Sygn. akt: KIO 138/23

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie:

Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 roku przez Odwołującego Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie

przy udziale:

A. wykonawcy Europrojekt Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 138/23 po stronie Odwołującego;

B. wykonawcy IMIA spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 138/23 po stronie Odwołującego;

C. wykonawcy Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 138/23 po stronie Odwołującego;

D. wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 138/23 po stronie Odwołującego;

E. wykonawcy Value Engineering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 138/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 1, 2, 4, 5, 7, 12 oraz 9 pkt 1 z uwagi na wycofanie zarzutów przez Odwołującego.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów 6, 8, 10, 11 oraz 9 pkt 2 z uwagi na uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego.

3. Oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną Odwołującego Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: …….

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej STEŚ-R wraz z uzyskaniem decyzji DŚU dla zadania pn.: „Budowa obwodnicy Tarnowa (nowy przebieg w ciągu DK nr 73), proces przygotowawczy", numer referencyjny: O/KR.D-3.2411.17.2022 („Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 roku pod numerem 2023/S 5890-2023.

W dniu 16 stycznia 2023 roku Odwołujący działając na podstawie na postawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tj.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm. – dalej „ustawa" lub „PZP"), w zw. z art. 505 ust. 2 ustawy oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy wniósł odwołanie („Odwołanie") wobec treści dokumentów zamówienia w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") w przedmiotowym postepowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy przez nieodrzucenie ofert wymienionych wyżej wykonawców, mimo że ich oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny. Zamawiający przywołany wyżej przepis ustawy naruszył w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia przejawiający się w zobowiązaniu wykonawcy w Tomie III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia Dokument 0 Wymagania ogólne („Tom III WO") rozdział 2 pkt 2.3. ppkt 2 i 5 do bieżącego uwzględniania w opracowaniach projektowych zmiany w przepisach prawa i wiedzy technicznej i do sporządzenia dokumentacji projektowej zgodnie z przepisami zasadami wiedzy technicznej obowiązującymi na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu, co uniemożliwia ustalenie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości zarówno zakresu świadczenia wykonawcy, jak i sposobu

jego spełnienia, co w konsekwencji doprowadzi do nie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący nieekwiwalentnością świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiający się w zastrzeżeniu w § 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 14) Tomu II SWZ „Projektowane postanowienia umowy" („PPU") oraz w pkt rozdziale 2.3 ppkt 2 i 5 Tomu III WO wymogu wykonania świadczenia (w tym opracowań projektowych) w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami (czyli przypisami obowiązującymi w trakcie realizacji umowy) przy jednoczesnym sformułowaniu w § 2 ust. 6 PPU obowiązku ujęcia przez wykonawcę w cenach jednostkowych i ryczałtowych wszelkich kosztów i ryzyk, wynikających z wymagań określonych w obowiązującym na dzień składania ofert prawie;

3. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący nieekwiwalentnością świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiający się w zastrzeżeniu rozdziale 3 pkt 3.3.2. ppkt 1 i 2 Tomu III WO, że w związku z obowiązkiem uzyskania odpowiednich zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania (w tym badania geologiczno-inżynierskie i hydrologiczne) jest jednocześnie obowiązany do poniesienia kosztów zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania, które to koszty mają zostać uwzględnione w cenie ofertowej (rozdział 3 pkt 3.3.2. ppkt 2 Tomu III WO), mimo że na etapie Postępowania wykonawca nie ma możliwości oszacowania kosztów związanych z pozyskaniem zgód, gdyż ich wysokość nie jest regulowana jakimikolwiek normami prawnymi, a kształtowana w sposób dowolny przez odpowiednio właścicieli albo zarządców nieruchomości,

4. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez ukształtowanie w § 2 ust. 5 PPU zasad dokonywania płatności częściowych w sposób nieprecyzyjny i zakładający pełną uznaniowość decyzji Zamawiającego w zakresie sposobu rozpatrzenia wniosku wykonawcy o dokonanie zapłaty za częściowo wykonane opracowania stanowiące przedmiot umowy,

5. art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez nieprecyzyjny opis zakresu świadczenia, do którego realizacji wykonawca zobowiązany jest w ramach Etapu I, objętego zapłatą przewidzianą w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji

projektowej, co powoduje niemożność ustalenia w sposób niewątpliwy, jakie opracowania wykonawca będzie zobligowany wykonać w ramach realizacji Etapu I przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu,

6. art. 89 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. 627 KC w z art. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez uzależnienie w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej poz. 1,1-1.4., zapłaty 20% wynagrodzenia za wykonanie opracowania od zdarzenia przyszłego i niepewnego, pozostającego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest uzyskanie klauzuli ostateczności dla decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, podczas gdy zastrzeżenie takie pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku prawnego umowy o dzieło, która zakłada wzajemność świadczeń stron, a zapłata wynagrodzenia

należnego wykonawcy (jako świadczenia wzajemnego zamawiającego) jest zależna jedynie od wykonania dzieła, które ma zawsze samoistny byt oraz jest obiektywnie osiągalne i pewne do realizacji,

7. art. 99 ust. 1 PZP poprzez nieprecyzyjny wewnętrznie sprzeczny opis z przedmiotu zamówienia, przejawiający się w nałożeniu na wykonawcę, w Tomie III WO pkt 1.1. lit. B, obowiązku udzielania odpowiedzi na zapytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych, bez jakiegokolwiek ograniczenia tego obowiązku w zakresie rzeczowym, co uniemożliwia ustalenie choćby przybliżonego zakresu świadczenia wykonawcy,

8. art. 431 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez brak współdziałania przy realizacji zamówienia przejawiający się w zastrzeżeniu w § 9 ust. 3a PPU, że w toku całego okresu realizacji umowy wykonawca jedynie raz będzie mógł zastąpić członka swojego personelu, wskazanego w ofercie w formularzu „Kryteria oceny ofert" inną osobną, podczas gdy zastrzeżenie takie, przy sformułowaniu zapisów obligujących do zapewnienia tożsamego zakresu wiedzy i doświadczenia zamiennika, jest nieproporcjonalne, nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego a nadto, z uwagi na nieprzewidywalność zdarzeń losowych, szczególnie w sytuacji wciąż trwającego stanu zagrożenia epidemicznego, może doprowadzić do niemożności wykonania zamówienia;

9. art. 433 pkt 3 PZP poprzez wprowadzenie do PPU:

(1) przesłanki odstąpienia od umowy (określonej w postanowieniach § 15 ust. 1 lit. i) PPU) w zw. z § 13 ust. 6 PPU) z związku z niewykonaniem zobowiązania wykonawcy do przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy o okres wynikający z planowanego lub ustalonego przedłużenia terminu realizacji umowy również w sytuacjach przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy wynikających z przyczyn całkowicie zależnych od

Zamawiającego,

oraz

(2) umownego obowiązku poniesienia przez wykonawcę kosztów przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 13 ust. 5 PPU) -również w sytuacjach, gdy do przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy dojdzie z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego,

- co w istocie powoduje przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, stanowiąc tym samym klauzulę abuzywną zakazaną na podstawie art. 433 pkt 3 PZP;

10. art. 436 pkt 4 PZP w zw. z art. 119 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez sformułowanie w postanowieniach § 2b ust. 2 PPU wymagania, aby wykonawca w terminie do 45 dni od podpisania umowy przedstawił szczegółową kalkulację ceny jednostkowej etapów i opracowań projektowych (elementów) pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia w oparciu o postanowienia § 2b ust. 1 pkt 2), 3) i 4) umowy, podczas gdy ustawodawca na gruncie art. 436 pkt 4 PZP nie formułuje obowiązku przedkładania tego rodzaju kalkulacji już po zawarciu umowy ani nie przewiduje utraty roszczenia waloryzacyjnego przez wykonawcę w związku z niewykonaniem tego obowiązku w takim terminie;

11. art. 439 PZP ust. 1 PZP przez zastrzeżenie w § 2a ust. 2 PPU, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej nastąpi nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 439 PZP zastrzegł możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

12. art. 439 PZP ust. 1 PZP przez zastrzeżenie w § 2a ust. 10 PPU, że waloryzacja wynagrodzenia należnego z tytułu świadczenia usług w przedłużonym okresie realizacji przedmiotu umowy obejmować będzie każde pełne 12 miesięcy wydłużonego okresu realizacji umowy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 439 PZP zastrzegł możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy już po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

13. art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób fikcyjny, uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie ukształtowania w § 2a ust. 5 PPU wzoru Współczynnika waloryzacyjnego (Pn) w sposób, który uniemożliwi osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy

wynagrodzenia, z uwagi na wyłączenie aż 40% wynagrodzenia z zakresu waloryzacji, przy jednoczesnym przyjęciu skrajnie niskiego, bo zaledwie 10% maksymalnego limitu waloryzacji;

14. art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 2a ust. 9 PPU skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i

2 PZP i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie Odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w sposób niżej wskazany:

a) w zakresie zarzutów I - II – modyfikację Tomu III WO rozdział 2.3. ppkt 2 i nadanie mu treści:

„Gdziekolwiek w Dokumentach Procesu Przygotowania Inwestycji powołane są przepisy prawa, normy, zarządzenia, wytyczne i katalogi, które spełniać mają opracowania projektowe, mowa o przepisach, normach, zarządzeniach i katalogach w ich brzmieniu według stanu obowiązującego na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu. W przypadku zmiany odpowiednio przepisów prawa lub norm lub zarządzeń lub katalogów, Zamawiający i Wykonawca będą mogli dokonać pisemnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie jakim będzie to konieczne treścią zmienionych przepisów prawa lub uzasadnione dla zapewnienia lepszej użyteczności opracowań, stanowiących przedmiot umowy w świetle zmienionych norm lub zarządzeń lub katalogów, przy jednoczesnej zmianie wynagrodzenia proporcjonalnej do wpływu wprowadzonych zmian na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę, a także możliwości przedłużenia terminu wykonania zamówienia jeśli przedłużenie takie będzie konieczne z uwagi na zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.. Obiekty budowlane i urządzenia należy potraktować tak, aby zapewnić optymalną ekonomiczność budowy i eksploatacji.” lub też w inny sposób wskazany w orzeczeniu uwzględniający obiektywny wzrost wynagrodzenia należy w związku ze wzrostem pracochłonności koniecznym do uwzględnienia w realizacji przedmiotu umowy

zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów wraz z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do wprowadzenia do PPU przesłanek zmiany umowy: (1) obejmującej zmianę sposobu realizacji przedmiotu umowy w związku z wprowadzeniem zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów oraz (2) obejmującej obiektywny wzrost wynagrodzenia należy w związku ze wzrostem pracochłonności koniecznym do uwzględnienia w realizacji przedmiotu umowy zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów.

b) w zakresie zarzutów I - II – modyfikację Tomu III WO rozdział 2.3. ppkt 5 i nadanie mu treści:

„Przedstawione rozwiązania projektowe mają być zgodne z przepisami i warunkami technicznymi obowiązującymi według stanu na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu.”

c) w zakresie zarzutu III:

(1) modyfikację PPU poprzez wprowadzenie postanowień jednoznacznie wskazujących, iż: (i) koszty opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy ponosi Zamawiający oraz (ii) wykonawca niezwłocznie po ustaleniu wysokości opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy obowiązany jest do poinformowania o ich wysokości Zamawiającego celem podjęcia przez

Zamawiającego decyzji o ich uiszczeniu lub nakazaniu wykonawcy prowadzenia dalszych negocjacji;

ewentualnie: ustalenie w PPU maksymalnej kwoty opłaty wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy, którą ponosi wykonawca przy jednoczesnym dodaniu do PPU postanowień jednoznacznie wskazujących, iż: (i) koszty opłat ponad tą kwotę wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy ponosi Zamawiający oraz (ii) wykonawca niezwłocznie po ustaleniu wysokości opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości, na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy obowiązany jest do poinformowania o ich wysokości Zamawiającego celem podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich uiszczeniu lub

nakazaniu wykonawcy prowadzenia dalszych negocjacji

(2) wykreślnie w Tomie III WO w rozdziale 3 pkt 3.3.2 ppkt 1 i 2 w zakresie w jakim wskazuje on, że koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegaj odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cen Ofertową, ewentualnie, doprecyzowanie w Tomie III WO w rozdziale 3 pkt 3.3.2 ppkt 1 i 2 w zakresie w jakim wskazuje on, że koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegają odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cen Ofertową do kwoty określonej w SWZ,

d) w zakresie zarzutu nr IV – modyfikację § 2 ust. 6 PPU i nadanie mu następującej treści:

„Każdorazowo na wniosek Wykonawcy Zamawiający dokona zapłaty za częściowo wykonane opracowania stanowiące przedmiot Etapu I Umowy na podstawie protokołu z zaawansowania prac projektowych (płatności częściowe) sporządzonego w oparciu o rzeczowe zaawansowanie prac projektowych wykazane w raporcie okresowym

(miesięcznym) z postępu prac, o ile Wykonawca wraz z wnioskiem o płatność częściową przedłoży dokumentację, której dotyczy płatność częściowa oraz płatność jest możliwa do zrealizowania z uwagi na plan finansowy Zamawiającego."

e) w zakresie zarzutu nr V – poprzez modyfikację Tomu IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I i jednoznaczne wskazanie jakie opracowania projektowe podlegają wykonaniu w ramach Etapu I – Wykonanie dokumentacji projektowej,

f) w zakresie zarzutu nr VI – poprzez modyfikację Tomu IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I kolumny I (sposób płatności) dla poz. 1.1. -1.4. i nadanie jej następującej treści „100% po odbiorze opracowania"

a także dodanie nowej pozycji (nowego wiersza), w którym wykonawca wyceni koszt reprezentacji Zamawiającego w postępowaniach administracyjnych związanych z wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wskazując ryczałtową stawkę za jedno zastępstwo przed organami obu instancji,

g) w zakresie zarzutu nr VII – poprzez modyfikację Tomu III WO pkt 1.1. lit. B i nadanie mu następującej treści:

„Udzielanie na etapie procedury przetargowej na realizację inwestycji odpowiedzi na pytania Oferentów dotyczące treści dokumentacji projektowej opracowanej przez Wykonawcę."

h) w zakresie zarzutu nr VIII – poprzez modyfikację § 9 ust. 3a PPU i wykreślenie treści:

„Dopuszcza się wyłącznie jednokrotną zmianę na mocy niniejszego ustępu w całym okresie trwania Umowy, niezależnie od tego czy zmiana będzie dotyczyła jednej lub kilku osób."

i) w zakresie zarzutu nr IX – modyfikację

(1) § 13 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, Zamawiający zwróci wykonawcy koszty przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, oraz

(2) § 15 ust. 1 lit. i) PPU poprzez wskazanie, iż prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn wskazanych w § 13 ust. 6 nie dotyczy przypadków przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie

Zamawiającego;

j) w zakresie zarzutu nr X – poprzez modyfikację § 2b ust. 2 PPU i nadanie mu następującej treści:

„Wykonawca wraz z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia przedstawi szczegółową kalkulację ceny jednostkowej etapów i opracowań projektowych (elementów) z uwzględnieniem czynników określonych w ust. 1, w szczególności:

1) pisemne zestawienie wynagrodzeń Pracowników świadczących Usługi zatrudnionych przez Wykonawcę zwanych dalej pracownikami świadczącymi Usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi w całym okresie realizacji przedmiotu Umowy oraz

2) pisemne zestawienie wynagrodzeń Pracowników świadczących Usługi, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych/Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi w całym okresie realizacji przedmiotu Umowy. "

k) w zakresie zarzutu nr XI – poprzez modyfikację § 2a ust. 2 PPU i nadanie mu następującej treści:

„Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie waloryzowane nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy obowiązywania Umowy. Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu, począwszy od siódmego miesiąca obowiązywania Umowy."

l) w zakresie zarzutu nr XII – poprzez modyfikację § 2a ust. 10 PPU i nadanie mu następującej treści:

„Limit określony w ust. 9 odnosi się do terminu realizacji wskazanego w § 3 ust 1 Umowy. W przypadku wydłużenia czasu realizacji umowy ponad termin określony w § 3 ust 1 Umowy za każde pełne 6 miesięcy wydłużonego okresu realizacji Umowy limit łącznej wartości korekt ulegnie zwiększeniu o j'eden punkt procentowy, tj. (+/-) 1 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy

m) w zakresie zarzutu nr XIII – poprzez modyfikację § 2a ust. 5 PPU i nadanie mu następującej treści:

„Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru

Pn = 0,2 + 0,8*Ww/100%

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2) ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wyliczony w odniesieniu do dnia składania Ofert."

n) w zakresie zarzutu nr XIV – poprzez modyfikację § 2a ust. 9 PPU i nadanie mu następującej treści

„Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy."

3) przeprowadzenie dowodów z dokumentów, złożonych na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podał, że korzystającym ze środka ochrony prawnej nie jest w niniejszej sprawie wykonawca potencjalnie zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, a organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy. Odwołujący – jako podmiot zrzeszający przedsiębiorców świadczących usługi projektowe oraz w zakresie inżynierii kontraktu szczególną uwagę przykłada do kwestii kształtowania dokumentów zamówienia w sposób jasny i niebudzący wątpliwości co do zakresu zobowiązania wykonawcy, jak i sposobu jego spełnienia. Tylko bowiem precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia i wymagań dotyczących jego realizacji pozwala na prawidłowe, realne określenie prze wykonawców ceny za jego wykonanie oraz złożenie porównywalnych ofert. Tymczasem SWZ dla Postępowania opisuje przedmiot zamówienia oraz uwarunkowania realizacyjne związane z jego wykonaniem w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający ustalenie wolumenu świadczenia wykonawcy oraz wszystkich

uwarunkowań na etapie wykonawstwa, co winno podlegać konwalidacji w trybie środka ochrony prawnej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Stan faktyczny – zwięzłe przedstawienie:

W dniu 4 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej SWZ dla Postępowania. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest opracowanie dokumentacji projektowej STEŚ-R oraz uzyskanie decyzji DŚU dla zadania pn. „Budowa obwodnicy Tarnowa (nowy przebieg w ciągu DK nr 73), proces przygotowawczy" a także udzielanie odpowiedzi na pytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych w ramach realizacji ww. inwestycji.

Dowód – Tom I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców (w aktach Postępowania)

Przedmiot zamówienia udzielanego w toku Postępowania, warunki jego realizacji, wymagania dotyczące rozbicia ceny ofertowej oraz zasady dokonywania rozliczeń z wybranym wykonawcą Zamawiający uregulował w SWZ, składającej się z czterech tomów. Analiza ww. dokumentów zamówienia prowadzi do konkluzji, w ocenie Odwołującego, że ww. dokumenty zawierają postanowienia niejasne, niespójne, wewnętrznie sprzeczne, a nawet rażąco naruszające PZP, co uzasadnia ich zakwestionowanie w trybie środka ochrony prawnej.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW I, II I V

Zarzuty I, II i V co do zasady dotyczą tej samej okoliczności faktycznej – tj. niejasności, nieprecyzyjności, a nawet wewnętrznej sprzeczności treści SWZ, która w przypadku zarzutów II i III skutkuje ponadto brakiem ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia objęta zarzutami I i II przejawia się w nałożeniu na wykonawców (w postanowieniach rozdziału 2 pkt 2.3. ppkt 2 i 5 Tomu III WO), obowiązku bieżącego uwzględniania w opracowaniach projektowych zmiany w przepisach prawa i wiedzy technicznej i do sporządzenia dokumentacji projektowej zgodnie z przepisami zasadami wiedzy technicznej obowiązującymi na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu. Wymaganie to w istocie powoduje ten skutek, że wykonawca przyjmuje zobowiązanie do wykonania świadczenia, którego zakres i sposób realizacji nie jest skonkretyzowany – jest bowiem uzależniony od zdarzeń przyszłych i niepewnych, takich jak zmiana przepisów prawa. Sama zaś wycena tego świadczenia, jak wynika z § 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 14) PPU, ma nastąpić przy uwzględnieniu wymagań sformułowanych w przepisach prawa, obowiązujących według stanu istniejącego na dzień składania ofert. Wyżej przywołane postanowienia SWZ powodują z jednej strony niemożność ustalenia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości zakresu świadczenia wykonawcy i sposobu jego realizacji, z drugiej zaś –

nakazują przyjęcie nieadekwatnych uwarunkowań realizacyjnych na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej (powołuje: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 99 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku: z dnia 6 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18, oraz wyroku z dnia 13 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2416/19; wyrok z dnia 25 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2479/15; 4 wyrok z dnia 1 lutego 2022r., sygn. akt: KIO 66/22).

Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 99 ust. 1 PZP wymagając, by opracowania projektowe jakie ma sporządzić wykonawca, były wykonywane nie z uwzględnieniem stanu prawnego istniejącego w dniu, w którym upływa termin składania ofert, a wedle przyszłego, aktualnie nieznanego i niemożliwego do przewidzenia brzmienia przepisów. Dodatkowo wymagania Zamawiającego zakwestionowane w ramach zarzutów nr I i II naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zaburzają ekwiwalentność świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego - z treści PPU i Tomu III WO wynika bowiem, że wykonawca ma wycenić świadczenie zgodnie z uwarunkowaniami istniejącymi wedle stanu na dzień (w szczególności w kontekście treści przepisów prawa) ale wykonać je stosownie do treści przepisów prawa i zasad wiedzy technicznej, jakie będą istnieć wedle stanu na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu. Wykonawca nie ma i nie może mieć przy tym pewnej wiedzy co do tego, jaka w przyszłości będzie treść przepisów prawa, co powoduje niemożność właściwej kalkulacji ceny ofertowej. Charakter niejasny i nieprecyzyjny mają również postanowienia Tomu IV SWZ zakwestionowane w ramach zarzutu V. Zamawiający jedynie ogólnie bowiem wskazuje jaki cel, winien zostać osiągnięty w ramach wykonania Etapu I, nie precyzując jakie opracowania winny zostać przez wykonawcę wykonane. Takie działanie Zamawiającego, abstrahując od niemożności wyceny nieskonkretyzowanego zakresu świadczenia, skutkuje możliwością przyjęcia przez wykonawców rozbieżnych założeń co wolumenu przedmiotu zamówienia – w tym objętego Etapem I - prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert.

Odwołujący podał, że podniesione zarzuty są zatem trafne a ich uwzględnienie konieczne dla osiągnięcia celu Postępowania, jakim winno być udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób zgodny z przepisami PZP.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR III

Zamawiający w lit. B Tomu III WO, rozdziale 3 pkt 3.3.2. ppkt 1 i 2 Tomu III WO zobowiązał wykonawcę do uzyskania odpowiednich zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania oraz uwzględnienia w cenie ofertowej wydania stosownych zgód przez właścicieli lub zarządców nieruchomości (tak rozdział 3 pkt 3.3.2. ppkt 2 Tomu III WO). Postanowienia SWZ w tym względzie nie pozostawiają żadnych wątpliwości, gdyż przywołany pkt Tomu III WO stanowi

jednoznacznie: „Koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegaj odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cen Ofertową".

Koszt wydania zgody przez właściciela lub zarządcę nieruchomości na wykonanie badań czy pomiarów na nieruchomości nie podlega jakikolwiek regulacji ustawowej. Oznacza to, że właściciel lub zarządca nieruchomości ma pełną swobodę co do określenia kwoty, której zapłaty będzie oczekiwać za umożliwienie przeprowadzenia badań lub pomiarów na nieruchomości. Ani Odwołujący ani żaden wykonawca nie są w stanie przewidzieć jakie to będą kwoty, a ich wysokość jest częstokroć zależna od arbitralnych decyzji właściciela lub posiadacza nieruchomości. Niezrozumiałe jest w tym kontekście oczekiwanie Zamawiającego, aby wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej koszty uzyskania takich zgód.

Praktyka rynkowa wskazuje przy tym, że oczekiwania finansowe właścicieli i zarządców nieruchomości są bardzo często niezwykle zróżnicowane, co uniemożliwia przyjęcie choćby uśrednionej wartości jednej zgody. Co więcej nie jest też obiektywnie możliwe przeprowadzenie stosownego rozeznania wśród właścicieli i posiadaczy nieruchomości przed złożeniem oferty, gdyż dla osób tych wykonawca składający ofertę jest osobą trzecią, której nie muszą udzielać takich informacji, ani tym bardziej zaciągać zobowiązania co do wysokości takiego kosztu. Co więcej na tym etapie (tj. przed zawarciem umowy na wykonanie prac projektowych) potencjalni wykonawcy nie mogą się legitymować jakimkolwiek umocowaniem uzyskanym od Zamawiającego jako zarządcy drogi publicznej oraz przyszłego inwestora inwestycji drogowej. Pełnomocnictwo takie uzyskują dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienie publicznego.

Wejście na cudzą nieruchomość celem wykonania prac pomiarowych i badań stanowi naruszenie cudzego prawa własności oraz stanu posiadania. Zgoda na wejście na teren cudzy jest warunkiem legalności działań wykonawcy, gdyż zgodnie z art. 342 KC nie wolno naruszać samowolnie posiadania, chociażby posiadacz był w złej wierze. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 maja 1985 r. (s13ygn. akt I CR 152/85) Ustanowiony w .art. 342 k.c. zakaz naruszania posiadania ma charakter bezwzględny, chroni każde posiadanie i odnosi się także do osoby uprawnionej, a więc nawet właścicielowi nie wolno naruszać posiadania wykonywanego bezprawnie przez inną osobę względem jego rzeczy. (opubl. w: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 1986 r. nr 7-8, poz. 119).

Odwołujący podał również, że jako niezwykle ważne, że wejście wykonawcy na cudzy grunt celem wykonania prac pomiarowych i badań nie następuje na własną rzecz, lecz na rzecz Zamawiającego, który ma stać się w przyszłości inwestorem budowy drogi publicznej. Z tego też powodu koszt zgód właścicieli lub posiadaczy nieruchomości powinien ponieść Zamawiający, a nie wykonawca. Wykonawca, jako osoba działająca na rzecz

Zamawiającego, powinien być obowiązany do niezwłocznego informowania Zamawiającego o oczekiwaniach finansowych właściciela nieruchomości, ale koszt zgody winien być uiszczany przez Zamawiającego. Na etapie Postępowania wykonawca nie ma żadnej możliwości oszacowania tego kosztu. Koszt ten może być zależny od szeregu czynników o charakterze zobiektywizowanym (poczynione zasiewy, czas ingerencji, część składowa nieruchomości podlegające uszkodzeniu w następstwie badań), ale także całkowicie subiektywnym i nieprzewidywalnym dla wykonawcy (np. irracjonalne oczekiwanie nadzwyczajnych zysków, próba zniechęcenia do przeprowadzenia badań w obawie przed przyszłym wywłaszczeniem, niechęć do osoby inwestora).

Nieprecyzyjny i niedający się oszacować obowiązek uwzględnienia w cenie ofertowej wydania ww. zgód, winien zostać zastąpiony zobowiązaniem wykonawcy do pozyskania stosownych zgód na koszt Zamawiającego (co w konsekwencji oznaczałoby brak obowiązku ujęcia kosztu pozyskania ww. zgód w kalkulacji ceny ofertowej), względnie SWZ powinna

przewidywać mechanizm kontraktowy nakazujący uwzględnienie kosztu do pewnej maksymalnej wysokości określonej umownie, przy jednoczesnym obowiązku poniesienia tego kosztu przez Zamawiającego w przypadku, gdyby koszt ten okazał się wyższy. UZASADNIENIE ZARZUTU NR IV

Klauzula § 2 ust. 5 PPU pozostawia Zamawiającemu pełną dowolność co do sposobu rozpatrzenia wniosku wykonawcy o dokonanie zapłaty za częściowo wykonane opracowanie, stanowiące przedmiot Etapu I. W postanowieniach SWZ nie wskazano żadnych informacji pozwalających chociażby na częściowe doprecyzowanie tej kwestii, a tym samym skalkulowanie przez wykonawcę ceny swojej oferty składanej w Postępowaniu (powołał: A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 16 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 sierpnia .2017 r., sygn. akt: VIII SA/Wa 13/17). Brak określenia jakichkolwiek kryteriów, jakimi kierować się będzie Zamawiający oceniając zasadność wniosku wykonawcy o dokonanie płatności częściowej skutkować będzie arbitralnością decyzji Zamawiającego, co nie daje się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców, która stanowi przecież jedną z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych. Podał Odwołujący, że wnioskowana zmiana treści § 2 ust. 5 PPU jest zatem konieczna i uzasadniona.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR VI

Umowa w sprawie zamówienia publicznego, jak zostanie zawarta w następstwie Postępowania w zasadniczej części przedmiotu zamówienia ma charakter umowy o dzieło. Przedmiotem tym jest wykonanie określonych opracowań projektowych lub badań. Rezultat tych świadczeń ma zawsze samoistny byt oraz jest obiektywnie osiągalny i pewny. Jedynie w zakresie w jakim wykonawca zobowiązuje się uzyskać decyzję środowiskową przedmiot

zamówienia opisuje świadczenie mające charakter zobowiązania starannego działania. W tym zakresie (z natury stosunku prawnego) wynika, iż rezultat (w postaci uzyskania danego orzeczenia) leży poza zakresem zobowiązania dłużnika. W świetle art. 629 KC umowa o dzieło ma charakter umowy wzajemnej, a jednym z elementów konstruujących ten typ umowy nazwanej jest zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy dzieła.

Zamawiający w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej, uzależnił dokonanie zapłaty 20% wynagrodzenia za wykonanie opracowania od zdarzenia przyszłego i niepewnego, pozostającego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest uzyskanie klauzuli ostateczności decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Uzależnienie zapłaty wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego uznawane jest w orzecznictwie za sprzeczne z istotą stosunku prawnego, mającego cechy umowy rezultatu (takich np. jak umowa o roboty budowlane czy umowa o dzieło).

Powołał Odwołujący wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021r., sygn. akt: II CSKP 7/21 wskazując, że wyrażony w tym wyroku pogląd stanowi kontynuację stanowiska, zgodnie z którym jeżeli sposób określenia w umowie terminu nie odpowiada wymaganiom art. 116 § 1 k.c., ponieważ nie ma w sobie elementu pewności, zachodzą przesłanki do stwierdzenia nieważności tego postanowienia i włączenia w jego miejsce reguł ustawowych przewidzianych w art. 455 KC, tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2016r., sygn. akt II CSK 458/15 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 października 2015r., sygn. akt: I ACa867/15.

Dokonane przez Zamawiającego uzależnienie zapłaty całości wynagrodzenia za opracowania wykonywane w ramach Etapu I od uzyskania klauzuli ostateczności decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, w ocenie Odwołującego, jest zatem sprzeczne z naturą stosunku prawnego, kreowanego umową i dzieło jako umową o charakterze wzajemnym i odpłatnym i jako takie nie może się ostać.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR VII

W Tomie III WO lit. B Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek „udzielania odpowiedzi na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej na realizację inwestycji.” Odwołujący podał, że trudno odmówić Zamawiającemu prawa do wymagania, aby wykonawca dokumentacji projektowej udzielał wsparcia w przygotowaniu odpowiedzi na wnioski potencjalnych wykonawców robót budowlanych o wyjaśnienie treści warunków zamówienia na roboty budowlane, to jednakże wymaganie to, artykułowane w SWZ dla Postępowania, winno przybrać formułę jasnej i jednoznacznej klauzuli, określającej zakres rzeczowy tego obowiązku wykonawcy. Odwołujący antycypuje, że intencja Zamawiającego było ograniczenie ww. obowiązku o pomocy przy opracowywaniu treści odpowiedzi na zapytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych (w toku postępowania zmierzającego

do wyłonienia wykonawcy robót) dotyczące dokumentacji projektowej opracowanej przez wykonawcę wybranego w Postępowaniu. W świetle art. 99 ust. 1 PZP przewidywania i domysły Odwołującego nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku jasnego i jednoznacznego określenia zakresu rzeczowego świadczenia wykonawcy wyłonionego w Postępowaniu.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR VIII

W ramach zarzutu VIII Odwołujący kwestionuje postanowienie § 9 ust. 3a PPU, które przewiduje możliwość jedynie jednokrotnego zastąpienia członka personelu wykonawcy wskazanego w ofercie w formularzu „Kryteria oceny ofert” inną osobną. Zastrzeżenie takie, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia i nie jest proporcjonalne, w stosunku do celu, jaki wydaje się chcieć osiągnąć Zamawiający, a jakim jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Godzi się zauważyć, że Zamawiający zastrzegł dopuszczalność zastąpienia osoby pierwotnie wskazanej w formularzu „Kryteria oceny ofert” tylko taką osobą, która spełniłaby kryteria oceny ofert w takim samym stopniu, co osoba zastępowana. Nadto Zamawiający zastrzegł karę umowną na wypadek dokonania takiej

zamiany. W tym kontekście limitowanie ilości zmian osób w ramach personelu wykonawcy jawi się jako działanie nieproporcjonalne, i nieprzystające do rzeczywistości, w której wystąpić mogą całkowicie nieplanowane przez wykonawców zdarzenia uniemożliwiające członkowi personelu wykonawcy realizację powierzonych mu czynności (np. śmierć, ciężka, przewlekła choroba, izolacje z powodu chorób zakaźnych). Ustanowienie limitu zmian członków personelu nie jawi przy tym jako absolutnie konieczne dla zapewnienia wykonania zamówienia w sposób należyty, a zatem nie może zostać uznane za wymaganie proporcjonalne. Odwołujący podał, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej akcentuje się, że ocena czy podjęte środki są zgodne z traktatami, wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 września 1999 r. (C- 414/97) Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Orzeczenie zapadło w ramach analizy warunku udziału w postępowaniu, to konkluzje w nim wyrażone należy odpowiednio odnieść do oceny proporcjonalności wymagań formułowanych przez zamawiających na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. W realiach niniejszej sprawy nie sposób uznać, by dopuszczenie zaledwie jednokrotnej zmiany w ramach personelu dedykowanego do realizacji zamówienia, wskazanego w formularzu „Kryteria oceny ofert”

było konieczne dla zapewnienia realizacji zamówienia przez osoby faktycznie zdolne do jego wykonania, w sytuacji zastrzeżenia konieczności legitymowania się przez osobę zastępującą analogicznym spełnieniem kryterium oceny ofert, co osoba zastępowana.

UZASADNIENIE ZARZUTU NR IX

Ustawodawca w art. 433 pkt 3 PZP zdefiniował jako klauzule abuzywne postanowienia umowne przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Charakter taki ma, w ocenie Odwołującego, klauzula § 13 ust. 2 PPU, która zobowiązuje wykonawcę do odpowiedniego przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy o okres wynikający z planowanego lub ustalonego przedłużenia terminu realizacji umowy i poniesienia kosztów z tym związanych, pod rygorem dokonania przez Zamawiającego zmiany formy zabezpieczenia na zabezpieczenie w pieniądzu poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia. Lege non distinguente zakres zastosowania ww. postanowienia umownego obejmuje zatem wszystkie sytuacje, w których dojdzie do przedłużenia terminu wykonywania umowy zawartej w Postępowaniu, niezależnie od tego z jakich przyczyn owo przedłużenie nastąpi. Oznacza to, że w świetle postanowień § 13 ust. 2 PPU na wykonawcy ciążyć będzie obowiązek przedłużenia terminu obowiązywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy również w sytuacji, gdy konieczność takiego działania będzie następstwem przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy z przyczyn wyłącznie zależnych od Zamawiającego. Żądanie przez Zamawiającego przedłużenia na koszt wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacji przedłużenia terminu realizacji umowy z przyczyn wyłącznie zależnych od Zamawiającego w istocie, w ocenie Odwołującego, przenosi na wykonawcę odpowiedzialność (w aspekcie finansowym) za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Stanowi zatem klauzulę abuzywną, która winna podlegać eliminacji z treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący podał, że z tym samych względów modyfikacji powinien ulec § 15 ust. 1 lit. i) PPU poprzez wskazanie, iż prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn wskazanych w § 13 ust. 6 nie dotyczy przypadków przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W aktualnej postaci PPU Zamawiający jest władny odstąpić od umowy nawet w takim przypadku, gdy wykonawca nie przedłuża okresu ważności zabezpieczenia należytego wykonywania umowy, przy czym odpowiedzialnym za niedotrzymanie dotychczasowego terminu wykonania przedmiotu umowy jest Zamawiający. Tego rodzaju postanowienie umowne narusza zakaz wynikający z art. 433 pkt 3 PZP w ocenie Odwołującego, gdyż jest to postanowienie przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Odpowiedzialność ta ma w tym wymiarze charakter najdalej idący dla trwałości stosunku obligacyjnego (realizacja uprawnienia prawokształtującego do odstąpienia od umowy) oraz

następstw dla wykonawcy (przesłanka wykluczenia z postępowania – art. 109 ust. 1 pkt 7

PZP).

UZASADNIENIE ZARZUTU NR X

Ustawodawca w art. 436 pkt 4 lit. b PZP nałożył na zmawiających obowiązek określenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ustawodawca nie uprawnił jednakże zamawiających do wymagania od wykonawców dopełnienia szczególnych czynności pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia w związku ze zmianą przepisów prawa dokonywanych bezpośrednio po zawarciu umowy, a zarazem bez jakiegokolwiek związku z wnioskiem o dokonanie zmiany wynagrodzenia. Tymczasem Zamawiający w § § 2b ust. 2 PPU nakłada na wykonawcę szereg obowiązków związanych z wykazaniem poziomu wynagrodzeń, zastrzegając w tym celu termin 45 dni i to pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia na podstawie klauzuli § 2b PPU. W istocie zatem

Zamawiający dokonuje wprowadzenia umownego terminu zawitego pomimo braku takich postanowień w przepisach PZP.

Przywołana treść w ocenie Odwołującego jest sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w pierwszej kolejności z art. 119 KC, który stanowi, że terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną. Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych jest przy tym kwestionowana zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXV Wydział Gospodarczy z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1315/12) , jak i Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia I lipca 1958 r., I CR 683/57). Odwołujący podał, że nie neguje prawa Zamawiającego do badania faktycznego wpływu zmian przepisów prawa, o których mowa w ary. 436 pkt 4 lit. b) PZP na koszt wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu, niemniej brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia natury faktycznej czy prawnej dla żądania przedłożenia przez wykonawcę w terminie 45 dni od dnia zawarcia umowy wykazów, o których mowa w § 2b ust. 2 PPU, a tym bardziej brak jest podstawy prawnej dla zastrzeżenia sankcji utraty roszczenia na wypadek niezachowania zastrzeżonego terminu.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW NR XI-XIV

Regulacja normatywna art. 439 ust. 1 PZP nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy (niezależnie od przedmiotu tej umowy) postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Tymczasem Zamawiający w §2a ust. 2 PPU przewiduje, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Analogicznie – w § 2a ust. 10 PPU Zamawiający przewidział, że waloryzacja wynagrodzenia w przedłużonym okresie realizacji umowy obejmować będzie jedynie 12 pełnych miesięcy przedłużonego okresu realizacji zamówienia, wyłączając z zakresu waloryzacji krótszy przedłużony okres realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że abstrahując od aspektów temporalnych, nieprawidłowość klauzuli waloryzacyjnej z § 2a PZP, przejawia się również w nieadekwatności sposobu wyliczania wskaźnika waloryzacyjnego Pn i maksymalnego limitu waloryzacji do aktualnych warunków rynkowych.

Obligatoryjne elementy treści klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 PZP ustawodawca określił przy tym w ustępie 2 przywołanego art. 439. Wskazał Odwołujący na opinię Urzędu Zamówień Publicznych („UZP") opinia dostępna pod adresem:

Odwołujący podał, że UZP, dokonując de facto wykładni autentycznej normy wyrażonej w art. 439 PZP, akcentuje zatem doniosłość tej regulacji jako mechanizmu przywracającego równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wykreowanego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w następstwie wyżej wskazanych, aktualnie obserwowanych zjawisk zewnętrznych.

Analogiczny sposób postrzegania klauzul waloryzacyjnych, kształtowanych w oparciu o przepis art. 439 ust. 1 i 2 PZP, prezentuje również Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej („PGRP") w opracowaniu pn. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)" („Opinia") opublikowanym na stronie internetowej PGRP w dniu 2 sierpnia 2022 r.14. Zdefiniowała bowiem pojęcie „waloryzacja wynagrodzenia" jako „urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia". PGRP akcentuje przy tym, że „Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych

konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy."

Odnosząc wyżej wymienione stanowiska UZP i PGRP do niniejszej sprawy, godzi się zauważyć, że zastrzeżenie w § 2a ust. 9 PPU zaledwie 10% łącznego poziomu zmian wynagrodzenia wykonawcy, jednoczesnym wyłączeniu spod waloryzacji w ramach wzoru określonego w § 2a ust. 5 PPU aż 40% wynagrodzenia, w sytuacji zmian gospodarczych o niespotykanej dotychczas dynamice, przekładającej się na ogólny wzrost kosztów cen towarów i usług, jawi się jako działanie, które z pewnością powoduje poważne zachwianie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka zostanie zawarta w Postępowaniu, na niekorzyść wykonawcy (abstrahując od tego, czyja oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza).

Wykonawca, wskutek wzrostu cen, świadczyć będzie w wyższym zakresie niż mógł, nawet przy zachowaniu najwyższego miernika staranności, przewidzieć to w chwili złożenia oferty, tj. ponosi większe koszty ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego i PZP, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność, nie będzie mogła zostać przywrócona w poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej z § 2a PPU, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, przy jednoczesnym stosowaniu wzoru z ust. 5 w istocie pozwoli osiągnąć maksymalną waloryzację na poziomie 6% wynagrodzenia i nie umożliwi urealnienia wynagrodzenia do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych.

O nieprzewidywalności dalszego rozwoju sytuacji gospodarczej świadczy fakt, że wszelkie prognozy Narodowego Banku Polskiego publikowane w przez ostatnie lata stale i niezmiennie zapewniały zarówno branżę inżynierską jak i opinię

publiczną o braku ryzyka wzrostu inflacji, wskazywano nawet na groźbę deflacji

(ttps://finanse.gazetaprawna.pl/artykuly/1468038,glapinski-grozba-deflacji.html).

Dodatkowo coroczne założenia polityki pieniężnej publikowane przez Radę Polityki Pieniężnej publikowane w ostatniej dekadzie niezmiennie wskazywały na utrzymywaniu przeciętnego poziomu inflacji w Polsce w celu inflacyjnym który od lat wynosi 2,5% (+/- 1%). Natomiast obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat, co niewątpliwie potwierdza wykres opracowany na bazie danych udostępnionych przez Narodowy Bank Polski. Tytułem przykładu w największym stopniu za wzrost inflacji do poziomu 17,40% rokrocznie odpowiadają m.in. wzrosty cen odpowiednio: paliw (E95), energii elektrycznej (energii czynnej netto), paliwo gazowe (gaz dla klienta biznesowego netto).

Warto również wskazać, iż sam Narodowy Bank Polski nie był w stanie w sposób precyzyjny określić przyszłej inflacji CPI r/r w kilkuletnim badanym okresie, świadczą o tym m.in. raporty

obrazujące projekcje inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NECMOD . Niestałość i nieprzewidywalność aktualnej sytuacji gospodarczej jest również skutkiem gwałtowanego podnoszenia stóp procentowych (stopy referencyjnej) przez Radę Polityki Pieniężnej, co obrazuje poniższa grafika

W tym miejscu w odwołaniu grafika – wykres „Rysunek 1 Stopa referencyjna na przestrzeni lat – opracowanie własne”

Podnoszenie stóp procentowych dokonywane przez Radę Polityki Pieniężnej ma znaczący wpływ na wyniki finansowe wszystkich przedsiębiorstw, w tym wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Rosnące koszty kredytów i leasingów, utrzymywania oraz obsługi nieruchomości, utrudnienia w pozyskiwaniu finansowania, a także odpisy na wartości aktywów wpływają na koszty realizacji ponoszone przez wykonawców, eliminując jakikolwiek zysk, prowadząc do przejęcia ciężaru finansowego realizowanego zamówienia przez wykonawców. Wzrost stóp procentowych ściśle skorelowany jest z inflacją, a tym samym, oddziałuje na wykonawców podwójnie.

Odwołujący podał, że nie sposób również pominąć obserwowanego znacznego wzrostu kosztów osobowych, wynikłego ze zmian przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej. Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidziany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są najbardziej znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców świadczących usługi takie, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Dla porównania, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw publikowane przez Prezesa GUS w II kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r. wyniósł 4,06%, natomiast średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w II kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. 7,88%, a w ostatnim roku wyniósł 11,84 %. Tą niespotykaną tendencje potwierdza również porównanie dla II kwartału tj. średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r., 4,09%, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. - 8,82%, - w ostatnim roku wyniósł 14,55 %. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy utrzymywaniu się wysokiego poziomu inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników. 78. Godzi się w tym miejscu przypomnieć, że okres realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu wynosić będzie łącznie aż 54 miesiące. Aktualnie całe ryzyko nie dających się przewidzieć, wyżej wskazanych zmian gospodarczych Zamawiający przeniósł na wykonawcę, który nie posiadając zdolności jasnowidzenia nie jest w stanie antycypować rozwoju sytuacji polityczno-gospodarczej w Polsce w okresie kolejnych 54 miesięcy. Dopuszczenie bowiem zaledwie 10% limitu waloryzacji w kontrakcie wieloletnim, w realiach ponad 17% inflacji i przy zastosowaniu wzoru, który de facto ograniczy limit waloryzacji do

6%, jawi się jako działanie oderwane od rzeczywistości, absolutnie nie pozwalające na osiągnięcie celów waloryzacji. Prawidłowość powyższej konstatacji Odwołującego znajduje potwierdzenie w treści wyroku KIO z dnia 3 listopada 2022 r. (sygn. akt: KIO 3004/22). Odwołujący podał również, że za adekwatnością 20% limitu waloryzacji (a zarazem przeciwko limitowi 10%) opowiedziała się KIO również w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22). Odwołujący wskazał, że podane wyroki zostały wydane zaledwie kilka tygodni przed wniesieniem Odwołania, co implikuje możliwość poczynionych w nim ustaleń co do istniejących warunków makroekonomicznych do realiów niniejszej sprawy. Ponadto odnotować należy zasadniczą zbieżność okresów realizacji zamówienia – w przypadku Postępowania jest to, co do zasady, 57 miesięcy, w sprawie zakończonej listopadowym orzeczeniem KIO były to 72 miesiące. Zbieżność przejawia się nadto również w charakterze przedmiotu zamówienia – w obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z zamówieniami, których przedmiotem jest świadczenie usług o charakterze intelektualnym. Fakt występowania owych analogii, czy wręcz tożsamości, winien prowadzić do konkluzji o adekwatności stanowiska KIO zaprezentowanego w połączonych sprawach KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 3004/22 do stanu faktycznego, będącego kanwą niniejszego Odwołania.

Odwołujący wyjaśniał, że poza sporem pozostaje, iż to Zamawiający, w ramach prawnych zakreślonych postanowieniami art. 439 ust. 1 i 2 PZP, kształtuje treść klauzuli waloryzacyjnej. O ile przepis art. 439 ust. 1 i 2 PZP ma charakter normy ius cogens w odniesieniu do obowiązku wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej, to w odniesieniu do nadania danej klauzuli waloryzacyjnej oznaczonej treści Zamawiający korzysta z wolności kontraktowej (art. 3531 KC). W tym zakresie jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona. Klauzula waloryzacyjna powołana do życia na potrzeby umowy w sprawie zamówienia publicznego (na etapie SWZ – projektowane postanowienia umowy) powinna uzyskać treść, która umożliwi zrealizowanie celów, dla których polski system prawny został uzupełniony o normę prawną wyrażoną w postanowieniach przepisu art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Oceniając klauzulę waloryzacyjną będącą przedmiotem Odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż sformułowanie jej w aktualnej postaci jest jedynie wypełnieniem przez Zamawiającego formalnego obowiązku wyrażonego w art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Klauzula przewidująca limit waloryzacji

umownej oscylujący w granicach niewiele ponad połowy prognozowanej inflacji w swej istocie jest czynnością zmierzającą do obejścia prawa. Już bowiem w swoich założeniach kontraktowych klauzula taka nie będzie mogła stanowić faktycznej rekompensaty wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Tego rodzaju działaniom pozornym sprzeciwia się orzecznictwo KIO, które nakazuje kreowanie klauzul waloryzacyjnych tworzących mechanizm uwzględniający zmiany

cen na rynku. Wskazał Odwołujący na wyrok z dnia 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22). Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te powinny zapewnić bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności.

W tym przypadku, w ocenie Odwołującego ma on do czynienia z klauzulą, która wprost, już na poziomie swoich założeń konstrukcyjnych, sprzeciwia się tym celom. Już tylko z tego powodu klauzula taka powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego i zastąpiona przez klauzulę, która będzie wpisywać się w ratio legis powołania do życia w przepisach o zamówieniach publicznych postanowień art. 439 ust. 1 i 2 PZP.

Uczynienie zadość żądaniu Odwołania i zwiększenie maksymalnego limitu waloryzacji do 20% wynagrodzenia, przy jednoczesnej modyfikacji wzoru z § 2a ust. 5 PPU spowoduje faktyczne ukształtowanie limitu waloryzacji na poziomie 18%, co wydaje się adekwatne do aktualnej sytuacji gospodarczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 stycznia 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 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 dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię 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 stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 27 stycznia 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie", które zostało złożone do Izby przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowód z dokumentów zgłoszony przez Odwołującego w trakcie rozprawy tj.:

- dowód nr 1 (3 karty) – wyciąg Projekt robót geologicznych dla rozpoznania warunków geologiczno – inżynierskich i hydrogeologicznych dla inwestycji pn.: budowa autostrady A2 Warszawa – Kukurki na odcinku obwodnicy Siedlec (…),

- dowód nr 2 (15 kart) – dokumenty różne, oświadczenie, umowy dzierżawy, pismo informacyjne, protokół z negocjacji – dotyczące stawek rekompensaty za wykonanie odwiertów,

- dowód nr 3 – (6 kart) – umowa z dnia 5 sierpnia 2022 roku zawarta pomiędzy Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie a Województwem Dolnośląskim – Dolnośląska Służbą Dróg i Kolei we Wrocławiu,

- dowód nr 4 - dwie umowy Zamawiającego z roku 2017 nr 69/2017 (SP GDDKiA w Warszawie) i z roku 2019 nr 530/2019 SP GDDKiA w Warszawie).

<u>Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego ze względu na wycofanie zarzutów</u>

Izba wydała postanowienie o umarzeniu postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: 1, 2, 4, 5, 7, 12 oraz 9 pkt 1 z uwagi na wycofanie zarzutów przez Odwołującego w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

<u>Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego ze względu na uwzględnienie części zarzutów przez</u>

Zamawiającego

Izba wydała postanowienie o umarzeniu postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów: 6, 8, 10, 11 oraz 9 pkt 2 z uwagi na uwzględnienie w części zarzutów przez Zamawiającego o czym traktował Zamawiający w piśmie procesowym Odpowiedź na odwołanie oraz podtrzymał stanowisko na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie zarzutów:

(6) art. 89 KC w zw. z art. 353^1 KC w zw. 627 KC w z art. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez uzależnienie w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej poz. 1,1-1.4., zapłaty 20% wynagrodzenia za wykonanie opracowania od zdarzenia przyszłego i niepewnego, pozostającego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest uzyskanie klauzuli ostateczności dla decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, podczas gdy zastrzeżenie takie pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku prawnego umowy o dzieło, która zakłada wzajemność świadczeń stron, a zapłata wynagrodzenia należnego wykonawcy (jako świadczenia wzajemnego zamawiającego) jest zależna jedynie od wykonania dzieła, które ma zawsze samoistny byt oraz jest obiektywnie osiągalne i pewne do realizacji,

(8) art. 431 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez brak współdziałania przy realizacji zamówienia przejawiający się w zastrzeżeniu w § 9 ust. 3a PPU, że w toku całego okresu realizacji umowy wykonawca jedynie raz będzie mógł zastąpić członka swojego personelu, wskazanego w ofercie w formularzu „Kryteria oceny ofert" inną osobną, podczas gdy zastrzeżenie takie, przy sformułowaniu zapisów obligujących do zapewnienia tożsamego zakresu wiedzy i doświadczenia zamiennika, jest nieproporcjonalne, nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego a nadto, z uwagi na nieprzewidywalność zdarzeń losowych, szczególnie w sytuacji wciąż trwającego stanu zagrożenia epidemicznego, może doprowadzić do niemożności wykonania zamówienia;

(9) art. 433 pkt 3 PZP poprzez wprowadzenie do PPU:

(2) umownego obowiązku poniesienia przez wykonawcę kosztów przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 13 ust. 5 PPU) -również w sytuacjach, gdy do przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy dojdzie z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego,

- co w istocie powoduje przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, stanowiąc tym samym klauzulę abuzywną zakazaną na podstawie art. 433 pkt 3 PZP;

(10) art. 436 pkt 4 PZP w zw. z art. 119 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez

sformułowanie w postanowieniach § 2b ust. 2 PPU wymagania, aby wykonawca w terminie do 45 dni od podpisania umowy przedstawił szczegółową kalkulację ceny jednostkowej etapów i opracowań projektowych (elementów) pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia w oparciu o postanowienia § 2b ust. 1 pkt 2), 3) i 4) umowy, podczas gdy ustawodawca na gruncie art. 436 pkt 4 PZP nie formułuje obowiązku przedkładania tego rodzaju kalkulacji już po zawarciu umowy ani nie przewiduje utraty roszczenia waloryzacyjnego przez wykonawcę w związku z niewykonaniem tego obowiązku w takim terminie;

(11) art. 439 PZP ust. 1 PZP przez zastrzeżenie w § 2a ust. 2 PPU, że pierwsza

waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej nastąpi nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 439 PZP zastrzegł możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Izba, do rozpoznania na rozprawie skierowała zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego oraz podtrzymane przez Odwołującego - Izba skierowała na rozprawę zarzuty 3, 13 i 14 odwołania.

Izba, w trakcie posiedzenia z udziałem stron nie dopuściła do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgłaszającego przystąpienie – Voessing Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawcy z uwagi na brak wykonania obowiązku wynikającego z art. 525 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. nie zostały dołączone do zgłoszenia przystąpienia dowody przesłania kopii przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Do rozpoznania na rozprawie skierowane zostały zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego oraz podtrzymane przez Odwołującego tj. zarzuty 3, 13 i 14 odwołania.

W zakresie zarzutu nr 3 - naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez nieprecyzyjny opis przedmiotu

zamówienia, skutkujący nieekwiwalentnością świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiający się w zastrzeżeniu rozdziale 3 pkt 3.3.2. ppkt 1 i 2 Tomu III WO, że w związku z obowiązkiem uzyskania odpowiednich zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania (w tym badania geologiczno-inżynierskie i hydrologiczne) jest jednocześnie obowiązany do poniesienia kosztów zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania, które to koszty mają zostać uwzględnione w cenie ofertowej (rozdział 3 pkt 3.3.2. ppkt 2 Tomu III WO), mimo że na etapie Postępowania wykonawca nie ma możliwości oszacowania kosztów związanych z pozyskaniem zgód, gdyż ich wysokość nie jest regulowana jakimikolwiek normami prawnymi, a kształtowana w sposób dowolny przez odpowiednio właścicieli albo zarządców nieruchomości – Izba uznała zarzut za niezasadny

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) (..)

3) proporcjonalny.

- art. 91 ust. 1 ustawy - Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia,

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (tj. z dnia 9 czerwca 2022 r.; dalej „KC" - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według

swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

TOM III SWZ – Warunki ogólne:

3.3.2 Zabezpieczenie terenu prac pomiarowych i badawczych

1. Pomiary i badania (inwentaryzacje) w istniejącym pasie drogowym „pod ruchem" Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia terenu pomiarów i badań (inwentaryzacji) w okresie ich trwania, aż do zakończenia. Wykonawca uzyska odpowiednie zgody właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania (w tym badania geologiczno-inżynierskie i hydrogeologiczne). (…)

Koszt opracowania projektów organizacji ruchu i koszt zabezpieczenia terenu pomiarów i badań nie podlega odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że jest wliczony w Cenę Ofertową .

2. Pomiary i badania poza istniej cym pasem drogowym

Wykonawca jest zobowiązany do zabezpieczenia terenu pomiarów i badań (inwentaryzacji) w okresie ich trwania, aż do zakończenia. Wykonawca uzyska odpowiednie zgody właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane b d prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania (w tym badania geologiczno-inżynierskie i hydrogeologiczne). (…)

Koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegaj odrębnej zapłacie i przyjmuje się , że są wliczone w Cenę Ofertową . oraz

2. WYMAGANIA DLA PROJEKTOWANEJ INWESTYCJI

(…)

2.3 Wymagania ogólne dla projektowania

(…)

16. W przypadku nie uzyskania zgody właścicieli/zarządców nieruchomości na prowadzenie robót geologicznych Wykonawca jest zobowiązany na pisemne polecenie Zamawiającego -do uzyskania orzeczenia sądowego zastępującego zgodę właściciela nieruchomości zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze.

Tym samym w przypadku braku zgody właściciela nieruchomości na wykonanie działalności regulowanej ustaw (tj. wykonywanie prac geologicznych dla potrzeb opracowania dokumentacji geologicznej) ww. art. Ustawy umożliwia wystąpienie do sądu ustanowienie zabezpieczenia i wykonywanie badań geologicznych zgodnie z zakresem ustalonym w zatwierdzonym w Projekcie robót geologicznych.

W zakresie zarzutu jaki został podniesiony przez Odwołującego w petitum odwołania oraz w odniesieniu do argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu zarzutów odwołania w części zawierającej takie uzasadnienie Izba stwierdza po pierwsze, że zarzut odwołania uzasadniony został tylko w części co do rozdziału 3 pkt 3.3.2 ppkt 2 Tomu III Warunków ogólnych SWZ. Odwołujący w sposób jednoznaczny odnosi się tylko do wymagania Zamawiającego zawartego w stwierdzeniu, że Koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegaj odrębnej zapłacie i przyjmuje się , że są wliczone w Cenę Ofertową . Tym samym jedynie w tej części, w zakresie podniesionego zarzutu 3 odwołanie poddaje się ocenie, bowiem posiada w tym zakresie argumentację faktyczną, uzasadnienie, którego brak jest w odniesieniu do wymagania z rozdziału 3 pkt 3.3.2 ppkt 1 Tomu III Warunków ogólnych SWZ. W tym zakresie aktualna pozostaje argumentacja prawna jaką Izba zawarła przy rozpoznaniu zarzutu nr 13, do której w tym miejscu się odwołuje.

W odniesieniu do zarzutu w części poddanego ocenie Izby co do postanowienia z rozdziału 3 pkt 3.3.2 ppkt 2 Tomu III Warunków ogólnych SWZ tj. Koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegaj odrębnej zapłacie i przyjmuje się , że są wliczone w Cenę Ofertową, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Poza przedmiotem sporu pozostaje kwestia tego, że koszty wydania zgody przez właściciela lub zarządcę na czasowe zajęcie nieruchomości w celu przeprowadzenia badań czy pomiarów nie podlegają regulacjom ustawowym. Zarzut odwołania w uzasadnieniu sprowadza się jedynie do kwestii niemożliwości wyceny kosztów zgód właścicieli czy zarządców nieruchomości na wykonanie badań czy pomiarów z uwagi na nieprzewidywalność żądań finansowych tych podmiotów. Odwołujący w zupełności pomija kwestię innych elementów takich jak ewentualny rozmiar prowadzonych badań czy pomiarów (tj. w zasadzie ich ilość), pomija kwestię na które zwracał uwagę w swoim stanowisku Zamawiający tj. możliwości wyboru zarówno sprzętu wykorzystywanego do przeprowadzenia badań i pomiarów oraz miejsca jego rozmieszczenia. Przyjęta przez Zamawiającego tolerancja prowadzenia badań i pomiarów - która w zupełności również została pominięta przez Odwołującego w jego stanowisku – pozwala wykonawcy na takie prowadzenie badań i pomiarów w danym terenie, która umożliwi mu dobór lokalizacji tychże czynności,

a w konsekwencji pozwoli na takie kształtowanie kosztów prowadzenia tych badań i pomiarów. To wykonawca dobiera miejsce i czas prowadzenia badań i pomiarów, a w konsekwencji czasowego zajęcia nieruchomości jakie na podstawie zebranych materiałów wyjściowych, analizy materiałów archiwalnych oraz przyjętej metodyki wyznaczy do przeprowadzania tychże badań i pomiarów. To po stronie wykonawcy w zależności od rozwiązań projektowych, oraz sposobu prowadzenia badań i pomiarów, będzie faktycznie zależało jak te pomiary i badania będą prowadzone w jaki sposób, a w konsekwencji jaki ewentualnie może być ich koszt. Takie ukształtowanie wymagania Zamawiającego ma również to znaczenie, że wykonawca nie będzie „przenosił kosztów" nieuzasadnionych w obliczu możliwości technicznych czy organizacyjnych na Zamawiającego choćby z uwagi na zwolnienie się – wskazanym żądaniem – od prowadzenia jakichkolwiek negocjacji jeżeli poziom kosztów czasowego zajęcia nieruchomości w celu przeprowadzenia badań i pomiarów oscylowałby w granicach maksymalnego przyjętego zgodnie z oczekiwaniami wykonawcy co do zmiany postanowień rozdziału 3 pkt 3.3.2 ppkt 2 Tomu III Warunków ogólnych SWZ. Potwierdza to również samo stanowisko Odwołującego z rozprawy odnotowane w protokole, gdzie wskazał Odwołujący, że wnosi o określenie postanowienia dotyczącego ponoszenia kosztów przez Zamawiającego w zakresie zajęcia terenu, a nie sposobu wyceny tego zajęcia terenu.

Pozostawienie tego obowiązku po stronie wykonawcy, mając na uwadze bardzo duży poziom ogólnikowości prowadzonego wywodu przez Odwołującego oraz faktyczne pominięcie wielu aspektów regulowanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, co do choćby tolerancji co do lokalizacji prowadzenia badań i pomiarów czy też wykorzystania sprzętu i metod badawczych czy pomiarowych, w ocenie Izba obliguje za uznaniem za zasadne stanowiska Zamawiającego prezentowanego w trakcie rozprawy i w piśmie procesowym.

W odniesieniu do zawnioskowanych dowodów przez Odwołującego Izba stwierdza, że dowód nr 1 złożony na okoliczności wykonanych odwiertów w ramach prowadzonych prac projektowych w zadaniu Projekt robót geologicznych dla rozpoznania warunków geologiczno – inżynierskich i hydrogeologicznych dla inwestycji pn.: budowa autostrady A2 Warszawa – Kukurki na odcinku obwodnicy Siedlec (…), potwierdza jedynie to, że w ramach tamtej usługi wykonano określoną ilość odwiertów (tabela 14). Dowód ten może potwierdzić również, że odwierty – badania, są niezbędne przy prowadzeniu takiego projektowania. Niemniej w ocenie Izby dla podnoszonej w odwołaniu argumentacji oraz dla zadania jakie jest przedmiotem tego postepowania o udzielnie zamówienia publicznego, co do którego prowadzone jest niniejsze postępowanie odwoławcze, dowód ten nie potwierdza żadnych

okoliczności jakie miałby znaczenie dla rozpoznania zarzutu – tym samym Izba dowód ten uznaje za bezprzedmiotowy.

Co do dowodu nr 2 zawierającego - dokumenty różne, oświadczenie, umowy dzierżawy, pismo informacyjne, protokół z negocjacji – dotyczące stawek rekompensaty za wykonanie odwiertów, w ocenie Izby dowód ten potwierdza jedynie to, że różne są oczekiwania podmiotów, których ma dotknąć czasowe zajęcie nieruchomości w celu przeprowadzenia badań czy pomiarów. Dowód ten potwierdza, że w określonych warunkach i przy realizacji określonych projektów realizowane były określone w tych dokumentach badania na nieruchomościach, których właścicielami czy zarządcami były różne podmioty, które określały różne stawki za wykonywane czasowe zajecie nieruchomości oraz prowadzone badania i przywrócenie stanu pierwotnego. Niemniej Izba zwraca uwagę, że Oświadczenie z dnia 13 maja 2022 roku

zawiera w swej treści informację o tym, że w wyniku prowadzenia badań niezbędna będzie naprawa drenażu na działce, co znajduje odzwierciedlenie w kwocie odszkodowania jakiej żąda właściciel nieruchomości za czasowe jej zajęcie i wykonanie badawczego otworu geologicznego o głębokości 4 metrów. W kolejnym dokumencie - umowie dzierżawy z dnia 15 lutego 2022 roku wykonanie dwóch otworów o głębokości około 200 m i około 40 metrów i dzierżawie przez okres dwóch lat. Kolejny dokumenty pismo informacyjne o warunkach wejścia na teren nieruchomości, z dnia 23 grudnia 2021 roku traktuje o kwocie rekompensaty, ale nie odnosi się w żaden sposób do ilości i głębokości odwiertów. Natomiast kolejne umowy z dnia 13 lutego 2019 roku oraz 17 października 2018 roku i protokół z 14 września 2018 roku odnoszą się do wykonywania odwiertów odpowiednio do głębokości od 3 - 10 m oraz 15 metrów. Dokumenty te potwierdzają jednoznacznie tylko to, że w takich okolicznościach w odniesieniu do danych działek następowało czasowe zajecie nieruchomości na podstawie określonych warunków w tych dokumentach. Potwierdza to również tyle, że na takich warunkach wykonawca był w stanie współdziałać z właścicielami czy zarządcami nieruchomości ale nie potwierdza w ocenie Izby tego, że wykonawca nie jest w stanie skalkulować kosztu tych opłat w cenie oferty. Chociażby sam poziom doświadczenia i umiejętności w prowadzeniu takich negocjacji w właścicielami gruntów wynikający z tych dokumentów, który niewątpliwie stanowi tylko znikomy wycinek tego typu umów zawieranych w trakcie realizacji usługi projektowej potwierdza w ocenie Izby doświadczenie każdego podmiotu w tym obszarze realizacji usługi projektowej. To natomiast, przy uwzględnieniu warunków tego postępowania o zamówienie pozwala na uznanie, że zarzut Odwołującego jest niezasadny.

Wymaga podkreślenia również w tym miejscu, że w Tomie III w rozdziale 2 pkt. 2.3 ppkt 16 Zamawiający przygotował procedurę w jaki sposób powinien postąpić wykonawca w przypadku braku uzyskania zgody na wykonanie niezbędnych badań czy pomiarów.

Niemniej Odwołujący nawet nie odniósł się w swoim stanowisku do tego postanowienia SWZ. Izba dodaje, że na etapie orzekania regulacja w ww. Tomie III w rozdziale 2 pkt. 2.3 ppkt 16 uległa zmianie, lecz co do istoty możliwości zastąpienia zgody właściciela czy zarządcy nieruchomości w przypadku braku zgody na prowadzenie badań na nieruchomości nie zmieniła się.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała w tym postepowaniu odwoławczym, w tym stanie faktycznym, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu 3 a tym samym Zmawiający nie naruszył naruszenia art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez zobowiązanie wykonawcy do uwzględnienia w cenie oferty kosztów zgód właścicieli / zarządców nieruchomości na czasowe zajęcie nieruchomości celem prowadzenia badań i pomiarów.

W zakresie zarzutu nr 13 - naruszenia art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób fikcyjny, uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie ukształtowania w § 2a ust. 5 PPU wzoru Współczynnika waloryzacyjnego (Pn) w sposób, który uniemożliwi osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, z uwagi na wyłączenie aż 40% wynagrodzenia z zakresu waloryzacji, przy jednoczesnym przyjęciu skrajnie niskiego, bo zaledwie 10% maksymalnego limitu waloryzacji – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców,

2) (..)

3) proporcjonalny.

- art. 439 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 439 ust. 2 ustawy - W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (tj. z dnia 9 czerwca 2022 r.; Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) dalej „KC" - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

TOM II SWZ – PROJEKTOWE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU):

§ 2a (Waloryzacja) (…)

5. Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru:

Pn = 0,4 + 0,6*Ww/100%

gdzie:

Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2) ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wyliczony w odniesieniu do dnia składania Ofert.

Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu 13 określonego w petitum odwołania Odwołujący kwestionował ukształtowanie w § 2a ust. 5 PPU wzoru Współczynnika waloryzacyjnego (Pn) w sposób, który uniemożliwi osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, z uwagi na wyłączenie aż 40% wynagrodzenia z zakresu waloryzacji, przy jednoczesnym przyjęciu skrajnie niskiego, bo zaledwie 10% maksymalnego limitu waloryzacji.

Z uzasadnienia odwołania przedstawionego przez Odwołującego nie wynika w żaden sposób dlaczego Odwołujący twierdzi, że wskaźnik waloryzacyjny (Pn) jest nieadekwatny do aktualnych warunków rynkowych.

Po pierwsze, ukształtowany w odwołaniu sposób uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania przez odniesienie się do kilku zarzutów podanych w petitum uzasadnienia w jednym uzasadnieniu nie zachowuje przejrzystości argumentacji wykonawcy. Niemniej nie jest rolą Izby poszukiwanie i wyłuskiwanie argumentacji faktycznej, dla danego wskazanego w petitum odwołania naruszenia przepisów, lecz zadaniem Izby jest ocena zasadności podnoszonego zarzutu. Natomiast niezmiennie zarzutem odwołania jest w szczególności podanie uzasadnienia faktycznego, które daje poddać się ocenie. W rozpoznawanym przypadku, z uzasadnienia odwołania nie sposób wyłuskać jakiejkolwiek argumentacji faktycznej, która miałaby uzasadniać brak osiągniecia celu waloryzacji przy ustaleniu proporcji we wzorze na poziomie 40/60, jak również brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej uzasadniającej przyjętą we wnioskach i żądaniach przez Odwołującego proporcję 20/80. W żaden sposób Odwołujący nie uzasadnia, że taka właśnie proporcja i poddanie weryfikacji za pomocą wskaźnika w 80% wynagrodzenia wykonawcy jest tym odpowiednim. Odwołujący przyjął w żądaniach określoną proporcję (proponowany wzór) i nie uzasadnia takiego jej przyjęcia, oraz przyjętych poziomów. Omawiane przez odwołującego elementy sytuacji gospodarczej panującej w Polsce na przestrzeni ostatnich kilku lat nie stanowią

uzasadnienia tego, dlaczego zaproponowana proporcja miałaby gwarantować wykonawcy „osiągniecie celu waloryzacji".

Izba, w odniesieniu do zarzutu 13 odwołania wyjaśnia i podkreśla w tym miejscu, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą ocenie poddawane są, tylko i jedynie w ramach podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołania, wskazane czynności bądź zaniechania zamawiającego w określonym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyżej poczynione rozważania dotyczące argumentacji odnoszącej się do uzasadnienia podnoszonych w odwołaniu naruszeń prawa Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów i kwestionowania braku zagwarantowania wykonawcy celu waloryzacji wynagrodzenia. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba

podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zmawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza

jego treść. Tak orzekały sądy na podstawie obowiązującej uprzednio ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, jak również w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy ustawy. Pozwala to na posiłkowanie się dotychczasowymi orzeczeniami. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą da mihi factum, dabo tibi ius – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (causa petendi) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności

podania uzasadnienie faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obwiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonego zarzutu odwołania. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwie dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Odwołującego podstawy naruszenia wskazanego przepisu. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza przedstawieniem okoliczności faktycznych sprawy i zaistniałych wcześniej zmian gospodarczych, bowiem do tego sprowadza się pisemne uzasadnienie odwołania, Odwołujący nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej, że wskaźnik waloryzacyjny (Pn) jest nieadekwatny do aktualnych warunków rynkowych.

Izba podkreśla również, że nieskuteczne jest podnoszenie jakiejkolwiek argumentacji faktycznej mającej uzasadniać zarzucone naruszenie przepisów dopiero na etapie rozprawy i takie stanowiska, a w zasadzie próbę konstrukcji zarzutu (uzasadnienia faktycznego) Izba musi pominąć. Również na podstawie art. 583 ustawy sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 21 października 2021 r. XXIII Zs 93/21: Ponieważ Sąd Okręgowy, z przedstawionych względów, doszedł do wniosku, że zarzuty podniesione w skardze Konsorcjum (...) nie pokrywały ją się z tymi z odwołania, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, musiał powstrzymać się od ich rozpoznania, a to na podstawietej ustawy skutkować musiało oddaleniem skargi.)

Mając powyższe na uwadze Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób, który uniemożliwi osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, bowiem Odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnej faktycznej argumentacji dającej się poddać ocenie, że zmiana proporcji w ramach wzoru, w § 2a ust. 5 PPU, Współczynnika waloryzacyjnego (Pn) i przyjęcie proporcji 20/80, gdzie 80% wynagrodzenia wykonawcy

podlega waloryzacji jest zasadne, a niezasadna jest proporcja ukształtowana przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 14 – naruszenia art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 2a ust. 9 PPU skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 PZP i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców,

2) (..)

3) proporcjonalny.

- art. 439 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 439 ust. 2 ustawy - W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (tj. z dnia 9 czerwca 2022 r.; Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) dalej „KC" - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

TOM II SWZ – PROJEKTOWE POSTANOWIENIA UMOWY (PPU):

§ 2a (Waloryzacja)

(…)

9. Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy.

Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu 14 określonego w petitum odwołania Odwołujący kwestionował ukształtowanie w § 2a ust. 9 PPU przez przyjęcie skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości

wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 PZP i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Na wstępie Izba zaznacza, że Odwołujący w trakcie rozprawy podał w ramach przedstawiania argumentacji odnośnie tego zarzutu odwołania, że nie ma tu zarzutu formalnoprawnego naruszenia przepisu tylko jest zarzut dotyczący tworzenia klauzuli, która nie spełnia swojego celu społeczno-gospodarczego wynikającego z art. 439.

Niespornym w sprawie jest, że Zamawiający zastosował klauzulę waloryzacyjną czym wypełnił ciężący na nim obowiązek. W odniesieniu do argumentacji zawartej w uzasadnieniu odwołania, a mającej odnosić się do konieczności zmiany łącznej wartości korekty wynikającej z waloryzacji i podniesienia jej do (+/- 20%) Izba stwierdza, że prezentowane stanowisko odnosi się do zasiniałych na rynku gospodarczym zmian w okresie kilku ostatnich lat. Odwołujący szeroko przedstawia zakres informacji o „faktycznie zaistniałych zmianach gospodarczych" i historycznych danych z lat poprzednich. W ocenie Izby te wszystkie informacje, a w szczególności informacje odnoszące się do poziomu inflacji czy też podnoszenia stóp procentowych przez Radę Polityki pieniężnej, jak również informacje wzrostu kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem pracowników dają wykonawcy podstawę do szacowania wartości złożonej oferty, z uwzględnieniem doświadczeń jakie wykonawcy posiadają z lat poprzednich.

W ocenie Izby cena złożonej oferty w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego winna być urealniona i obejmować wszystkie koszty, a nie stanowić kosztu na dzień złożenia oferty, który następnie podlegałby waloryzacji. Posiadając dane jakimi wykazuje się w uzasadnieniu odwołania Odwołujący, podkreślenia wymaga, że są to dane zebrane z okresu kilku ostatnich lat, ma on możliwość takiego urealnienia ceny składanej oferty, który będzie odpowiadał co najmniej uwzględnieniu tych informacji w szacowaniu kosztów pracy. Cena oferty nie jest odwzorowaniem cen jakie obowiązują w danym okresie ale ma ona odnosić się do całego okresu realizacji umowy (w tym przypadku 54 miesięcy). Przyjęcie łącznej wartości korekty na określonym poziomie nie ma zastępować szacowania wartości oferty ale gwarantować wykonawcy w przypadku gwałtowanych zmian cen, w przedmiotowym wypadku zmian wysokości stawek wynagrodzenia, możliwość zmiany ceny zawartej umowy o realizację zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący wnosząc o zmianę wskaźnika łącznej wartości korekty nie uzasadnia w żaden sposób, że zmiana tego

wskaźnika do poziomu (+/- 20%) wynika z faktycznej niemożliwości przewidzenia zmian rynkowych.

Zasadne jest również wskazanie, że uzasadnienia dla zmiany wskaźnika łącznej wartości korekty do określonego poziomu, który miałby gwarantować cel „społeczno-gospodarczy" Odwołujący upatrywał w łącznej zmianie współczynnika waloryzacji (Pn) z § 2a ust. 5 PPU, którego jak Izba wskazała przy rozpoznaniu zarzutu nr 13 nie uzasadnił. Tym samym brak wprowadzenia zmian dla współczynnika waloryzacji (Pn) niweczy uzasadnienie zmiany wskaźnika łącznej wartości korekty. Przy czym i co najważniejsze Odwołujący nie wykazał, nie potrafił wskazać, jak sama zmiana limitu wskaźnika łącznej wartości korekty (bez zmiany wzoru określonego w § 2a ust. 5 PPU) przełożyłaby się na faktyczny dopuszczony poziom waloryzacji. W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób, dlaczego wskaźnik łącznej wartości korekty musiałby osiągnąć poziom (+/- 20%).

Izba za gołosłowne uznaje twierdzenia, że określony limit wskaźnika łącznej wartości korekty zostałby wyczerpany przez wykonawcę dość szybko. Podkreślenia wymaga, że okoliczność taka powinna zostać chociażby uprawdopodobniona i poparta co najmniej próbą przedstawienia wyliczenia wskazującego takie okoliczności. Odwołanie się do realizowanych na ten czas umów zawartych wcześniej nie jest argumentacją uzasadniającą taki stan rzeczy, bowiem nie zostało wykazane w jakim czasie takie umowy były zawierane, jakie były w tym czasie warunki gospodarcze oraz jak faktycznie przebiega realizacji umowy. Na dzień dzisiejszy wykonawca kalkulując cenę oferty, dysponuje wiedzą jakiej z pewnością nie miał zawierając umowy w poprzednich latach co do poziomu inflacji, co do zmiany stóp procentowych dokonywanych przez Radę Polityki Pieniężnej, które co Izba zaznacza, a Odwołujący pomija w ostatnim czasie nie następują (co jest wiedzą powszechną) oraz zmiany poziomu wynagrodzenia minimalnego w roku 2023 w stosunku do roku 2022 o 19,6 %, o czym wykonawca mówił w trakcie rozprawy ale pomijał ten element w uzasadnieniu zarzutu odwołania. Odwołujący w swej argumentacji z uzasadnienia odwołania również w różny sposób przedstawia argumentację odnoszącą się do poziomu inflacji, bowiem raz podnosi, że przy „utrzymującym się wysokim poziomie inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników" – co w ocenie Izby świadczy o tym, że wykonawca zdaje się rozumieć mechanizmy wzrostu wynagrodzenia pracownika, a przynajmniej je przewiduje. Następnie Odwołujący podaje, że „klauzula przewidująca limit waloryzacji umownej oscylujący w granicach niewiele ponad połowy prognozowanej inflacji w swej istocie jest czynnością zmierzającą do obejścia prawa" – po pierwsze, nie podaje jaka jest ta prognozowana inflacja, ale po drugie, zestawiając argumentację tą z powyżej cytowanym stanowiskiem Odwołującego nie sposób nie mieć wrażenia, że na podstawie tej samej znanej historycznie informacji o poziomie inflacji za ubiegły rok (czy też miesiąc do miesiąca), bo nie podaje

prognozowanej, Odwołujący wysnuwa inne wnioski. Skoro bowiem Odwołujący sam twierdzi, że utrzymujący się poziom inflacji (czyli charakteryzujący się jakąś stabilnością) stanowi podstawę do wzrostu kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników w podobnym tempie, czyli o podobny procent, to sprzeczny z tym jest wniosek Odwołującego, że limit wskaźnika łącznej wartości korekty ustalony przez Zamawiającego zmierza do obejścia prawa. W

ocenie Izby stanowiska Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne, do tego pomija on informacje odnoszące się do faktycznych kosztów zatrudnienia oraz kosztów wynagrodzenia rok do roku, a przecież na ten moment znane są już poziomy minimalnych wynagrodzeń w roku 2023, których wzrost będzie dwukrotny. Tak jak było już wyżej przytoczone przedstawienie argumentu o wzroście płac na rozprawie w uzupełnieniu prezentowanego stanowiska – Izba traktuje jako informację powszechnie znaną – w zasadzie dowodzi tego, że wykonawcy mogą i mają do czego odnieść wzrosty płac. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że zmiany wynagrodzenia minimalnego będą i pociągają za sobą zmiany wynagrodzenia przeciętnego na tym samym poziomie, oraz, że wynagrodzenie wykwalifikowanych pracowników, do jakich referował w odwołaniu, będzie tak samo procentowo wzrastało jak wynagrodzenie minimalne.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby niezbędne były jakieś umiejętności „zdolności jasnowidzenia". Samo stanowisko Odwołującego pokazuje, że określony wzrost inflacji spowodował wzrost w wynagrodzeniach minimalnych, to natomiast najprostsza droga do wskazania argumentacji opartej na konkretnych wyliczeniach i przykładach, której w tym odwołaniu (poza historycznymi danymi) nie ma w ogóle.

W odniesieniu do dowodów przedstawionych przez Odwołującego Izba stwierdza, że z dowodu nr 3 umowa z dnia 5 sierpnia 2022 roku, wynika jedynie, że w umowie tej wprowadzono limit maksymalnej zmiany wartości wynagrodzeń na poziomie 15% wartości wynagrodzenia brutto wykonawcy. Fakt, że określony inny zamawiający wprowadza określone limity w swoich umowach nie oznacza, że jest to jakiś wykładnik działania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie umowa ta zawarta była w czasie, gdy nieznane były jeszcze faktyczne poziomy inflacji czy dopiero podejmowane decyzje co do poziomu minimalnego wynagrodzenia w bieżącym roku. Dowód ten w ocenie Izby w żaden sposób nie uzasadnia żądania Odwołującego zmiany limitu wskaźnika łącznej wartości korekty.

W odniesieniu do dowodu 4 tj. umów z dnia 13 września 2017 roku oraz z dnia 20 listopada 2019 roku, Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie odwoławczej dowody te są bezprzedmiotowe. Umowy te zostały zawarte w reżimie innych przepisów ustawowych oraz co istotne w zupełnie innej sytuacji gospodarczej.

Zamawiający określił klauzule waloryzacyjne, których co do zgodności z przepisem ustawy Odwołujący nie kwestionował w tym zarzucie. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że klauzule te sprzeciwiają się stosunkom społeczno-gospodarczym oraz służą obejściu przepisów. Ryzyka jakie zostały rozłożone w klauzuli w § 2a ust. 5 w proporcji 40 do 60 dla współczynnika waloryzacji Pn oraz limit wskaźnika łącznej wartości korekty zadość czynią regulacjom prawnym. Zamawiający wyjaśnił również, że przyjęta proporcja we wzorze z w § 2a ust. 5 PPU, przy uwzględnieniu 15% wzrostu płac (wskaźnik GUS) prowadzi do tego, że ciężar wzrostu wynagrodzeń w 9% będzie obciążał Zamawiającego, a zatem przewidziany w umowie poziom waloryzacji do (+/- 10%) pokrywa ryzyko wykonawcy w całości. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnego wyliczenia, nawet uproszczonej kalkulacji, która potwierdzałaby niesprawiedliwy podział ryzyk.

Mając powyższe na uwadze Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353^1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 2a ust. 9 PPU, ponieważ Odwołujący nie wykazał niezbędności zmiany limitu wskaźnika łącznej wartości korekty.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ..……

Członkowie: ……..