Sygn. akt KIO 2193/22

WYROK

z dnia 8 września 2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie,

ul. Bobrowiecka 8,
00-728 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale:

1. wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, 15-27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja (adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa) zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

2. wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

3. wykonawcy B-Act Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

4. wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.1. odwołania, tj. zarzutu dotyczącego nieprawidłowego określenie czasu realizacji umowy i czasu świadczenia usługi przez wykonawcę i terminu jej zakończenia, tj. w sposób powodujący, że nie jest on możliwy do określenia w sposób jednoznaczny, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie wielkości świadczenia wykonawcy i dokonania rzetelnej wyceny oferty i zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, czas jej realizacji i jej zakres może ulegać zmianie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy zapłaty realnie skalkulowanego wynagrodzenia (§ 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy § 4 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy).

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.2., 2.3., 2.4. i 2.5. odwołania.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą

w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 2193/22

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowalnych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowalnych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych (...)".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2022 r. pod nr 2022/S 155-445927.

W dniu 22 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym", wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności (skonstruowania dokumentów zamówienia, tj. opisu przedmiotu zamówienia i sposobu i warunków jego realizacji), do których jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu 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 ustawy Pzp, art. 436 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a także art. 5, art. 353(1) i art. 487 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia, w tym warunków jego realizacji wskazanych we wzorze umowy (w zakresie wskazanym poniżej) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń oraz w sposób uwzględniający wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, a także sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego oraz niegwarantujący zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, wzajemności świadczeń i uczciwej konkurencji, tj.:

2.1. nieprawidłowe określenie czasu realizacji umowy i czasu świadczenia usługi przez wykonawcę i terminu jej zakończenia, tj. w sposób powodujący, że nie jest on możliwy do określenia w sposób jednoznaczny, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie wielkość świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty i. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, czas jej realizacji i jej zakres może ulegać zmianie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy zapłaty realnie skalkulowanego wynagrodzenia (§ 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy § 4 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy),

2.2. nieprawidłowe ustalenie zasad wynagradzania wykonawcy, tj. w sposób nieuwzględniający rzeczywistych nakładów ponoszonych przez niego na realizację kontraktu w poszczególnych miesiącach, jego trwania oraz stosowanie zasad jego pomniejszania w trakcie realizacji kontraktu, jak również zobowiązanie wykonawcy do realizacji zwiększonego zakresu prac w ramach kontraktu (25% pkt 4.1.1. ppkt 20 OPZ) bez zagwarantowania wynagrodzenia za świadczenie usług w większym zakresie (§ 4 ust. 2 i ust. 3, §5 oraz § 22 ust. 1 pkt 2) oraz § 22 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy),

2.3. naruszenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego poprzez brak zrównoważenia chociażby niektórych kar przewidzianych za działania wykonawcy, analogicznymi karami dla Zamawiającego za działania dotyczące określonych naruszeń (§ 13 ust. 1 pkt 15 wzoru umowy), co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego i narusza równowagę kontraktową stron umowy oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych,

2.4. zawarcie w postanowieniach umowy (§18 wzoru umowy) nadmiernego wymagania dotyczącego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dedykowanego dla kontraktu, podczas gdy wymaganie takie jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z realizacją kontraktu, a interesy Zamawiającego mogą zostać zabezpieczone w inny sposób (tj. ubezpieczeniem w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności oraz/lub ubezpieczeniem OC poszczególnych członków personelu wykonawcy),

2.5. nieuzasadnione ograniczenie wysokości waloryzacji kontraktu do 10% wynagrodzenia netto wykonawcy, co powoduje, że nie zapewnia ona realnego utrzymania rentowności kontraktu w czasie bardzo wysokiej i postępującej inflacji (§ 21 ust. 9 wzoru Umowy),

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

1. uczciwej konkurencji i równego taktowania wykonawców prowadząc do 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

2. proporcjonalności poprzez zastosowanie środków nadmiernych i wykraczających poza uzasadnione potrzeby zamawiającego,

3. 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 a następnie ich porównanie,

4. równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i ekwiwalentności świadczeń, 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia, w zakresie:

1. § 3 i 4 wzoru umowy (termin realizacji świadczenia) w ten sposób, aby wynikało z niego jednoznacznie, że usługa wykonawcy polegająca na zarządzaniu i nadzorze nad projektem jest świadczona wyłącznie w okresie podstawowym (42 miesiące) lub (przedłużonym o dodatkowe 15 miesięcy, łącznie 57 miesięcy), a wykonawca nie jest zobowiązany do świadczenia usługi nadzoru i zarządzania projektem po upływie tych terminów, pomimo nie zatwierdzenia raportu końcowego oraz określenia terminów dla Zamawiającego na zatwierdzanie raportów, w tym Raportu końcowego,

2. § 4 i § 5 i § 22 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy oraz załączników dotyczących wynagrodzenia wykonawcy, poprzez rezygnację z algorytmów jego wyliczania, zakładających jego pomniejszanie w Okresie przedłużonym (12 miesięcy) i dodatkowym Okresie wykraczającym poza okres przedłużony (3 miesiące) i wprowadzenie zasady, że za każdy miesiąc przedłużenia świadczenia usługi ponad okres podstawowy, wynagrodzenie wykonawcy jest obliczane proporcjonalnie do tego okresu przedłużenia, w oparciu o zasady analogiczne jak dla Okresu podstawowego oraz zmiany wynikającego z § 22 ust. 1 pkt 2 umowy (w zw. z pkt 4.1.1.ppkt 20 OPZ) pułapu 25 % wartości Zadania inwestycyjnego, dla Kontraktu budowlanego do max. 10% oraz zagwarantowanie proporcjonalnego zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy po przekroczeniu tej kwoty,

3. wprowadzenie kary umownej dla zamawiającego odpowiadającej przewidzianej dla wykonawcy karze za wypowiedzenie umowy z przyczyn leżących po jego stronie (§ 13 pkt 15 umowy) oraz kary umownej związanej z przekroczeniem terminów zatwierdzania przez Zamawiającego raportów, w tym Raportu końcowego,

4. modyfikacją § 18 umowy i zastąpienie dedykowanej polisy kontraktowej, polisą OC wykonawcy w zakresie prowadzonej działalności zgodnej z przedmiotem zamówienia,

5. modyfikacją klauzuli waloryzacyjnej wynikającej z § 21 ust. 9 wzoru umowy, w ten sposób że zamawiający urealni maksymalną wysokość wynagrodzenia wynikającego z tej waloryzacji do kwoty 30% wartości kontaktu.

Nadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Odnośnie zarzutu nr 2.1. odwołania, tj. zarzutu dotyczącego terminu realizacji umowy Odwołujący podniósł m.in., iż w świetle projektowanych postanowień wzoru umowy termin zakończenia umowy został określony w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i trudny do ustalenia przez wykonawcę dokonującego kalkulacji cenowej, a co za tym idzie uniemożliwiający dokonanie rzetelnej kalkulacji oferty, a tym samym skutkujący nieporównywalnością składanych ofert. W szczególności wykonawca nie ma wpływu na czas weryfikacji i zatwierdzania Raportu Końcowego przez Zamawiającego, bowiem czynność ta nie została określona w SWZ ani umowie żadną data graniczną. Jednocześnie lakoniczność postanowień umowy i brak jednoznacznego określenia terminu wykonywania czynności nadzoru i zarządzania projektem przez wykonawcę powoduje, że Zamawiający w okresie zatwierdzania Raportu Końcowego może oczekiwać od Wykonawcy dalszego świadczenia usług zarządzania i nadzoru, pomimo upływu wszystkich terminów wskazanych w § 3 ust. 2 umowy, przy czym wykonawcy za okres ten nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie. Sytuacja ta prowadzi do braku możliwości rzetelnej wyceny oferty, bowiem każdy z wykonawców będzie w tym zakresie musiał poczynić niezbędne założenia własne w zakresie estymacji realnego czasu trwania kontraktu i związanych z tym obowiązków utrzymywania biura, personelu wykonawcy i świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Czas realizacji usługi zarządzania i nadzoru przez wykonawcę powinien być określony w sposób jednoznaczny (konkretną cezurą czasową), natomiast dalsze czynności jak zatwierdzenie Raportu końcowego po zakończeniu świadczenia usługi zarządzania i nadzoru nie powinny wchodzić w skład usługi wykonawcy rozumianej jako zarządzania i nadzór i zobowiązującej wykonawcę do utrzymywania personelu i biura projektu.

Zakończenie etapu zatwierdzania Raportu końcowego po zakończeniu prac może być ewentualnie podstawą do zrealizowania ostatniej płatności przez Zamawiającego ale nie decydować o zakończeniu świadczenia głównego wykonawcy. Przy obecnym kształcie postanowień wzoru umowy nie jest możliwe jednoznaczne określenie czasu jej trwania, jak również okresu świadczenia usługi zarządzania i nadzoru przez wykonawcę. Należy bowiem rozróżnić okres obowiązywania umowy od okresu aktywnego świadczenia usługi zarządzania i nadzoru, na którą składa się m.in. konieczność utrzymywania biura projektu, pracowników i pozostawania określonego zespołu w dyspozycji zamawiającego, jak również wykonywania określonych czynności przez personel wykonawcy.

Nadto Odwołujący dodał, że w okresie zatwierdzania Raportu końcowego niejednokrotnie Zamawiający oczekują dalszej realizacji czynności zarządzania i nadzoru bowiem umowa nadal obowiązuje, mimo iż upłynął okres świadczenia usługi z niej wynikający lecz nie doszło do zatwierdzenia ostatecznych dokumentów. Odwołujący nie kwestionuje konieczności wprowadzenia zatwierdzenia Raportu końcowego jako elementu umowy, wskazuje jednak, że nie powinien on być etapem traktowanym tak samo jak pozostały okres świadczenie usług nadzoru i zarządzania kontraktem, lecz wyraźnie wyszczególniony pod względem cezury czasowej. Z obecnych postanowień wzoru umowy rozróżnienie takie nie wynika. Umowa powinna określać minimalny oraz maksymalny termin w jakim wykonawca świadczy usługę zarządzania i nadzoru oraz odrębnie określać termin (okres) na jaki została zawarta sama umowa. Odesłanie do momentu zatwierdzenia Raportu

końcowego, który nie może zostać ustalony na podstawie dokumentów zamówienia (i może np. trwać 6 miesięcy), nie stanowi wypełnienia tych wymagań, co narusza m.in. art. 436 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż postanowienia umowy powinny jednoznacznie wskazywać, że świadczenie przez wykonawcę usługi zarządzania i nadzoru kończy się w konkretnym momencie i jest niezależne od dalszej współpracy z zamawiającym np. przy zatwierdzaniu dokumentów kontraktu.

Odnośnie zarzutu nr 2.2. odwołania, tj. zarzutu dotyczącego sposobu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy Odwołujący podniósł m.in., że taki sposób uregulowania wynagrodzenia wykonawcy jak przewidziany we wzorze umowy nie uwzględnia podstawowych okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, utrudnia uczciwą konkurencję oraz stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Wykonawca zarówno w okresie podstawowym, jak i wydłużonym, ponosi takie same koszty stałe realizacji usługi, m.in. musi utrzymywać personel i biuro projektu, jak również wykonywać analogiczny nakład pracy przy realizacji umowy w zakresie nadzoru i zarządzania. Zatem nieuzasadnione jest oczekiwanie Zamawiającego, że wykonawca w tym okresie będzie otrzymywał mniejsze wynagrodzenie, nie odpowiadające ponoszonym przez niego realnie kosztom. Odwołujący podniósł przy tym, że sam Zamawiający wymaga wypełnienia jako załącznika do oferty (Załącznik IB do Formularza Ofertowego) - kalkulacji cenowej uwzględniającej poszczególne składowe kosztów ponoszonych przez wykonawcę lecz wyłącznie dla Okresu podstawowego. Jednocześnie, Zamawiający konstruując ww. zasady wynagradzania oczekuje, że w Okresie przedłużonym i Okresie wykraczającym poza okres przedłużony wykonawca będzie świadczył usługi poniżej tych kosztów, a zatem świadczenia stron umowy nie będą ekwiwalentne. Zasadne jest więc zrezygnowanie z podziału wynagrodzenia stałego na okresy wydłużone i okresy po wydłużeniu i wprowadzenie zasady, że za każdy miesiąc przedłużenia świadczenia usługi, wynagrodzenie wykonawcy jest obliczane proporcjonalnie do tego okresu, w oparciu o zasady analogiczne jak dla Okresu podstawowego, aż do wyczerpania maksymalnego zobowiązania umowy, które spowoduje jej zakończenie. Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 3 wzoru umowy Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia wynagrodzenia, z zastrzeżeniem przypadków określonych w niniejszej Umowie. W szczególności Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia wynagrodzenia, jak też zapłaty wynagrodzenia dodatkowego/ w przypadku wykonywania Usługi w okresie wykraczającym poza zakładane okresy dla Kontraktu budowlanego, określone w§ 3 Umowy, co dotyczy także przypadku wystąpienia Zadań dodatkowych, z zastrzeżeniem postanowień pkt 4.1.1. ppkt 20} OPZ odnoszących się

do nadzoru nad Robotami dodatkowymi.

Zgodnie z postanowieniami § 22 ust. 1 pkt 2) oraz § 22 ust. 1 pkt 6) wynagrodzenie wykonawcy nie przysługuje w przypadku robót do 25% wartości Kwoty Warunkowej a w przypadku robót wykraczających poza okres wydłużony, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie stałe, tak jak w pierwszych trzech miesiącach po okresie wydłużonym. W odniesieniu do wskazanego postanowienia, Odwołujący podniósł, że oczekiwanie przez Zamawiającego realizacji dodatkowych zadań w wymiarze aż do 25% wartości kwoty warunkowej (wartości Zadania inwestycyjnego, dla Kontraktu budowlanego) bez odrębnego wynagrodzenia jest nadmiarowe, nieuzasadnione i narusza zasady równowagę stron umowy, jak również przeczy zasadzie ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Wymaganie to obarcza niewspółmiernym ryzykiem kontraktowym wykonawcę, jak również powoduje że przyjęcie odmiennej oceny tego ryzyka przez poszczególnych wykonawców doprowadzi do nieporównywalności ofert. Aby zminimalizować ww. ryzyko, wymiar robót dodatkowych powinien być ograniczony maksymalnie do 10% Kwoty warunkowej wynikającej z kontraktu o Roboty budowalne. Jednocześnie, w przypadku przekroczenia nadzorowanych robót ponad Kwotę Warunkową wynikającą z Kontraktu, Umowa powinna przewidywać proporcjonalne zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy.

Odnośnie zarzutu nr 2.3. odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający wprowadził szereg kar umownych nakładanych na wykonawcę za różnego rodzaju działania i zaniechania, w tym wskazaną w § 13 ust. 1 pkt 15 karę dotyczącą wypowiedzenia umowy z przyczyn dotyczących wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający nie zrównoważył w żaden sposób ryzyka ponoszonych przez wykonawcę kar analogicznymi postanowieniami dotyczącymi nieuprawnionych działań lub zaniechań mogących występować po stronie Zamawiającego. W szczególności wzór umowy nie przewiduje kary umownej nakładanej na Zamawiającego w sytuacji wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po jego stronie oraz kary umownej związanej z przekroczeniem terminów zatwierdzania przez Zamawiającego raportów, w tym Raportu końcowego. Nadto wskazał, że wnosi o wprowadzenie do umowy adekwatnych kar obciążających Zamawiającego w przypadku wypowiedzenia umowy od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków Zamawiającego w procedurze akceptacji Raportów i Raportu końcowego.

Odnośnie zarzutu nr 2.4. odwołania Odwołujący podniósł m.in., że w §18 wzoru

umowy Zamawiający zawarł wymagania dotyczące ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej kontraktu i wymaganie to jest nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ubezpieczenie OC dotyczyć powinno ryzyk mogących wynikać z działalności danego wykonawcy, nie zaś ryzyka niewykonania albo nienależytego wykonania zamówienia publicznego, do którego udzielenia zmierza konkretne postępowanie. Co do zasady fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności nie stanowi o tym, że Zamawiający nie może wymagać ubezpieczenia dla danego kontraktu. Jednakże mając na uwadze cel żądania takiej polisy, który immanentnie związany jest z ryzkiem szkody po stronie Zamawiającego związanej z działalnością konkretnego wykonawcy, w przypadku niniejszego przedmiotu zmówienia - nie znajduje on uzasadnienia. Nadto dodał, że z doświadczeń jego członków wynika, że w usługach nadzoru i zarządzania nigdy nie doszło do wyrządzenia szkody wymagającej korzystania z uprawnień związanych z ubezpieczeniem OC wykonawcy, tym bardziej z dedykowanego ubezpieczenia kontraktowego. Ryzyko wyrządzenia przez wykonawcę szkód, które by takie roszczenia uzasadniały, w ramach realizacji niniejszego zamówienia w praktyce nie występuje. Zamawiający nie przedstawił w SWZ uzasadnienia takiego wymagania, a w ocenie Odwołującego stanowi ono jedynie bezrefleksyjne przeniesienie tego zapisu z wymagań dotyczycących kontraktów budowlanych realizowanych u Zamawiającego gdzie polisy takie mogą znaleźć zastosowanie. Koszty polis dedykowanych do kontraktów nie są marginalne, stanowiąc kwoty ok 4-5% wartości umowy, a praktyce oscylują w granicach 300-400 tys. zł. Wymaganie takie może zatem stanowić czynnik ograniczający konkurencję, w szczególności dla sektora MŚP, jak również jest nieuzasadnione i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ryzyk przez niego generowanych.

Odnośnie zarzutu nr 2.5. odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający w umowie przewidział postanowienia dotyczące waloryzacji kontraktu. Wynikające z treści postanowień umowy ograniczenia pułapu waloryzacji w sposób zupełnie abstrahujący od rzeczywistej stopy inflacji i okoliczności związanych z realizacją kontraktów wypacza sens wprowadzania takich postanowień, bowiem waloryzacja oparta o tak skonstruowana klauzule będzie miała jedynie charakter pozorny. Nadto podkreślił, że z doświadczeń jego członków wynika, że w obecnych kontraktach i obecnej sytuacji geopolitycznej i społeczno - gospodarczej maksymalny poziom waloryzacji gwarantujący rentowność kontraktu w tak długim okresie jego obowiązywania oscyluje w granicach 30% wartości kontraktu, zatem przyjęte przez Zamawiającego ograniczenie, nie zapewnia wykonawcy rekompensaty wzrostu kosztów wykonywania zamówienia. Waloryzacja ta ma zatem charakter wyłącznie pozorny, a ryzyka kontraktowe w zakresie podwyższenia kosztów realizacji zamówienia, które są znaczne, ponosi jedynie wykonawca. Działanie takie stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego i przesądza o braku równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Celem wprowadzania klauzuli waloryzacyjnej jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów w związanych z realizacją kontraktu, co ma na celu doprowadzenie do skutecznej realizacji kontraktu. W interesie zatem zarówno wykonawcy, jak i Zamawiającego jest by klauzula ta realnie wpływała na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy a nie stanowiła jedynie pozorne wypełnienie dyspozycji ustawowych. Zamawiający nie może wymuszać wykonywania przez wykonawcę zamówienia z każdorazowym ryzykiem straty finansowej, w przypadku zwiększenia kosztów realizacji zamówienia. Celem wprowadzenia art. 439 ust. 1 i 4 ustawy Pzp było zapewnienie narzędzia realnej rekompensaty wzrostu kosztów wykonania zamówienia w celu zniwelowania mogącej się pojawić braku ekwiwalentności świadczeń stron, szczególnie w przypadku długotrwałych procesów inwestycyjnych. Z tego też względu maksymalny pułap waloryzacji wskazany we wzorze umowy, powinien zostać podniesiony.

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego

(Platformie Zakupowej) w dniu 23 sierpnia 2022 r.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji (Oddział w Polsce), zwany dalej „wykonawcą SAFEGE", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zwany dalej „wykonawcą MGGP", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca B-Act Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej „wykonawcą B-Act", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, przekazując

kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Multiconsult", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 5 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący w dniu 5 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) cofnął zarzut 2.1. odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, projekt umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców: SAFEGE, MGGP, B-Act oraz Multiconsult do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez Odwołującego i złożony w trakcie

rozprawy, tj. „Waloryzacja wynagrodzenia i umowa na inżyniera PKP PLK - symulacja"

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i złożone w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. Zestawienie postępowań przetargowych + przykładowe zakończone umowy - folder „nadzór - umowy zakończone",

2. Przykładowe zestawienie z otwarcia ofert - folder „umowy + info z otwarcia", oraz złożone w trakcie rozprawy, tj. :

1. Informację o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 29 sierpnia 2022 r.

2. Informację z otwarcia ofert w dniu 29 sierpnia 2022 r.

Odwołujący w dniu 5 września 2022 r. (pismem z tej samej daty) cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.1. odwołania, tj. zarzutu dotyczącego nieprawidłowego określenie czasu realizacji umowy i czasu świadczenia usługi przez wykonawcę i terminu jej zakończenia, tj. w sposób powodujący, że nie jest on możliwy do określenia w sposób jednoznaczny, co z kolei uniemożliwia dokładne ustalenie wielkość świadczenia wykonawcy i dokonanie rzetelnej wyceny oferty i zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, czas jej realizacji i jej zakres może ulegać zmianie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, a Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy zapłaty realnie skalkulowanego wynagrodzenia (§ 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy § 4 ust. 2 i ust. 3 wzoru umowy). Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 2.2. odwołania dotyczący nieprawidłowego ustalenia zasad wynagradzania wykonawcy, tj. w sposób nieuwzględniający rzeczywistych nakładów ponoszonych przez niego na realizację kontraktu w poszczególnych miesiącach, jego trwania oraz stosowanie zasad jego pomniejszania w trakcie realizacji kontraktu, jak również zobowiązanie wykonawcy do realizacji zwiększonego zakresu prac w ramach kontraktu (25% pkt 4.1.1. ppkt 20 OPZ) bez zagwarantowania wynagrodzenia za świadczenie usług w większym zakresie (§ 4 ust. 2 i ust. 3, §5 oraz § 22 ust. 1 pkt 2) oraz § 22 ust. 1 pkt 6) wzoru umowy) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści wzoru umowy zawarł następujące postanowienia:

„§ 4

1. Całkowite maksymalne Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej Umowy składać się będzie z sumy wynagrodzeń przewidzianych za Usługę świadczoną dla Kontraktu budowlanych i wynosi: (...)

2. Na Wynagrodzenie określone w ust 1 składa się:

1) wynagrodzenie dla Kontraktu budowlanego, w skład którego wchodzi:

wynagrodzenie zmienne należne w całym okresie realizacji Umowy w wysokości..... PLN netto powiększone o należny podatek VAT w wysokości PLN, co stanowi kwotę brutto w wysokości ..... PLN; wynagrodzenie stałe należne w Okresie podstawowym realizacji Umowy w wysokości.....PLN netto powiększone o należny podatek VAT w wysokości PLN, co stanowi kwotę brutto w wysokości ..... PLN; opcjonalne wynagrodzenie stałe należne w Okresie wydłużonym realizacji Umowy w wysokości do ..... PLN netto powiększone o należny podatek VAT w wysokości ..... PLN, co stanowi kwotę brutto w wysokości .....PLN; opcjonalne wynagrodzenie stałe należne w Okresie wykraczającym poza okres wydłużony realizacji Umowy w wysokości do ..... PLN netto powiększone o należny podatek VAT w wysokości ..... PLN, co stanowi kwotę brutto w wysokości.....PLN.

3. Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie z tytułu wykonania

przedmiotu niniejszej Umowy. Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia wynagrodzenia, z zastrzeżeniem przypadków określonych w niniejszej Umowie. W szczególności Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia wynagrodzenia, jak też zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonywania Usługi w okresie wykraczającym poza zakładane okresy dla Kontraktu budowlanego, określone w § 3 Umowy, co dotyczy także przypadku wystąpienia Zadań dodatkowych, z zastrzeżeniem postanowień pkt 4.1.1. ppkt 20) OPZ odnoszących się do nadzoru nad Robotami dodatkowymi".

§ 5 ust. 4

„W przypadku, gdy Roboty na Kontrakcie budowlanym zostaną zakończone przed planowanym terminem wykonania, przy jednoczesnej realizacji całego zakresu rzeczowego Robót, część stała wynagrodzenia za realizację Usługi w Okresie podstawowym, będzie należna Wykonawcy w całości, saldem przy ostatniej płatności za nadzór w okresie realizacji Robót dla Kontraktu budowlanego."

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Przedmiotem zaskarżenia są postanowienia wzoru umowy na pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowalnych oraz wykonaniem określonych projektów wykonawczych i realizacją robót budowlanych. Zarzuty dotyczą kilku z kilkudziesięciu postanowień obowiązującego u Zamawiającego wzoru umowy, który - jak wskazywał Zamawiający - przed jej wprowadzeniem był przedmiotem szerokiej konsultacji z wykonawcami. Niektóre z jej postanowień to wyjście naprzeciw oczekiwaniom wykonawców wyartykułowanym w ich trakcie. Przykładem takiego postanowienia jest obecnie kwestionowane postanowienie dotyczące wykonania obowiązków wynikających z umowy w zakresie zadań dodatkowych, tj. o wartości łącznej nie przekraczającej 25% wartości zadania inwestycyjnego dla kontraktu budowlanego. Wartość ta była wskazywana w treści składanych ofert na tym właśnie poziomie przez wykonawców w ramach kryterium oceny ofert. Postanowienie to nie narusza ani przepisów ustawy Pzp, ani też k.c.

Odwołujący w ramach tego zarzutu kwestionuje bowiem kilka postanowień wzoru umowy, których znaczenia dla realizacji kontraktu nie można rozpatrywać w oderwaniu od treści całego wzoru umowy, np. wykonawca oczekuje kar umownych od Zamawiającego w przypadku braku odbioru raportów. Nie żąda jednak doprecyzowania procesu odbioru raportów, do których się odwołuje.

Odnosząc się do kwestionowanych postanowień dotyczących wynagrodzenia wykonawcy podnieść należy, że wynagrodzenie wykonawcy obejmuje wycenione przez wykonawcę i oparte na faktycznie ponoszonych nakładach:

- wynagrodzenie podstawowe (stałe)
- wynagrodzenie w okresie przedłużonym (wydłużonym)

oraz

- wynagrodzenie w okresie wykraczającym poza okres przedłużony.

Istotą takiej konstrukcji wynagrodzenia jest różny sposób obliczania wynagrodzenia dla różnych etapów realizacji zamówienia. To wykonawca określa wysokość wynagrodzenia podstawowego. To wykonawca określa także poprzez wskazanie w ofercie wskaźnika (n - od 0,8 do 1) czy przysługujące mu wynagrodzenie będzie obniżone w okresie przedłużonym (wydłużonym). Dlatego też tak ważnym dla obydwu stron umowy jest prawidłowe skalkulowanie wynagrodzenia a tym samym ceny oferty.

Oczywistym jest bowiem - na co wskazał Zamawiający - że rzeczywiście w końcowym etapie realizacji kontraktu wzrasta wynagrodzenie zmienne a więc wynagrodzenie przysługujące wykonawcy w okresie przedłużonym, jak i wynagrodzenie przysługujące wykonawcy w okresie wykraczającym poza okres przedłużony. Jest ono konsekwencją wydłużenia prac na kontrakcie. Taka konstrukcja miała i ma motywować wykonawców do takiego zarządzania kontraktem aby do takich sytuacji nie dochodziło. Kontrakt powinien być wykonany przecież w terminie. Dlatego też w umowie tej poza maksymalnym zaangażowaniem inżyniera kontraktu niezwykle ważne jest nastawienie na terminową realizację zamówienia. Wynagrodzenie płatne jest bowiem za osiągnięty rezultat a więc zrealizowanie kontraktu w przyjętym w umowie terminie. W umowie tej chodzi o uzyskanie maksymalnego zaangażowania inżyniera kontraktu. Jako przykład prawidłowości tak postawionej tezy Zamawiający wskazał § 5 ust. 4 i 5 wzoru umowy, z którego wynika, że zakończenie prac przed terminem bądź w terminie skutkuje wypłatą całego wynagrodzenia stałego i zmiennego. Podstawa takiej a nie innej konstrukcji wynagrodzenia jest więc uzależniona od jego wysokości, postępu prac i terminowości ich wykonania. Tak istotna jest więc prawidłowa wycena oferty przez wykonawcę. „Oczywiste jest, iż analizując każdy przygotowany wzór umowy da się stwierdzić, iż do projektowanej umowy można wprowadzić

rozwiązania inne, lepsze, bardziej szczegółowe, korzystniejsze dla którejś ze stron itd., co jednak nie oznacza, że istniejące rozwiązania naruszają przepisy prawa lub są nieakceptowalne ze względu na ich jakość" (np. wyrok Izby z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. akt 1206/17 i KIO 1208/17). Jednak w odniesieniu do wskazanych postanowień Izba nie dopatrzyła się naruszeń przepisów prawa.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut nr 2.3. odwołania dotyczący naruszenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego poprzez brak zrównoważenia chociażby niektórych kar przewidzianych za działania wykonawcy, analogicznymi karami dla Zamawiającego za działania dotyczące określonych naruszeń (§ 13 ust. 1 pkt 15 wzoru umowy), co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego i narusza równowagę kontraktową stron umowy oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w § 13 wzoru umowy na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu będącego przedmiotem tego zamówienia uregulował kwestie dotyczące kar umownych.

W § 13 ust. 1 pkt 15 wzoru umowy Zamawiający zamieścił następujące postanowienie „za wypowiedzenie Umowy na podstawie przesłanek z § 14 Umowy, wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% Wynagrodzenia całkowitego netto".

Mając na uwadze treść powołanego postanowienia wzoru umowy Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zrównoważył w żaden sposób ryzyka ponoszonych przez wykonawcę kar analogicznymi postanowieniami dotyczącymi nieuprawnionych działań lub zaniechań mogących występować po stronie Zamawiającego, np. w sytuacji wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po jego stronie oraz kary umownej związanej z przekroczeniem terminów zatwierdzania przez Zamawiającego raportów, w tym Raportu końcowego, wnosząc o ich wprowadzenie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Umowa o zamówienie publiczne jest szczególnym zobowiązaniem, w którym ograniczeń doznaje kodeksowa zasada swobody umów. Ograniczenia swobody kontraktowej przejawiają się w braku możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ograniczonego wpływu wykonawcy na określenie przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, braku możliwości dowolnej zmiany i odstąpienia od zawartej umowy. Ograniczenia te są bowiem

zorientowane na ochronę interesu publicznego i efektywne wydatkowanie środków

publicznych.

To Zamawiający jest gospodarzem postępowania a tym samym autorem specyfikacji warunków zamówienia i postanowień wzoru umowy, która ma łączyć strony. Z treści obowiązujących przepisów ustawy Pzp jednoznacznie wynika jakie postanowienia umowa powinna zawierać a jakich przewidywać nie może. Doniosłe znaczenie dla treści przyszłego świadczenia ma określenie w treści wzoru umowy możliwości naliczania kar umownych w przypadku zaistnienia określonych sytuacji. Kary umowne w umowie o zamówienie publiczne odgrywają szczególną rolę praktyczną. Ich wprowadzenie ma bowiem na celu dyscyplinowanie wykonawcy w realizacji zamówienia istotnego dla Zamawiającego z punktu widzenia interesu publicznego. To przecież w interesie Zamawiającego jest wykonanie umowy (zrealizowanie przedmiotu zamówienia) a nie odstąpienie od tej umowy. Różny jest z przy tym - jak słusznie podniósł Zamawiający - zakres świadczeń Zamawiającego i wykonawcy oraz różne są ryzyka, którymi obarczone są poszczególne strony umowy.

W literaturze przedmiotu nie wyklucza się możliwości zastrzeżenia kar umownych od Zamawiającego z jednoczesnym wskazaniem na brak należytego współdziałania z wykonawcą. Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia - zgodnie z art. 431 ustawy Pzp - obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w celu należytej realizacji zamówienia. Oznacza to, że strony umowy zostały wprost zobligowane do współpracy. Zawarcie umowy nie jest bowiem - jak wskazano w uzasadnieniu do projektu aktualnie obowiązującej ustawy Pzp - celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z

poszanowaniem interesów stron umowy. Obowiązek współdziałania nie oznacza przy tym obowiązku zastrzegania kar umownych obciążających Zamawiającego. Nie ma takiego obowiązku ustawowego. Wobec czego Zamawiający nie musiał wprowadzać do umowy kar umownych. Konkretne czynności Zamawiającego i wykonawcy, które składają się na zasadę współdziałania, wynikać będą bowiem z treści łączącego ich stosunku zobowiązaniowego, w szczególności z treści umowy oraz z właściwych odrębnych przepisów oraz konkretnego stanu faktycznego. W przypadku braku postanowień dotyczących kar umownych wykonawca zawsze może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych do wysokości faktycznie poniesionej szkody.

Brak jest więc racjonalnego wytłumaczenia, dla którego Zamawiający nie byłby zainteresowany realizacją umowy i dopiero zastrzeżenie kar umownych miałoby to zmieć. Zamawiający będący dysponentem środków publicznych, których nieprawidłowe wydatkowanie skutkuje dyscypliną finansów publicznych, nie jest i faktycznie nie może być zainteresowany niewykonaniem umowy, a równowaga stron umowy nie musi polegać na identycznych zastrzeżeniach w zakresie możliwości naliczania kar umownych.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego kwestii braku akceptacji przez Zamawiającego raportów oraz Raportu końcowego Odwołujący poza żądaniem zastrzeżenia kar umownych obciążających Zamawiającego nie przedstawił żadnych argumentów i dowodów, które miałyby potwierdzać zasadność podniesionego zarzutu i opartego o ten zarzut żądania.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut nr 2.4. odwołania dotyczący zawarcia w postanowieniach umowy (§18 wzoru umowy) nadmiernego wymagania dotyczącego ubezpieczenia odpowiedzialności

cywilnej dedykowanego dla kontraktu, podczas gdy wymaganie takie jest

nieuzasadnione i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i ryzyk związanych z realizacją kontraktu, a interesy Zamawiającego mogą zostać zabezpieczone w inny

sposób (tj. ubezpieczeniem w zakresie prowadzonej przez wykonawcę działalności oraz/lub ubezpieczeniem OC poszczególnych członków personelu wykonawcy) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w § 18 wzoru umowy „Ubezpieczenie” zawarł następujące postanowienia:

1. „Wykonawca zawrze oraz będzie utrzymywał w ważności przez okres realizacji Umowy dedykowaną umowę ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej z tytułu prowadzenia działalności, w tym zawodowej i posiadania oraz użytkowania mienia (wraz z OC za produkt / wykonaną usługę) obejmującą wszelkie szkody/roszczenia, które mogą powstać w czasie i/lub w związku z realizacją Umowy.

2. Umowa ubezpieczenia obejmie ochroną pełny zakres robót/prac/usług wynikający z realizacji niniejszej Umowy. W zakresie działalności zawodowej umowa ubezpieczenia obejmie wszelką działalność związaną z wykonywaniem samodzielnych funkcji w budownictwie, działalność pomocniczą oraz kontrolowanie lub nadzór osób wykonujących działalność zawodową.

3. Umowa ubezpieczenia obejmie ochroną odpowiedzialność cywilną związaną z realizacją Umowy, w tym również odpowiedzialność cywilną nie wynikającą z działalności zawodowej.

4. Okres ubezpieczenia rozpocznie się od dnia przystąpienia do wykonywania czynności wynikających z realizacji Umowy jednak nie później niż od dnia zawarcia Umowy i będzie trwał do zakończenia okresu jej realizacji.

5. Suma gwarancyjna zostanie określona w wysokości 50 000 000,00 PLN (słownie: pięćdziesiąt milionów 00/100) na jedno i wszystkie zdarzenia/wypadki w okresie ubezpieczenia.

6. Zakres ubezpieczenia będzie obejmował szkody: rzeczowe, osobowe oraz czyste straty finansowe wyrządzone osobom trzecim / innym podmiotom oraz następstwa tych szkód wynikłe w czasie i/lub w związku z wykonywaniem Umowy w szczególności: (...)”.

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł m.in., że wymaganie to jest nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinno być wykreślone.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Wprowadzone do wzoru umowy ubezpieczenie jest ubezpieczeniem realizowanego

kontraktu i służy zabezpieczeniu roszczeń powstałych w wyniku szkód spowodowanych przez wykonawcę przy realizacji konkretnie wskazanego, tj. danego kontraktu. Jest to więc odpowiedzialność będąca następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Stanowi bowiem dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji danego zamówienia. Celu tego nie spełni - jak słusznie podniósł Zamawiający - posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Każde ze wskazanych ubezpieczeń służy bowiem innemu celowi, a ponadto ma inny zakres odpowiedzialności, termin obowiązywania itp. Kontrakt będący przedmiotem tego zamówienia - jak wskazał Zamawiający - nakłada na inżyniera kontraktu bardzo szeroki zakres odpowiedzialności a wartość nadzorowanych robót budowlanych szacowana jest na blisko 1 mld złotych. W takim przypadku koszt polisy może być faktycznie wysoki. Koszt ten wykonawca może jednak uwzględnić przy szacowaniu wysokości wynagrodzenia za realizację tego zamówienia. Koszt ten jest bowiem niewspółmierny do szkody jaką mógłby ponieść Zamawiający realizujący ogromne kontrakty o znaczeniu ogólnospołecznym w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy będącej przedmiotem tego postępowania. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut nr 2.5. odwołania dotyczący nieuzasadnionego ograniczenia wysokości waloryzacji kontraktu do 10% wynagrodzenia netto wykonawcy, co powoduje, że nie zapewnia ona realnego utrzymania rentowności kontraktu w czasie bardzo wysokiej i

postępującej inflacji (§ 21 ust. 9 wzoru Umowy) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w § 21 ust. 9 Wzoru Umowy zamieścił postanowienie o treści „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% Wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji - zgodnie z postanowieniami Umowy - nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 22 Umowy.”.

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł m.in., że Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył wysokość waloryzacji kontraktu do 10% wynagrodzenia netto i wniósł o urealnienie maksymalnej wysokości wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji do kwoty 30% wartości kontraktu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ustawy Pzp stanowi, że „umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Przepis ten daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia w jeden ze sposobów określonych w tym przepisie (ust. 1 - 3)”.

W niniejszym stanie faktycznym waloryzacja ma następować w oparciu o wskaźnik, tj. „wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% Wynagrodzenia netto”. I ta wartość - maksymalna wartość (+/- 10%) określona przez Zamawiającego we wzorze umowy stanowi przedmiot sporu. Zamawiający, zawierając we wzorze umowy wskazaną klauzulę waloryzacyjną, dopuścił bowiem możliwość modyfikacji wynagrodzenia w sposób wynikający z tej klauzuli waloryzacyjnej. Klauzula ta co prawda przewiduje waloryzację wynagrodzenia, ogranicza ją jednak wyłącznie do określonej wysokości. Wprowadzenie klauzul waloryzacyjnych w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może być spowodowane zaistnieniem różnych przyczyn, w tym także przyczyn zewnętrznych, które powodują bezwzględną konieczność zmiany wynagrodzenia. Podstawą roszczenia wykonawcy o zmianę wynagrodzenia będzie więc spełnienie przesłanek

zawartych we wzorze umowy. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do wprowadzenia do wzoru umowy obligatoryjnych elementów wskazanych w treści art. 439 ustawy Pzp, wśród których istotne znaczenie ma określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką Zamawiający dopuszcza w wyniku wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych. Powyższe wynika i z tego, że Zamawiający będący podmiotem finansów publicznych działa w oparciu o plany finansowe. Dlatego też tak istotne jest wcześniejsze ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. To bowiem Zamawiający ustala we wzorze umowy zarówno sposób dokonania waloryzacji wynagrodzenia, jak i wartość maksymalnej zmiany wynagrodzenia. W tym stanie faktycznym Zamawiający też tak uczynił. Wartość korekt wynikającą z waloryzacji określił przez wskazanie „nie przekroczy (+/-) 10% Wynagrodzenia netto". Odwołujący, kwestionując tę treść wzoru umowy, oczekuje waloryzacji „do 30% wartości kontraktu", podnosząc że obecnie wskazany pułap waloryzacji odbiega od rzeczywistej stopy inflacji. Jego doświadczenie pozwala na ustalenie takiej wartości waloryzacji, która zagwarantuje rentowność kontraktu. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał, że obecnie realizowana przez niego umowa jest wykonywana przy zwiększonej inflacji, na dowód czego składając „waloryzację wynagrodzenia Umowa na Inżyniera PKP PLK". Informacja ta zawiera jednak szereg ogólnych informacji. Nie jest ona ani podpisana, ani też nie precyzuje kontraktu, którego dotyczy. Nie wynika z niej także jaka maksymalna wartość waloryzacji wynagrodzenia byłaby tą wartością, która faktycznie pozwalałaby na realne oszacowanie wartości zamówienia. To Zamawiający wykazał, składając informację z otwarcia ofert w aktualnie prowadzonym postępowaniu, iż ceny zaoferowane przez wykonawców w tym właśnie postępowaniu znacznie odbiegają od sporządzonego przez niego szacunku. Oznacza to, że wykonawcy konkurując ceną nie zawsze uwzględniają wszystkie ryzyka i okoliczności pozwalające na pokrycie wszystkich kosztów zamówienia.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.

U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....