Sygn. akt: KIO 219/22, KIO 225/22

WYROK

z dnia 14 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Anna Chudzik

Protokolant:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 roku przez wykonawców:

1) AŻD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze, Republika Czeska (Odwołujący 1);

2) STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

(Odwołujący 2)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących:

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (KIO 225/22);

2. Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie (KIO 219/22);

3. PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 219/22 i KIO 225/22);

4. TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (KIO 219/22 i KIO 225/22);

5. Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 219/22 i KIO 225/22)

orzeka:

A.

1. Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 219/22;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu

kwoty uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy AŻD PRAHA s.r.o. z siedzibą

w Pradze, Republika Czeska;

3. znosi w pozostałym zakresie koszty między Stronami.

B.

1. Oddala w całości odwołanie w sprawie KIO 225/22;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 219/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. <<Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Prace na obwodnicy towarowej Poznania”>>. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2022 roku pod nr 2022/S 011025031.

Dnia 27 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2020, poz. 1129 ze zmianami; dalej jako: „ustawa Pzp”)

odwołanie złożył Wykonawca AźD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze, Republika Czeska, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na:

1. opisie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą

konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców poprzez wymaganie od wykonawców w ramach realizacji zamówienia wykonania czynności/świadczenia opisanych w szczególności w pkt 3.7.8.2.16.2, 3.7.8.2.16.5 i 3.7.8.2.16.12 Programu Funkcjonalno-Użytkowego - TOM III Specyfikacji Warunków Zamówienia, które mogą być wykonane wyłącznie przez określonych wykonawców tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. lub Thales Poiska Sp. z o.o., a tym samym uprzywilejowanie tych wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego, a także w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,

2. opisie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez zawarcie w pkt 3.7.8.2.16.1 Poznań Piątkowo, 3.7.8.2.16.3 Koziegłowy, 3.7.8.2.16.4 Zieliniec i 3.7.8.2.16.9 Poznań Franowo PFD w PFU wymagania wykonania prac polegających na zabudowie nakładki komputerowej na istniejące urządzenia przekaźnikowe, co rozmija się z pozostałymi wymaganiami określonymi w PFU.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

1. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez

dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia lub może utrudniać uczciwą konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców poprzez wymaganie od wykonawców wykonania czynności/świadczenia, które mogą być wykonane wyłącznie przez określonych wykonawców, a tym samym uprzywilejowanie tych wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego, a także w sposób niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów;

2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez zawarcie PFU wymagania wykonania prac polegających na zabudowie nakładki komputerowej na istniejące urządzenia przekaźnikowe, co rozmija się z pozostałymi wymaganiami określonymi w PFU.

Odwołującego wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz PFU w zakresie wskazanym w uzasadnieniu zarzutów odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą świadczącym roboty budowlane w zakresie opisanym w PFU. Odwołujący posiada bogate doświadczenie w realizacji robót budowlanych podobnych lub zbliżonych do przedmiotu zamówienia oraz dysponuje wykwalifikowaną kadrą. Odwołujący działa głównie w zakresie realizacji robót związanych ze sterowaniem ruchem kolejowym oraz dostawy urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a przedmiot zamówienia jest zbieżny z działalnością prowadzoną przez Odwołującego.

Odwołujący ma możliwość złożenia Zamawiającemu atrakcyjnej i konkurencyjnej oferty cenowej oraz wykonanie zamówienia w sposób oczekiwany przez Zamawiającego zarówno pod kątem terminu oraz jakości prac. Na skutek działań Zamawiającego oraz naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w postępowaniu. Szkodą Odwołującego jest brak uzyskania zamówienie i wygenerowania z tytułu jego zysku.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że zgodnie z PFU przedmiotem zamówienia jest opracowanie Projektów Wykonawczych wraz ze STWiORB oraz Projektów Budowlanych i Projektów Budowlanych Zamiennych (tam, gdzie jest to wymagane), a także wykonanie robót budowlanych dla wskazanych odcinków linii kolejowych wraz z urządzeniami sterowania i zasilania trakcyjnego, siecią trakcyjną, przejazdami kolejowymi, obiektami inżynieryjnymi, sieciami telekomunikacyjnymi oraz elektroenergetycznymi.

obiektami kubaturowymi. odwodnieniem i innymi obiektami towarzyszącymi.

Zamawiający określił w PFU następujące szczegółowe obowiązki wykonawcy

obejmujące m.in:

3.7.8.2 Wytyczne ogólne

1. Przyjmuje się. że na linii kursować będą pociągi:

1) o różnych maksymalnych prędkościach;

2) o różnych długościach dróg hamowania;

3) wyposażone w pokładowe urządzenia systemu bezpiecznej kontroli jazdy pociągu

ERTMS/ETCS. jak też pociągi nie posiadające wv-. urządzeń.

2. Wszystkie urządzenia sterowania ruchem kolejowym ujęte w rozporządzeniu Ministra

Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów bud0%di, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz.U.2014.720 ze zm.), stosowane na liniach kolejowych objętych niniejszą inwestycją, przed zabudową na linii kolejowej, muszą posiadać świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, umożliwiające ich eksploatację.

3. System/urządzenie musi spełniać zasady sygnalizacji stosowane na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S.A tak w zakresie rodzajów sygnałów jak i zasad ich stosowania, zawarte w sygnalizacji le-1 (E-1).

4. Przebudowywane i budowane urządzenia srk muszą być przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMSIETCS poziom 2.

5. Wartości wskaźników niezawodności. dostępności, utrzymania, wsparcia logistycznego dla urządzeń srk powinny być zgodne z le-100a-

6. Należy stosować urządzenia jednego typu na wszystkich stacjach i posterunkach

odgałęźnych w ramach jednego LCS. na wszystkich szlakach w ramach jednego LCS i na

wszystkich przejazdach kolejowo-drogowych v.' ramach jednego LCS.

7. System nadrzędny powinien umożliwiać powiązanie z systemami sdc na wszystkich stacjach i posterunkach odgałęźnych w ramach jednego LCS.

3.7.8.2.1 Stacyjne systemy sterowania ruchem

1. Sterowanie ruchem kolejowym na posterunkach ruchu na liniach, na których przewidziana jest zabudowa systemu ETCS poziomu 2, będzie prowadzone przy zastosowaniu urządzeń komputerowych. a na pozostałych liniach — przy zastosowaniu urządzeń komputerowych

lub przekaźnikowo-komputerowych.

3.7.8.2.16.2 Posterunek odgałęźny Suchy Las

Na podg. Suchy Las wewnętrzne urządzenia stacyjne nie będą wymieniane — obecnie trwa budowa nowego systemu sterowania wg. odrębnego kontraktu. Urządzenia wewnętrzne i zewnętrzne należy rozbudować oraz dostosować do projektowanej, nowej łącznicy Poznań Piątkowo — Suchy Las (Strzeszyn). Podg. Suchy Las sterowany jest z LCS Poznań:

• Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych na podg. Suchy Las,

• W projektowanych rozjazdach związanych z rozszerzeniem podg. Suchy Las o nową łącznicę należy zastosować napędy zwrotnicowe trójfazowe nowego typu. W związku ze zmianą układu torowego nastąpi zabudowa nowych semaforów oraz rozbudowa urządzeń kontroli nie zajętości torów i rozjazdów.

3.7.8.2.d 6.5 Stacja Swarzędz

Na stacji Swarzędz zabudowany jest komputerowy system sterowania typu EBILOCK. Należy przebudować istniejący system sterowania ruchem kolejowym, dostosowując go do zmiany układu torowego. Zmiana wynikająca z modyfikacji układu torowego polega na podwyższeniu prędkości wjazdowej na tor nr 2 z toru szlakowego 2N z p.odg. Nowa Wieś Poznańska i odwrotnie. Prace należy wykonać zgodnie z Planem Schematycznym (rys. RI) oraz z PZT. Stacja Swarzędz jest sterowana z LCS Poznań.

Zakres prac do wykonania:

- Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych,
- Zmiana lokalizacji napędów zwrotnicowych,
- Zmiana lokalizacji czujników kola.

• Demontaż i ponowny montaż urządzeń w związku z wymianą rozjazdów oraz pracami torowymi.

• Zmiana lokalizacji tarcz manewrowych,

• Uzupełnienie semafora R o pas zielony poziomy,

• Uzupełnienie tarczy ostrzegawczej TOR semafora R o komorę światła zielonego.
Stacja Poznań Górczyn

Na stacji Poznań Górczyn zabudowany jest komputerowy system sterowania typu ESTW - system sterowania pozostaje bez zmian.

Zakres prac do wykonania w urządzeniach zewnętrznych:

• Demontaż i ponowny montaż urządzeń zewnętrznych w związku z wymianą rozjazdów oraz pracami torowymi:

- Liczniki osi,

- Napędy zwrotnicowe

- Tarcze manewrowe.

• Zmiana aplikacji związku z zmianą w układzie torowym oraz uzależnieniem i powiązaniem przejazdów kolejowo — drogowych,

Dodatkowo w punktach 3.7.8.2.16.1 Poznań Piątkowo, 3.7.8.2.16.3 Koziegłowy, 3.7.8.2.16.4 Zieliniec,
3.7.8.2.16.9 Poznań Franowo Zamawiający przewidział obowiązek "zabudowania nakładki komputerowej dla umożliwienia zdalnego sterowania urządzeniami z LCS Poznań Franowo".

Na modernizowanym odcinku Zamawiający wymaga również wykonania określonych prac na stacjach przyległych do modernizowanego odcinka. Na stacjach tych występują systemy komputerowe konkretnych Producentów srk, odpowiednio system EBILOCK produkcji Bombardier oraz ESTW produkcji Thales. Warstwa programistyczna urządzeń wewnętrznych tychże systemów jest swoistym know-how Producentów i z tego względu zaliczana jest do informacji poufnej każdego właściciela systemu. Zmiany wymagane przez Zamawiającego dotyczą między innymi aktualizacji aplikacji systemu stacyjnych urządzeń srk. Aplikacja systemu/podsystemu srk jest oprogramowaniem użytkowym służącym do wykonania określonych czynności. Ze względu na funkcje systemu srk można, np. wyróżnić aplikacje systemu zależnościowego, nadrzędnego, przejazdowego itp. Należy w postępowaniu wymienić aplikacje istniejących systemów stacyjnych - warstwy zależnościowej oraz nadrzędnej. Zmiany na poszczególnych stacjach generują również zmiany w Lokalnych Centrach Sterowania, z których te stacje są zdalnie sterowane. Chodzi o LCS Poznań POA oraz LCS Poznań Piła. Stanowi to często podwojenie kosztów wymiany aplikacji i prac Producentów istniejących systemów.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu robót, w tym zabudowie urządzeń srk warstwy podstawowej przystosowanej do zabudowy w przyszłości systemów ERTMS/ETCS poziomu 2. System ERTMS/ETCS, który podlegać ma zabudowie w ramach innego postępowania stanowi wdrażany w całej Unii Europejskiej system sterowania ruchem kolejowym, który musi być kompatybilny w ramach wszystkich państw UE, aby zapewnić interoperacyjność transportu kolejowego bez konieczności zatrzymywania się na granicach oraz wymiany lokomotyw lub maszynistów. Ma to zapewnić podniesienie bezpieczeństwa w ruchu kolejowym. Omawiany system ten ma złożony technicznie charakter i bazuje na istniejącej infrastrukturze kolejowej w oparciu o urządzenia sterowania ruchem kolejowym i współpracuje tylko z określonymi standardami tych urządzeń. Podstawowe dane niezbędne dla jego działania pochodzą z już zabudowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i systemów (DSAT). Zabudowa systemu ERTMS/ETCS wymaga w związku z tym odpowiedniego uprzedniego przygotowania linii kolejowej poprzez wyposażenie jej w urządzenia sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, urządzenia łączności kolejowej i systemy teletransmisyjne. System ERTMS/ETCS stanowi część przystosowaną do współpracy z uprzednio

odpowiednio przygotowanymi i zmodernizowanymi urządzeniami sterowania ruchem kolejowym tzw. warstwy podstawowej. Zakres zamówienia polega na zabudowie urządzeń warstwy podstawowej, zaś sama warstwa ERTMS/ETCS będzie realizowana na zlecenie

Zamawiającego w odrębnym zamówieniu, przez wybranego dla tego zamówienia wykonawcę.

Wykonanie opisywanej warstwy ERTMS/ETCS współpracującej z warstwą podstawową urządzeń sterowania ruchem kolejowym wymaga zapewnienia wzajemnej komunikacji pomiędzy urządzeniami warstwy podstawowej a urządzeniami warstwy ERTMS/ETCS. Standardem na sieci PKP PLK jest komunikacja w oparciu 0 3 protokoły (dokumenty):

- „CBI-CBR Interface. Top Level Specification",

- „EGO Protocol. Interface Specification",

- „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application- layer".

Powyższe protokoły mają być stosowane zarówno po stronie urządzeń tzw. warstwy podstawowej, jak również po stronie warstwy ERTMS/ETCS. Po stronie warstwy podstawowej, wdrożenie protokołów wymaga bezpośredniej ingerencji w same urządzenia warstwy podstawowej oraz ich oprogramowanie i wyposażenie tych urządzeń w odpowiednie funkcjonalności umożliwiające ich późniejszą komunikację z wykonanym systemem ERTMS/ETCS. Ingerencji takiej może dokonać jedynie wykonawca będący autorem urządzeń i ich oprogramowania (a zatem wykonawca zabudowy urządzeń warstwy podstawowej), a każdy inny wykonawca, który zamierzałby dokonać takiego wdrożenia zmuszony byłby skorzystać w tym zakresie z usług wykonawcy warstwy podstawowej.

Zdaniem Odwołującego wskazane obowiązki wynikające z PFU utrudniają uczciwą konkurencję i stawiają w uprzywilejowanej pozycji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. oraz Thales Polska Sp. z o.o. Przy aktualnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia każdy inny wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia będzie musiał, w celu przygotowania i skalkulowania swojej oferty zwrócić się do wykonawcy warstwy podstawowej o przedstawienie jego oferty współpracy oraz uwzględnić takie warunki w swojej własnej ofercie, czego z kolei nie będzie musiał czynić wykonawca warstwy podstawowej. Zamawiający nie przewidział żadnych środków, które zapewniłyby równą konkurencję pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Wykonawca warstwy podstawowej również posiada rozwiązania do wykonania pozostałego zakresu prac w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym i z pewnością zainteresowany jest również udziałem w postępowaniu. Zatem w skrajnej sytuacji, w przypadku nie uzyskania oferty odpowiednio od Bombardier i Thales, wykonawca nie jest w stanie przygotować prawidłowo skalkulowaną ofertę i ubiegać się zamówienie.

Przytoczone postanowienia uniemożliwiają wykonawcom złożenia ofert w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję, a nadto prowadzą do uprzywilejowania niektórych wykonawców kosztem innych, tak określony opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony specyfiką przedmiotu zamówienia.

Sposób przygotowania PFU ogranicza krąg potencjalnych wykonawców oraz faworyzuje wskazane podmioty z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Dla przyjęcia naruszenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia jest już sama możliwość wystąpienia potencjalnego ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wszystkich wykonawców mogących to zamówienie wykonać, a który nie jest podyktowany racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, jednoznacznie narusza prawo.

Przytoczone postanowienia PFU należy uznać za niezgodne z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis art. 16 ust 1 nakazuje przygotowanie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Wreszcie według art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający winien tak przeprowadzić postępowanie by udzielić go w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów. Zasady te korespondują z wyrażoną w ustawie o finansach publicznych zasadą uzyskiwania najlepszych efektów z poniesionych nakładów i konieczności celowego gospodarowania środkami publicznymi.

Odwołujący wskazał, że przywołane zasady funkcjonujące na gruncie zamówień publicznych stanowią urzeczywistnienie zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych, która ma swoje źródło w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane: w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

W orzecznictwie TSUE wskazuje się, że decyzje zamawiającego i wykonawcy, podejmowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, są regulowane przez prawo, lecz wywierają nie tylko skutki prawne, ale także ekonomiczne. Cała unijna koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych miała na celu zminimalizowanie ryzyka, że instytucje zamawiające udzielając zamówień publicznych, będą się kierowały przesłankami innymi niż ekonomiczne. U podstaw każdego udzielenia zamówienia publicznego powinny leżeć czysto ekonomiczne motywy każdego zamawiającego. To sytuacja ekonomiczna zamawiającego, ilość jego zasobów oraz umiejętnie zdefiniowane potrzeby determinują decyzję o realizacji zamówienia, polegającego na wykonaniu robót budowlanych, pozyskaniu w drodze dostaw potrzebnych towarów, czy też odbioru konkretnych usług. Natomiast prawo zamówień publicznych jest jednym z instrumentów pozwalających na realizację owej decyzji (vide Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/09 The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte University of Cambridge, pkt 17).

W powyższym kontekście czynności przewidziane do wykonania w ramach pkt 3.7.8.2.16.2 PFU Posterunek odgałęźny Suchy Las polegające na:

„- Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych na podg. Suchy Las,

- W projektowanych rozjazdach związanych z rozszerzeniem podg. Suchy Las o nową łącznicę należy zastosować napędy zwrotnicowe trójfazowe nowego typu,

- W związku ze zmianą układu torowego nastąpi zabudowa nowych semaforów oraz rozbudowa urządzeń kontroli nie zajętości torów i rozjazdów”

może wykonać jedynie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ponieważ polegają one na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tego wykonawcy tj. w systemie EBILOCK (patrz poz. 7.1.4.2.21 RCO). Żaden inny wykonawca nie

ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być jedynie Producent systemu srk. W ramach prac wymaganych przez Zamawiającego dla urządzeń stacyjnych istnieje potrzeba ingerencji w część sprzętową w nastawni (tzw. warstwa wykonawcza, m.in. sterowniki obiektowe itd.). Materiały są dedykowane dla konkretnego systemu i jedynie Producenci istniejących systemów srk są w stanie je wyprodukować, dostarczyć, jak również zabudować.

Odwołujący zaznaczył, że dysponuje dowodami wskazującymi na to, że producentem istniejących na tej stacji aplikacji urządzeń wewnętrznych jest podany wykonawca. Jedynie ten podmiot ma możliwość wykonania wskazanych prac, a każdy inny wykonawca zamierzający ubiegać się o zamówienia, musi uzyskać ofertę od producenta

oprogramowania w celu wyceny oferty, a w skrajnym przypadku nieuzyskania takiej oferty,

nie ma możliwości złożenia oferty w ogóle.

Odwołującego wnosił, by Zamawiający usunął pozycję 3.7.8.2.16.2 PFU z zamówienia i zlecił te prace w osobnym zamówieniu publicznym.

W zakresie prac wskazanych w pkt 3.7.8.2.16.5 PFU Stacja Swarzędz prace

polegające na:

„Zmiana aplikacji w urządzeniach komputerowych,

- Zmiana lokalizacji napędów zwrotnicowych,

- Zmiana lokalizacji czujników koła,

- Uzupełnienie semafora R o pas zielony poziomy,

- Uzupełnienie tarczy ostrzegawczej TOR semafora R o komorę światła zielonego"
może wykonać jedynie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ponieważ polegają na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tego

wykonawcy tj. w systemie EBILOCK (patrz pkt 3.7.8.2.16.5 PFU). Żaden inny wykonawca nie

ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być jedynie Producent systemu srk. Istnieje potrzeba ingerencji w część sprzętową w nastawni (tzw. warstwa wykonawcza, m.in. sterowniki obiektowe itd.). Materiały są dedykowane dla konkretnego systemu i jedynie Producenci istniejących systemów srk są w stanie je wyprodukować, dostarczyć, jak również zabudować. Jedynie ten podmiot ma możliwość wykonania wskazanych prac, a każdy inny wykonawca zamierzający ubiegać się o zamówienie, musi uzyskać ofertę od producenta oprogramowania w celu wyceny oferty, a w skrajnym przypadku nieuzyskania takiej oferty, nie ma możliwości złożenia oferty w ogóle.

Odwołującego wnosił, by Zamawiający usunął pozycję 3.7.8.2.16.5 PFU w zakresie wskazanym powyżej z zamówienia i zlecił te prace w osobnym zamówieniu publicznym.

W zakresie prac wskazanych w pkt 3.7.8.2.16.12 PFU Stacja Poznań Górczyn prace polegające na „Zmiana aplikacji związku z zmianą w układzie torowym oraz uzależnieniem i powiązaniem przejazdów kolejowo — drogowych" może wykonać jedynie Thales Polska Sp. z o.o., ponieważ polegają na zmianach aplikacji urządzeń wewnętrznych już istniejących produkcji tego wykonawcy tj. systemie ESTW (patrz pkt 3.7.8.2.16.12 PFU). Żaden inny wykonawca nie ma takich autoryzacji/uprawnień by zrobić te prace. Zmiana aplikacji może zostać wykonana jedynie na odpowiednich dedykowanych narzędziach (licencja na te narzędzia jest jedynie u Producenta urządzeń), za pomocą odpowiedniego języka programowania, za pomocą specjalnie do tego przygotowanego oprogramowania, którego posiadaczem może być jedynie Producent systemu srk. Dla urządzeń stacyjnych istnieje potrzeba ingerencji w część sprzętową w nastawni (tzw. warstwa wykonawcza, m.in. sterowniki obiektowe itd.). Materiały są dedykowane dla konkretnego systemu i jedynie Producenci istniejących systemów srk są w stanie je wyprodukować, dostarczyć, jak również zabudować. Odwołujący przedłoży na rozprawie dowody wskazujące na to, że producentem istniejących na tej stacji aplikacji urządzeń wewnętrznych jest wskazany wykonawca. Jedynie ten podmiot ma możliwość wykonania wskazanych prac, a każdy inny wykonawca musi uzyskać ofertę od producenta oprogramowania w celu wyceny oferty, a w skrajnym przypadku nieuzyskania takiej oferty, nie ma możliwości złożenia oferty w ogóle.

Odwołującego żądał, by Zamawiający usunął pozycję 3.7.8.2.16.12 PFU w zakresie wskazanym powyżej z zamówienia i zlecił te prace w osobnym zamówieniu publicznym.

Dodatkowo w punkcie 3.7.8.2.16.1 Poznań Piątkowo, 3.7.8.2.16.3 Koziegłowy, 3.7.8.2.16.4 Zieliniec, 3.7.8.2.16.9 Poznań Franowo PFD w PFU prace polegają na zabudowie nakładki komputerowej na istniejące urządzenia przekaźnikowe, co rozmija się z wymaganiami Zamawiającego.

W punkcie 3.7.8.2 Wytyczne ogólne Zamawiający określił w ppkt. 4.

„Przebudowywane i budowane urządzenia srk muszą być przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2". Z kolei w punkcie 3.7.8.2.1 Stacyjne systemy sterowania ruchem wskazał, że „Sterowanie ruchem kolejowym na posterunkach ruchu na liniach, na których przewidziana jest zabudowa systemu ETCS poziomu 2, będzie prowadzone przy zastosowaniu urządzeń komputerowych, a na pozostałych liniach - przy zastosowaniu urządzeń komputerowych lub przekaźnikowo-komputerowych". Wreszcie zgodnie z pkt 3.7.8.2 linia (nie część modernizowanej linii) ma być wyposażona w urządzenia dające możliwość przyszłej zabudowy systemu ETCS poziomu 2, a jednocześnie zgodnie z pkt. 3.7.8.2.1, tam gdzie ma zostać w przyszłości zabudowany system ETCS poziomu 2 to muszą być zabudowane urządzenia komputerowe.

Na opisanych stacjach/posterunkach Poznań Piątkowo, Koziegłowy, Zieliniec oraz Poznań Franowo PFD należy zgodnie z PFU zabudować nakładki komputerowe na istniejące urządzenia przekaźnikowe. Zatem wymóg zabudowy urządzeń przekaźnikowo-komputerowych na stacjach wynikający odpowiednio z pkt. 3.7.8.2.16.1, 3.7.8.2.16.3, 3.7.8.2.16.4 i 3.7.8.2.16.9 PFU jest sprzeczny z wymogiem zabudowy urządzeń komputerowych na posterunkach ruchu na liniach, na których przewidziana jest zabudowa systemu ETCS poziomu 2 wynikająca z pkt. 3.7.8.2.1, pkt. 3.7.8.2 PFU zatem uniemożliwia to dla wymienionych stacji późniejszą zabudowę ETCS i złożenie oferty zgodnej z wymaganiami.

Zgodnie z wymaganiami 3.7.8.2 Wytyczne ogólne „6. Należy stosować urządzenia

jednego typu na wszystkich stacjach i posterunkach odgałęźnych w ramach jednego LCS, na

wszystkich szlakach w ramach jednego LCS i na wszystkich przejazdach kolejowo-

drogowych w ramach jednego LCS". Urządzenia stacyjne do zabudowy w ramach tego

zamówienia zgodnie z PFU nie spełniają wymagań ww. punktu 6 - powinny pozostać urządzenia przekaźnikowe i zostać zabudowane nakładki do tych urządzeń w stacjach wymienionych wyżej oraz urządzenia komputerowe w pozostałych stacjach, czyli urządzenia stacyjne innego typu. Nie ma możliwości przygotować oferty spełniającej wymagania.

Ten zakres nie jest możliwy do wykonania w zasadzie przez żadnego wykonawcę w związku z tym, że Zamawiający chce urządzeń dających możliwość zabudowy w przyszłości systemu ETCS poziomu 2 - na urządzeniach przekaźnikowych jest to niemożliwe. Zapis PFU w punkcie 3.7.8.2.1 Stacyjne systemy sterowania ruchem jasno definiuje, że system ETCS poziomu 2 można zaimplementować tylko na posterunkach ruchu, na których zabudowany jest komputerowy system sterowania ruchem. Jednocześnie Zamawiający wymaga by urządzenia były tego samego typu na całym LCS - w tym przypadku mamy urządzenia przekaźnikowe (rok produkcji 1969) i komputerowe w jednym LCS. Z punktu widzenia utrzymania urządzeń jest to zupełnie bezcelowe.

Według art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Treść PFU w powyższym zakresie jest niejednoznaczna i niezrozumiała oraz nie uwzględnia wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawcy w obecnej sytuacji, nie mają możliwości w sposób jednoznaczny zrozumieć i przesądzić o wymaganym sposobie realizacji zamówienia i tym samym wycenić swoje przyszłe świadczenie. Jednocześnie, decydując się na jedną koncepcję realizacji zamówienia, która wyklucza drugi wariant, ryzykują odrzucenie ich oferty przez Zamawiającego, jako sprzecznej z wymaganiami SWZ.

Dlatego też Odwołujący wnosił, by Zamawiający w ramach zadania i wymogów urządzeń jednego typu zaproponował instalację nowych urządzeń komputerowych również na wyżej wymienionych stacjach, co z ekonomicznego punktu widzenia nie ma dużego wpływu na koszty zamówienia, ale ma istotny wpływ na gwarancję i utrzymanie zabudowanych systemów i urządzeń.

Zdaniem Odwołującego dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawarty w PFU preferuje dwóch wskazanych wykonawców oraz nie zapewnia uzyskania przez Zamawiającego najlepszych efektów z poczynionych nakładów. Utrudnienie uczciwej konkurencji i preferowanie określonych wykonawców powoduje, iż pozostali wykonawcy muszą wliczyć w swoją cenę pozyskanie świadczenia od podmiotów zewnętrznych, co w oczywisty sposób powoduje, iż oferty takich wykonawców nie będą konkurencyjne.

Mając na względzie powyższe Odwołujący 1 wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 225/22

W dniu 27 stycznia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożył także wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący 2" lub „Strabag").

Odwołanie złożono wobec zaniechania i czynności Zamawiającego, związanych z przygotowaniem postępowania poprzez ustalenie w Warunkach Umowy limitu zmiany wartości wynagrodzenia w trybie waloryzacji na poziomie +/- 5 %, tj. na poziomie, który ma charakter iluzoryczny i nie pozwala na zminimalizowanie skutków zmian cen materiałów oraz kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący 2 zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy 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,

2. art. 16 pkt 1 PZP i 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, w szczególności wobec ustalenia warunków Umowy w sposób niezgodny z przywołanymi wyżej przepisami i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o zamówienie złożenia porównywalnych i rzetelnych ofert.

Strabag wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

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

Odwołujący 2 oświadczył, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący 2 to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, Odwołujący 2 nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Wniesienie odwołania nastąpiło przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 PZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący 2 uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w realiach prowadzonego postępowania, Zamawiający wobec zaistnienia przesłanek zastosowania wymogów art. 439 PZP zobowiązany jest ustalić warunki dotyczące zmiany wysokości wynagrodzenia.

Zasady tzw. waloryzacji umownej ustalono w Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu:

„Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą Subklauzulą. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek

cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych Klauzul, będzie się uważało, że

Zaakceptowana Kwota Kontraktowa uwzględnia wzrosty lub spadki cen. Waloryzacji - zgodnie z postanowieniami niniejszej Subklauzuli - nie podlegają wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie § 5 Umowy, Klauzuli 13 oraz Subklauzuli 20.1 niniejszych Warunków Kontraktu oraz przepisów u.p.z.p.

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej Subklauzuli wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej „Prezesem GUS" w Dziedzinowej Bazy Wiedzy, tj.:

a) Cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI)

b) Przeciętne wynagrodzenia miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej (jako robocizna - R) oraz miesięczne Wskaźniki cen produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych:

c) Brykiety i podobne paliwa stałe z węgla i torfu oraz produkty rafinacji ropy naftowej

(jako paliwo - P) - indeks 19.2

d) Cement, wapno i gips (jako cement - C) - indeks 23.5

e) Żeliwa, stal i żelazostopy (jako stal - S) - indeks 24.1

f) Kamienia, piasku i gliny (jako kruszywo - K) - indeks 08.1

g) Metale szlachetne i pozostałe metale nieżelazne (jako miedź - M) - indeks 24.4
W przypadku, gdyby którykolwiek z wyżej wymienionych wskaźników przestał być dostępny, zastosowanie znajdzie inny, najbardziej zbliżony, wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS."

Jednocześnie też Zamawiający przewidział maksymalną wartość waloryzacji, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP :

„Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który

zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadectwo Płatności za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadectwa Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej Subklauzuli, osiągnie limit +/- 5 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia".

Reasumując, Zamawiający dopuścił zmianę wynagrodzenie, ale wyłącznie do wysokości limitu +/- 5% wartości Robót netto.

Zastosowany przez Zamawiającego limit zmiany sprawia, że mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z Umowy ma w ocenie Odwołującego 2 charakter pozorny. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ust. 1 PZP. Przepis art. 439 ust 2 pkt 4 ustawy PZP nakazuje ustalić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Wartość ta musi być jasna i adekwatna do wprowadzonych mechanizmów waloryzacyjnych. W żadnym miejscu przepis ustawy nie ogranicza się do wynagrodzenia niezapłaconego lub niewymagalnego. Zmiana wynagrodzenie zgodnie z ustawą PZP jest obwarowana wskazaniem:

1. poziomu zmiany wskaźnika cen materiałów lub kosztów;

2. sposobu liczenia tzw. punktu odniesienia;

3. wpływu na koszty wykonania zamówienia;

4. limitu maksymalnego wartości zmiany wynagrodzenia, przy czym to ostatnie referuje do limitu całości wynagrodzenia z umowy i nie ma żadnych podstaw, aby ograniczać ją do nieznacznej wartości wynagrodzenia wykonawcy z umowy.

Narzucony przez Zamawiającego limit nie pozwala na uwzględnienie w ramach waloryzacji zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, w szczególności mając na uwadze aktualne zmiany gospodarcze, poziom informacji, zmiany cen branży budowlanej.

Subklauzula 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w brzemieniu kwestionowanym w postępowaniu jest powszechnie stosowana przez Zamawiającego w ramach realizowanych Kontraktów budowlanych. Zgodnie z jej treścią:

„Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o współczynnik zmiany cen (WGn)

wyliczony według wzoru:

$$Gn = \& + b\ \frac{n}{o}\ +c\ \frac{Rn}{Ro}\ +d\ \frac{Pn}{Po}\ +e\ \frac{Cn}{Co}\ +f\ \frac{Sn}{So}\ +ff\ \frac{Rn}{Ro}\ +h\ \frac{Mn}{Mo}$$

gdzie:

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

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

- „h", „c", „d", „e", „/", „g" „h" są współczynnikami stałymi określonymi w tabeli Koszyk Waloryzacyjny, niepodlegającymi korekcie, z zastrzeżeniem sytuacji, gdy Zamawiający stanie się dostawcą któregokolwiek z elementów robót ujętych w tabeli Koszyk Waloryzacyjny, wówczas waga tego elementu zostanie przyjęta jako „0" we wzorze na WGn; W takim przypadku waga CPI zostanie powiększona o wartość wagi, która została przyjęta jako „0", tak aby suma wartości wszystkich wag z Koszyka Waloryzacyjnego wynosiła 0,5.

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

- symbole wskaźnika z indexem dolnym „o" są narastającymi wskaźnikami kosztu

odniesienia (cenami odniesienia) na Datę Odniesienia, publikowanymi przez Prezesa GUS w

Dziedzinowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym.

Odwołujący 2 zobrazował Tabelę Koszyk Waloryzacyjny (dla zadań z pracami związanymi z siecią trakcyjną) wraz z wartościami współczynnika stałego dla danego wskaźnika. Suma tych wartości wynosi 50,0 pkt.

„W przypadku braku aktualnych wskaźników (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona, gdy Prezes GUS ogłosi wskaźniki dla danego miesiąca objętego Przejściowym Świadectwem Płatności. Występując o Przejściowe Świadectwo Płatności, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot poświadczonych w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności, zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatniego z opublikowanych miesięcznych wskaźników GUS. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźników GUS dotyczących miesiąca, za który wystawione było Świadectwo Płatności, niezwłocznie po ich publikacji."

Powyższa klauzula nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych zgodnie z celem przepisu art. 439 PZP.

Dla przykładu Odwołujący 2 wskazał, że w dniu 27.01.2020 r. zawarł umowę „Modernizacja systemów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 na odcinku Wronki - Krzyż (bez stacji Krzyż), od km 53,500 do km 81,877 w ramach projektu: „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Wronki - Słonice". W ramach Kontraktu wartość robót podlegająca waloryzacji wynosi 360 744 521,17 zł netto, z której Zamawiający

zrekompensował wzrost cen na poziomie 7,86% w 2021 roku na kwotę 9 043 206,38 zł.

Odwołujący 2 przedstawił także tabelę obrazującą zmianę ceny w kontraktowych okresach rozliczeniowych za lata 2020 - 2021, z której wynika, że ostatecznie waloryzacja w miesiącu XII 2021 roku wyniosła 11,32% do kwoty 9 218 301,02 zł.

Zgodnie z analizowaną Subklauzulą 13.8 Warunków Kontraktu w przedmiotowym postępowaniu, limit wartości korekty ceny wynosi +/- 5% wartości robót netto, co w tym przypadku daje: 360 744 521,17 zł x 5% = 18 037 226,06 zł. Jak wynika z tabeli nr 2 współczynnik zmiany ceny w ostatnich miesiącach ciągle rośnie, o czym świadczą ostatnie dostępne dane w GUS.

Mając na uwadze ostatni współczynnik zmiany ceny Wn=1,1132 oraz pozostałą wartość podlegającą waloryzacji (187 548 036,16 zł), prognozowana korekta wynosi 21 230 437,69 zł, dodając już skorygowaną wartość w latach 2020 i 2021 (9 218 301,02 zł) daje to kwotę 30 448 738,71 zł (tj. 8,44% do wartości robót netto podlegających waloryzacji). Wynika z tego, że 5% limit waloryzacji na przedmiotowym kontrakcie będzie niewystarczający do pokrycia wzrostu cen. Wykonawca poniesie stratę w kwocie 12 411 512,65 zł co stanowi 68,81% obecnego limitu. Główny Urząd Statystyczny poinformował, że w grudniu 2021 inflacja wyniosła 8,6% rok do roku. Roczna dynamika inflacji w grudniu była najwyższą odnotowaną do tej pory w XXI wieku - poprzedni wyższy odczyt przypada na listopad 2000 r. (9,3%).

Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen zdaniem Strabag uzasadniony jest wniosek o zmianę limitu do +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych,

ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego 1 w sprawie KIO 219/2 złożyli następujący Wykonawcy:

1) PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

2) Thales Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

3) TORPOL Spółka Akcyjna. z siedzibą w Poznaniu;

4) Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich zgłoszeń.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpień po stronie Odwołującego 2 w sprawie KIO 225/22 złożyli następujący Wykonawcy:

1. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach;

2. PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

3. TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu;

4. Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

5. Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia wykonawcy Aldesa, ponieważ nastąpiło ono z przekroczeniem 3 dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Izba potwierdziła skuteczność pozostałych przystąpień.

Sygn. akt KIO 219/22

Zamawiający w sprawie KIO 219/22 złożył odpowiedź na odwołanie, w której w zakresie zarzutu nr 1 wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego 1, dokonał modyfikacji SWZ, wprowadzając zmiany odnoszące się m.in. do:

- możliwości oferowania zmiany aplikacji w już istniejących urządzeniach komputerowych lub zastosowania własnych urządzeń stacyjnych srk w miejsce już zainstalowanych, na co wskazuje Odwołujący 1 w ostatnim z żądań odwołania;

- dopuszczenia obok urządzeń komputerowych także urządzeń przekaźnikowych komputerowych w zakresie, w jakim nie jest to wymagane Krajowym Planem Wdrażania Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności,

- modyfikacji w zakresie oczekiwanych protokołów komunikacji urządzeń,

- usunięcia wymagania stosowania urządzeń jednego typu na wszystkich stacjach i posterunkach odgałęźnych w ramach jednego LCS,

co przy zachowaniu niezbędnych standardów bezpieczeństwa, poprzez eliminację podnoszonych barier dostępu do zamówienia pozwoli Odwołującemu 1 na przegotowanie oferty w postępowaniu, a jednocześnie zdaniem Zamawiającego spowoduje podnoszone w odwołaniu zarzuty staną się nieaktualne.

W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający również wprowadził zmiany do SWZ.

Na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący 1 wycofał zarzut nr 2, więc w tym zakresie postępowanie podlegało umorzeniu, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby.

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący 1 podtrzymywał stanowisko i wskazywał, że zmiana treści SWZ pozostaje bez wpływu na zarzut i żądanie odwołania, ponieważ nadal dotychczasowi wykonawcy aplikacji i urządzeń srk znajdują się w pozycji uprzywilejowanej, nawet jeżeli dopuszczono zastosowanie własnych urządzeń stacyjnych srk. Wykonawca będzie bowiem ponosił wszystkie ryzyka związane ze zmianą aplikacji, także za okoliczności, na które nie ma wpływu. Niedookreślone pozostają zasady współpracy między podmiotami, oferty innych wykonawców nie będą atrakcyjniejsze cenowo, Zamawiający nie wskazuje jak zamierza rozwiązać problemy związane ze współpracą podmiotów, czy problemy natury prawnej związane z usługami gwarancyjnymi, czy też udzieloną rękojmią oraz wykazanie trwałości już zrealizowanego projektu, na który otrzymano dofinansowanie. Nie określono, który podmiot będzie odpowiadał za możliwe do powstania awarie lub inne problemy techniczne podczas wymiany aplikacji i urządzeń. Zamawiający nie wyjaśnia również, czy w ogóle zastosowanie nowych, własnych rozwiązań będzie możliwe z punktu posiadanej infrastruktury. Zdaniem Odwołującego do SWZ powinny zostać wprowadzone postanowienia, zgodnie z którymi odpowiedzialność za zmiany aplikacji i prace z tym związane pozostaje u Zamawiającego. Nałożenie na Wykonawcę obowiązku współpracy z dotychczasowym dostawcą aplikacji może prowadzić do wystąpienia różnego rodzaju problemów technicznych i problemów realizacyjnych zwiększających ilość zamknięć torowych, czego przecież Zamawiający stara się uniknąć.

Argumentacja o możliwości utraty dofinansowania ma charakter procesowy, bowiem Zamawiający nie złożył jeszcze ostatecznego wniosku o dofinansowanie.

Biorąc powyższą argumentację Stron i Uczestników postępowania, Izba doszła do przekonania, że postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 219/22 w zakresie zarzutu nr 1 podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie treścią art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny Podstawą do umorzenia postępowania jest również stwierdzenie przez Izbę, że postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Ustawodawca nie doprecyzował, o jakie sytuacje chodzi. Z pewnością dyspozycją przepisu objęte będą sytuacje utraty bytu prawnego przez stronę odwołania, na skutek likwidacji lub śmierci odwołującego. Wydaje się również, że podstawa umorzenia zaistnieje, jeśli zamawiający przed zakończeniem rozprawy unieważni postępowanie, wówczas spór stanie się bezprzedmiotowy, a ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odwołania będzie podlegała nowa czynność zamawiającego.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1236).

W ocenie Izby do takich sytuacji zalicza się również sytuacja, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający po wniesieniu odwołania dokonał zmiany zapisów SWZ, do których odnoszą się zarzuty odwołania. Zmiany te nie zostały przez Zamawiającego jedynie zasygnalizowane, ale w zostały jednoznacznie do dokumentów postępowania wprowadzone i opublikowane w odpowiednim publikatorze. Tym samym w dniu posiedzenia przed Izbą nie istniały już zapisy SWZ, do których odnosiły się zarzuty odwołania i których prawidłowość kwestionował Odwołujący 1. Bez wątpienia Zamawiający dokonał zmiany zapisów kwestionowanych w odwołaniu, wprowadzając w opisie przedmiotu zamówienia zupełnie nową możliwość wymiany istniejącego systemu srk na własny. Powyższe oznacza, że w momencie orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego 1. A jednocześnie z dniem dokonania zmian otwierał się ponownie termin na wniesienie odwołania odnoszącego się do

nowego brzmienia zapisów SWZ. Podobnie jak w przypadku unieważnienia postępowania spór stał się bezprzedmiotowy.

Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i sformułowanie warunków opisu przedmiotu zamówienia w określonym kształcie.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając orzeczenie bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie w toku postępowania przed Izbą. Zauważenia również wymaga, że przepisy ustawy nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 ustawy Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Rolą ustalenia stanu rzeczy na moment zamknięcia postępowania odwoławczego jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba jest więc w takim przypadku zobowiązania uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesieniu odwołania, do czasu wydania orzeczenia w sprawie, a także jak w przedmiotowej sprawie stanowisko Odwołującego odnośnie do dokonanej zmiany SWZ. Skoro Zamawiający dokonał czynności zmiany zapisów SWZ odnoszących się do punktów będących podstawą wniesienia odwołania, tym samym czynność stanowiąca podstawę wniesienia środka ochrony prawnej przestała istnieć. Zaskarżenie czynności, która w kształcie wskazanym w odwołaniu już nie istnieje, nie daje podstaw Izbie do stwierdzenia naruszenia przepisów przez Zamawiającego i nie może być podstawą do wydania orzeczenia merytorycznego. Uznać w takiej sytuacji w ocenie składu orzekającego Izby należy, iż prowadzenie dalszego postępowania odwoławczego jest bezcelowe, czyli jak stanowi przepisu ustawy Pzp - zbędne. Jest to nowa przesłanka umożliwiająca umorzenie postępowania odwoławczego i zdaniem Izby może być ona wykorzystywana właśnie w podobnych sytuacjach. W innym wypadku bowiem odwołanie podtrzymywane przez Odwołującego podlegałoby oddaleniu jako bezzasadne wobec nieistniejącej czynności Zamawiającego. Orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego i nowego kształtu SWZ nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący 1 w złożonym na posiedzeniu piśmie procesowym, choć formalnie odnosiło się ono do podtrzymywania zarzutów odwołania, argumentował w inny sposób, niż uzasadniając zarzuty odwołania. Odwołujący 1 odnosił się trudności związanych z wprowadzoną przez Zamawiającego możliwością wymiany systemów srk i aplikacji na własny system danego Wykonawcy. Odwołujący 1 identyfikował w obecnej chwili zupełnie inne problemy i trudności, które mogą pojawić się w związku z nowym opisem przedmiotu zamówienia i de facto dopuszczeniem przez Zamawiającego zastosowania nowych rozwiązań, równoważnych do funkcjonujących.

W inny sposób prowadzona była argumentacja zarzutów odwołania, która wskazywała na problemy dotyczące niemożliwości złożenia oferty generalnie, natomiast na posiedzeniu przed Izbą Odwołujący 1 nie negował tego faktu, ale wskazywał, że wprowadzone zmiany rodzą inne konsekwencje, tak natury faktycznej, jak i prawnej. W takiej sytuacji nie można stwierdzić, w ocenie składu orzekającego Izby, że dokonana zmiana zapisów SWZ miała jedynie charakter formalny i nie wpływa na zakres pierwotnego zaskarżenia. Ponownie dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący odmiennie prowadził argumentację niż w odwołaniu, co do nowych zapisów SWZ. Owszem, nowa zmiana nadal związana jest ze sposobem wykonania zamówienia, jednak sposób ten został ukształtowany w inny sposób niż w pierwotnych zapisach SWZ i właśnie ten element czyni zarzuty odwołania nieaktualnymi.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak

w sentencji, na podstawie przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, umarzając postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne, koszty o których mowa w znosi się wzajemnie i z tego powodu Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Zamawiającego.

Na podstawie art. 574 Pzp Izba orzekała o dokonaniu zwrotu Odwołującemu uiszczonego wpisu w wysokości 20 000 zł 00 gr, o czym orzeczono w pkt A.2 sentencji orzeczenia.

Sygn. akt KIO 225/22

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Podniesiono, że art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających zmiany wysokości wynagrodzenia. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów, nie uznał zatem za zasadne obarczania w całości Zamawiającego ryzykiem związanym ze zmianami cen materiałów i surowców. W szczególności, na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców. Powyższa okoliczność stanowi ryzyko kontraktowe, które powinno być co do zasady wkalkulowane w cenę ofertową. Opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen, wykonawca powinien odpowiednio skalkulować koszty realizacji umowy i przedstawić dopasowaną do uwarunkowań rynkowych ofertę.

Klauzula waloryzacyjna oparta na art. 439 ustawy Pzp powinna mieć charakter symetryczny, w tym znaczeniu, że powinna prowadzić zarówno do zwiększenia, jak i do zmniejszenia kwoty wynagrodzenia. Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia, ale także poziom tej waloryzacji. Gdyby miało być inaczej i waloryzacja miałaby odzwierciedlać w całości zmianę cen, ustawodawca wyraziłby to wprost wiążąc waloryzację z obligatoryjnymi wskaźnikami i ich zmiana w czasie.

Wskazany przez Odwołującego 2 górny limit wartości korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen do poziomu +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie nie został poparty żadną kalkulacją. Wskazanie wpływu zmian cen na koszt realizacji inwestycji na podstawie jednego wybranego kontraktu z 2021 r. nie jest w żadnym stopniu miarodajne.

Na rozprawie Strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Biorąc powyższe ustalenia i stanowiska pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

W art. 439 ustawy Pzp ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. Dalsza część przepisu wymaga od zamawiającego

określenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Ustawodawca zdecydował, że pewne zmiany natury ekonomicznej, gospodarczej, które mogą mieć miejsce w trakcie wykonywania umowy o zamówienie publiczne mogą mieć wpływ na konieczność zmiany wynagrodzenia przewidzianego w realizowanej umowie.

Wprowadzenie do umowy możliwości wystąpienia takiej zmiany uwarunkowane jest określeniem jej reguł, stosowanie do treści art. 439 ust. 2 ustawy Pzp. Zmiana ma na celu przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która może zostać zachwiana przez różnego rodzaju zdarzenia, mogące wystąpić nawet przy stabilnie funkcjonującym systemie gospodarczym, a co podyktowane jest zawieraniem kilkuletnich kontraktów.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wprowadził klauzulę waloryzacyjną i określił jej maksymalny poziom na 5%.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, by postanowienia art. 439 ustawy Pzp zostały przez Zamawiającego naruszone.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma na celu dostosowania postanowień SWZ do oczekiwań poszczególnych wykonawców, bowiem celem postępowania odwoławczego jest weryfikacja postanowień SWZ w świetle Pzp oraz w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Co do zasady, Zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353^1 k.c. Strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu, że którakolwiek z przywołanych zasad została naruszona.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, wymóg określenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia nie jest obwarowany w ustawie Pzp innymi szczególnymi obowiązkami. Przy określaniu wysokości zmiany ważne jest w ocenie Izby, by nie doszło po stronie zamawiającego do naruszenia innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c., zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współżycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych.

W kontekście powyższych rozważań podkreślenia wymaga, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy.

Odwołujący 2 przedstawił kalkulacje przeprowadzone na wzorze przewidzianym przez Zamawiającego w SWZ przy pomocy kalkulatora ze strony GUS oraz własnych danych. Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, iż kalkulacje te bazują na danych z 3 ostatnich lat kalendarzowych, które w gospodarce polskiej i światowej charakteryzują się wystąpieniem zjawisk ekstraordynaryjnych, czego żadna ze Stron sporu nie kwestionowała. Zamawiający wprowadzając wysokość klauzuli waloryzacyjnej bazował na danych z lat 2015 - 2018, gdzie wzrost gospodarczy określany był jako stabilny. Izba nie przeczy, iż w ostatnich latach kalendarzowych nastąpił wzrost cen materiałów, robocizny, czy inflacji przekraczający wskaźnik ustalony przez Zamawiającego, czego częściowo powodem było wystąpienie pandemii i zaburzenie funkcjonowania gospodarki rynkowej na wielu poziomach, od pozyskania surowców, problemy z transportem, wzrost cen paliwa, po problemy z zatrudnieniem odpowiedniej liczby pracowników. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający automatycznie zobowiązany jest do podwyższenia przewidzianego wskaźnika waloryzacji. Jak słusznie zauważono w odpowiedzi na odwołanie, celem klauzuli waloryzacyjnej nie jest rekompensata wykonawcy wzrostu wartości poszczególnych składników cenowych w 100 %.

Uprawnieniem wykonawcy jest kalkulacja określonych ryzyk w cenie oferty, przy założeniu, że waloryzacja wynagrodzenia może osiągnąć poziom 5%. Jeżeli na podstawie

przeprowadzonych analiz ekonomicznych Wykonawca zakłada, że taka sytuacja będzie utrzymywała się przez cały czas realizacji kontraktu lub przez większość tego czasu, a prognozy makro i mikroekonomiczne w danej branży są niekorzystne, może w cenie oferty skalkulować uzyskanie waloryzacji na poziomie 5%, natomiast ryzyko wyższych strat także ująć w cenie oferty. Określenie waloryzacji na poziomie 5% nie powoduje niemożliwości złożenia oferty przez Odwołującego 2. Jest to sygnał, że wykonawca nie otrzyma wyższej niż zakładany poziom rekompensaty w przypadku zmiany cen. W ustalonych granicach nastąpi więc dla Wykonawcy ograniczenie ryzyka związanego z wzrostem cen towarów i usług, najniższego wynagrodzenia i innych czynników wpływających na możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego.

Zamawiający bazuje na danych odpowiadających wskaźnikowi kosztu bieżącego okresu, publikowanych przez Prezesa GUS w Dziedzinowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym, odnosząc zmiany cen materiałów do tych najczęściej wykorzystywanych na danym kontrakcie, a także do zmiany kosztów robocizny, czego Odwołujący również nie kwestionuje. Poziomu określonego przez Zamawiającego nie można uznać za pozorny ale raczej adekwatny do obciążeń, którym budżet i jednostka Zamawiającego może podołać.

Izbie nie przedstawiono dowodów, z których wynikałoby, że obecnie panująca sytuacja gospodarcza będzie kształtowała się w taki sam sposób na przestrzeni kilku lat, w których realizowany będzie przedmiotowy kontrakt. Wszelkie dane złożone przez Odwołującego odnoszą się do przeszłości, natomiast zabrakło materiału porównawczego obrazującego założenia ekonomiczne i przewidywania analityczne na lata przyszłe.

W ocenie Izby nie zostały przez Zamawiającego naruszone zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziane w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wprowadzone zasady waloryzacji są jednakowe dla wszystkich wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem, żadnego z podmiotów nie stawiają w uprzywilejowanej sytuacji, Zamawiający w jednakowy sposób będzie dokonywał oceny podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji.

Konkludując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący 2 w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach KIO 219/22 i KIO 225/22 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego KIO 225/22 orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego Strabag.

Przewodniczący:

Członkowie: