich jego elementów i wymagań związanych z jego realizacją. Zamawiający ma obowiązek tak opisać przedmiot zamówienia, by wykonawcy byli w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować zakres świadczenia i dokonać jego rzetelnej wyceny. Rzetelna wycena przedmiotu zamówienia to z kolei taka, która uwzględnia nakłady, które wykonawca musi ponieść na ich realizację z uwzględnieniem estymacji ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia, określonych w sposób rzetelny na jego podstawie. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego ma dostarczyć wykonawcom kompletną i zrozumiałą informację o wszystkich aspektach danego zamówienia, tak aby wykonawcy mieli możliwość dokonania pełnej i rzetelnej oceny ryzyk związanych z jego wykonaniem, a w konsekwencji także możliwość podjęcia decyzji o ubieganiu się o udzielenie danego zamówienia oraz należytej kalkulacji ceny oferty.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Warto zwrócić uwagę na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku o sygn. akt III Ca 1019/06, który wskazał, iż z przepisu art. 29 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp (obecnego art. 99 ust.1) wynika, że „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo (...)”.

Powyższe nie zostało zagwarantowane w niniejszym Postępowaniu, a opis przedmiotu zamówienia³ został sporządzony wadliwie.

Wskazane w pierwszej części niniejszego Odwołania elementy opisu przedmiotu zamówienia naruszają dyspozycję art. 99 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim wymaga on dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, precyzyjny, uwzględniający wszystkie okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty w tym kalkulację ceny jak również stanowią naruszenie zasady przejrzystości i proporcjonalności. Ponadto opis taki narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc od ograniczenia dostępu do zamówienia dla określonej grupy wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Wskazane braki i niejasności w opisie przedmiotu zamówienia, nieprawidłowo skonstruowany harmonogram rzeczowo finansowy w stosunku do zakresu objętego zamówieniem oraz procedury odbiorowe nakładające na wykonawcę nadmierne i nieuzasadnione obowiązki dokumentacyjne, a także braki w zakresie pozycji cenowych, mają bezpośrednie przełożenie na naruszenie nie tylko art. 99 ust. 1 Pzp ale także zasady wyrażonej w art. 16 ust 1 Pzp.

Należy wskazać, że warunki realizacji zamówienia wskazane w opisie przedmiotu zamówienia i harmonogramie, w tym w szczególności jego zakres, czas realizacji poszczególnych etapów i zasady dokonywania odbioru prac stanowią podstawowe elementy uwzględniane przez wykonawcę przy kalkulowaniu ceny oferty, bowiem przekładają się na znaczące ryzyko kontraktowe. W sytuacji, gdy postanowienia OPZ są w tym zakresie nieprecyzyjne, nieuzasadnione przedmiotem zamówienia albo potrzebami zamawiającego lub sprzeczne ze

³ KIO 2730/17: „Naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p. następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia (w szerokim znaczeniu - a więc również np. warunków realizacji umowy) w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny.”

sztuką realizacji przedmiotu zamówienia obowiązującą w danej branży, nie jest możliwe sporządzenie rzetelnej oferty, w tym dokonanie rzetelnej kalkulacji jej ceny.

Stwierdzić należy, że ewentualne prognozy czy złożenia czynione przez wykonawcę w zakresie niejasnych lub brakujących elementów opisu przedmiotu zamówienia (dotyczącego jego zakresu lub potencjalnych kwestii związanych z odbiorem prac) nie są wystarczającą podstawą do sporządzenia rzetelnej kalkulacji cenowej z uwagi na brak waloru ich wiarygodności. A ponadto opieranie wyceny oferty na indywidualnych prognozach wykonawców odnośnie zakresu zamówienia, będzie prowadziło do ich nieporównywalności, bowiem każdy z nich może dokonać wyceny w oparciu o odmienne założenia. Fakt, że dokumenty zamówienia dopuszczają, by wykonawcy mogli w różny sposób podejść do skalkulowania zakresu zamówienia powoduje, że mamy tu do czynienia z niejednoznacznym określeniem warunków zamówienia, co świadczy zarówno o naruszeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także naruszeniu obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc o naruszeniu art. 99 ust. 1 Pzp.

Ponadto, w takiej sytuacji, wykonawca ponosi niewspółmiernie wysokie ryzyko kontaktowe, związane z ewentualną błędną własną estymacją dotyczącą zakresu przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, jak również nieprawidłowym określeniem harmonogramu jego wykonania oraz sposobu dokonywania odbioru wykonanych prac, a w konsekwencji także kosztów ich wykonania.

Tego rodzaju działanie Zamawiającego wywołuje więc bezpośredni skutek w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia dla części wykonawców, w szczególności spośród MŚP, których nie stać na podjęcie tak wysokiego ryzyka, a którzy są zdolni do realizacji zamówienia. Powyższe działanie nie tylko narusza zasadę wyrażoną w art. 16 ust. 1 Pzp, ale także stoi w sprzeczności z wieloletnią już polityką ustawodawcy unijnego i krajowego, zmierzającą do ułatwienia MŚP dostępu do rynku zamówień publicznych.

W związku z powyższym zasadne jest żądanie Odwołującego, by Zamawiający dokonał zmian wskazanych zapisów dokumentów zamówienia, w sposób wskazany, w żądaniu Odwołującego.

Kwestionowane w Odwołaniu postanowienie OPZ naruszają także zasadę proporcjonalności, która wymaga, by Zamawiający kształtował warunki zamówienia w postępowaniu w sposób adekwatny do jego rodzaju i zakresu, czyli tak by były one racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W świetle orzecznictwa TSUE można uznać, że ocena czy zachowana jest zasada proporcjonalności następuje na podstawie tzw. testu proporcjonalności, który oznacza sprawdzenie, czy określone wymaganie (warunek zamówienia):

- nie jest dyskryminujące,
- jest uzasadnione względami interesu publicznego,
- jest odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu ma służyć, oraz
- nie jest nadmierne i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (tzn. czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).

Z kolei z zasad doświadczenia życiowego wynika, że niedookreślone postanowienia lub niejasności związane z opisem zakresu zamówienia a także wymagania nadmierne, nieuzasadnione jego specyfiką, mogą przekładać się na wyższe ceny ofert z uwagi na ograniczoną konkurencję lub próbę skalkulowania przez wykonawcę ryzyka jakie się wiąże z tymi niejasnościami, w cenie oferty. To ostatnie jest przy tym – jak już wskazano wyżej – znacząco

utrudnione, jeżeli nie niemożliwe – co może skutkować poniesieniem przez Zamawiającego zbędnych kosztów.

Poza tym niedopuszczalne w świetle art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp (stanowiącego odpowiednik poprzednio obowiązującego art. 29 ust. 1 i 2) jest przenoszenie na wykonawcę nadmiernego ryzyka związanego z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO:

KIO 24/14: (...) *Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. (...) Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednio, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego ryzyka podjęcia się danego zamówienia - muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 p.z.p., że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania.*

KIO 1555/19: *„Zamawiający nie może przenosić na wykonawców ryzyka związanego z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie, w szczególności biorąc pod uwagę, że nie można prawidłowo wycenić ryzyka, którego nie można prawidłowo i w pełni zidentyfikować.”*

KIO 1265/17: *„Zamawiający musi tak określić przedmiot zamówienia, w tym w zakresie warunków realizacji umowy, by wykonawca, już na etapie składania oferty, mógł prawidłowo ustalić zakres swojego zobowiązania przez cały czas trwania umowy, swoje ryzyko biznesowe, oraz - przede wszystkim - nakłady i koszty, które będzie musiał ponieść na jego realizację, oraz potencjalny zysk, a tym samym prawidłowo ustalić ceny jednostkowe poszczególnych części usługi oraz cenę oferty.”*

Ponadto, w zakresie zarzutu dotyczącego przyjętego w pkt 5.1. i 6.3 TOMU III SWZ sposobu przedstawiania dokumentacji postępowania do odbioru, Odwołujący wskazuje, że obecne postanowienia SWZ nie mogą zostać zaakceptowane bowiem stanowią obarczenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami, które nie mają uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i sposobie realizacji zamówień w branży projektowej oraz przede wszystkim obowiązujących przepisach prawa, a tym samym naruszają zasadę proporcjonalności. Nie może bowiem dochodzić do sytuacji, w której zasady odbioru dokumentacji powodują po stronie wykonawcy niewspółmierne nakłady na dopełnienie obowiązków nie mających praktycznego znaczenia dla realizacji kontraktu.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w petitum Odwołania należy również wskazać, że zgodnie z art. 5 k.c., nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Tym samym w przypadku, gdy zamawiający konstruuje warunki zamówienia w sposób sprzeczny z tymi zasadami Izba może orzec o naruszeniu przez niego przepisów Pzp. Należy też zwrócić uwagę, że w myśl art. 353¹ k.c., postanowienia umowne nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. W ramach pojęcia zasad współzycia społecznego mieszczą się zaś zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym stoi w sprzeczności z wymienionymi zasadami i zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Uprawniony jest więc w realiach przedmiotowej sprawy zarzut, że Zamawiający uczynił ze swego prawa do ustalenia zasad realizacji świadczenia użytek, który jest

sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie, zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

W wielu wyrokach zarówno Krajowa Izba Odwoławcza jak i Sądy Okręgowe podkreślają, że opisanie przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia nakazów wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp (poprzednio obowiązujący art. 29 ust. 1) stanowi naruszenie ogólnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08, uznał, że „treść art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy.” Podobne zdanie wyraziła KIO w wyroku z dnia 7 stycznia 2011 r. o sygn. akt: KIO 2752/10 wskazując, że „Nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w toku postępowania jest efektem niepełnego, tj. niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” Z kolei w wyroku, z dnia 18 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 11/11, KIO stanęła na stanowisku, iż „Zakres świadczenia (...) nie może być pozostawiony domyślności wykonawcy lub oparty na informacjach uzyskanych z pominięciem przewidzianej przepisami prawa procedury. Taka sytuacja nie tylko narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania wskazane w art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 p.z.p. – jawności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Prowadzi również do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczenia.”⁴

Odwołujący zwraca tu uwagę także na ostatni aspekt poruszony w cytowanym wyżej fragmencie uzasadnienia wyroku o sygn. akt KIO 11/11. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie bowiem wskazywała, że niejednoznaczność, niepełność opisu przedmiotu zamówienia i brak uwzględniania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, prowadzi do nieporównywalności ofert, a w konsekwencji stanowi o wadzie postępowania, o której mowa w art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp⁵. Porównywalność ofert jest bowiem cechą niezbędną dla dokonania ich oceny na podstawie kryteriów oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej. W przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia dokonany jest wadliwie, bez uwzględnienia bardzo istotnych informacji i wymagań, oferty złożone na jego podstawie są nieporównywalne. W takim wypadku nie jest możliwe wybranie oferty

⁴ KIO 1598/19: (...) rolę opisu przedmiotu zamówienia jest nie tylko przedstawienie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, ale również umożliwienie wykonawcom przygotowania i złożenia kompletnych i porównywalnych ofert. W powyższym kontekście istotne jest nie tylko scharakteryzowanie świadczeń, do których zobowiązany będzie wykonawca w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy wskazanie na ich rozmiar, liczbę, a także częstotliwość, ale również podanie podstaw do ich wyceny. Jest to bowiem jedna z okoliczności, o których mowa w przepisie art. 29 ust. 1, a zatem mająca wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia, który takich założeń nie realizuje, narusza normę wynikającą z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez dopuszczenie do możliwości złożenia **ofert nieporównywalnych** - również normę wysłowioną w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno opis przedmiotu zamówienia uznać za wyczerpujący i jednoznaczny, uwzględniający wszystkie okoliczności istotne dla złożenia oferty, kiedy dokumentacja pozwala na **różną wycenę i oszacowanie ryzyka**.

⁵ art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z 2004r.

najkorzystniejszej, co w przypadku nieusunięcia tej wady postępowania⁶ prowadzić powinno do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁷.

Ponadto w zakresie dotyczącym harmonogramu realizacji prac (załącznik 2 do Umowy) wskazanych w pkt 4.3.3. Tomu III SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wskazać należy, że przedmiot zamówienia jest niemożliwy do zrealizowania na warunkach czasowych zamówienia określonych przez Zamawiającego, a tym samym ewentualnie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego w Postępowaniu będzie umową nieważną, w związku z dyspozycją przepisu art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Zgodnie z dyspozycją art. 387 §1 KC, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Z kolei przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że 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, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Przyjęty harmonogram dla tego etapu z uwzględnieniem zakresu prac objętych Koncepcją programowo - przestrzenną, obiektywnie nie jest możliwy do dotrzymania, z uwagi na czas potrzebny do wykonania poszczególnych elementów tego etapu, oraz fakt, że część elementów będzie możliwa do wykonania dopiero po zakończeniu elementów wcześniejszych, zatem nie jest możliwe prowadzenie prac równoległych przez kilka zespołów.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający określił niemożliwy do dotrzymania termin realizacji Koncepcji programowo-przestrzennej, a zatem udzielenie zamówienia w Postępowaniu doprowadziłoby do zawarcia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie niemożliwe, a więc umowy, która w świetle obowiązujących norm prawnych jest nieważna. Zgodnie z orzecznictwem i ugruntowanymi poglądami doktryny, niemożliwość świadczenia musi być obiektywna, trwała i pierwotna. W przedmiotowym Postępowaniu spełniły się wszystkie trzy przesłanki niemożliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami, określonymi przez Zamawiającego. Stan ten ma charakter obiektywny bowiem żaden z wykonawców nie będzie w stanie zrealizować tego elementu umowy w tak określonym terminie, ma również charakter trwały bowiem żaden z wykonawców nie może założyć, że przedmiot zamówienia w tym zakresie stanie się możliwy do realizacji w niedalekiej przyszłości. Wreszcie, niemożliwość realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu ma charakter pierwotny, bowiem istnieje i będzie istnieć w chwili zawarcia umowy, ponieważ Zamawiający, poprzez udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, zobowiązuje wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia, który jest niewykonalny ze swej istoty w aktualnie panujących warunkach społeczno-ekonomicznych, w świetle warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego.

Dodatkowo w zakresie zarzutu dotyczącego braku uwzględnienia w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego pozycji cenowej odnoszącej się do wyceny pozyskania uzgodnień dokumentacji projektowej, Odwołujący podnosi, że brak wyodrębnienia tej istotnej części składowej ceny oferty (w postaci jednej, ewentualnie odrębnych pozycji) powoduje, że koszty te są w ofertach pomijane albo przyjmowane w wysokościach zaniżonych z uwagi na nieuwzględnienie wszystkich niezbędnych opłat lub przyjęcie ich w wysokości nieodpadającej ich realnym wysokościami.

⁶ KIO 2036/15: „Niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego upatrywać należy w braku możliwości porównania ofert.”

⁷ Por. np. KIO 2389/16, KIO 2206/16.

Brak powyższy powoduje, iż naruszone są zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, albowiem nie wszyscy potencjalni wykonawcy w ten sam sposób będą rozumieć opis przedmiotu zamówienia, w szczególności sporządzą i złożą oferty nieporównywalne co do uwzględnienia w cenie oferty wszystkich istotnych elementów kosztowych wykonania przedmiotu zamówienia.

Niemniej istotnym jest, iż w przypadku ujęcia w Załączniku 1A do Formularza Ofertowego przedmiotowych elementów ceny oferty, Zamawiający będzie uprawniony ale i zobowiązany do rozważenia zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp na wypadek ich zaniżenia przez wykonawcę lub rozbieżności tej pozycji (tych pozycji) w złożonych ofertach, co umożliwić będzie realizowanie przez wykonawców przysługującego im prawa do kontroli działań zamawiającego. W braku powyższego naruszone będą zasady zamówień publicznych (w szczególności uczciwej konkurencji i przejrzystości) wymagające od zamawiającego stworzenia wykonawcom warunków umożliwiających uczciwe konkurowanie między sobą oraz podejmowania przez zamawiającego przewidywalnych decyzji w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ich ocenę i kontrolę.

Z tym powodów wnoszę jak na wstępie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

W imieniu Odwołującego:


DORADZTWO PRAWNE
Bernadetta Tarnowska
.....

r.pr. Bernadetta Tarnowska - pełnomocnik

Załączniki:

Załącznik nr 1	Dowód uiszczenia wpisu od niniejszego odwołania
Załącznik nr 2	Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
Załącznik nr 3	Odpis z KRS
Załącznik nr 4	Pełnomocnictwo wraz z opłatą
Załączniki nr 5	Decyzja o wpisie na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej
Załącznik 6	Przykładowy aktualny cennik spółki PKP Telkol