Sygn. akt: KIO 703/23

WYROK

z dnia 28 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Przemysław Dzierzędzki

Adriana Urbanik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez wykonawcę YLE Inżynierowie sp. z o.o. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie

przy udziale wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr I.1 odwołania, w części dotyczącej punktów 1-16 uzasadnienia odwołania,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę YLE Inżynierowie sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę YLE Inżynierowie sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 368 Międzychód-Szamotuły", realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 043-126044.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 13 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł wykonawca YLE Inżynierowie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 355^1 Kodeksu cywilnego, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

2. art 112 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 8.6.2. Instrukcji dla Wykonawców – Tom

I Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

3. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego 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 § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU") skrajnie niskiej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków

rynkowych i podział ryzyka wzrostu kosztów realizacji zamówienia pomiędzy

Zamawiającego i Wykonawcę, w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany/modyfikacji wskazanych w odwołaniu postanowień dokumentacji zamówienia w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania:

1) w zakresie zarzutu I.1 poprzez:

1. pkt 2.2. ppkt 10 Tom III SWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), wskazanie przez Zamawiającego konkretnej listy dokumentów, których wykonanie jest przedmiotem zamówienia (pkt 3 uzasadnienia),

2. pkt 4.3.1. OPZ, wskazanie przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia, że wykonawca do wyceny ma przyjąć kolizje ujęte w stadium, a wszystkie dodatkowe kolizje, zidentyfikowane później będą stanowić ryzyko finansowe i czasowe Zamawiającego (pkt 4 uzasadnienia),

3. pkt 3.1. OPZ – „Założenia ogólne dla Wykonawcy" w odniesieniu do „1) współpracy oraz pomocy ze strony Zamawiającego…" dodanie doprecyzowania/odniesienia, referującego do obowiązującej u Zamawiającego aktualnej procedury nr SMS-PW-09 (Bezpieczne projektowanie infrastruktury kolejowej i zasady współpracy z projektantami) - (punkt 5 uzasadnienia);

4. uzupełnienie § 2 ust. 5 Projektu Umowy (Tom II SWZ) o umieszczenie regulacji dot. pierwszeństwa dokumentów, jak niżej:

1) Przepisy prawa krajowego i europejskiego,

2) Umowa wraz z załącznikami i aneksami oraz wszelkimi innymi dokumentami

powstałymi w trakcie realizacji i uznanymi przez obie Strony za część Umowy,

3) Specyfikacja Warunków Zamówienia („SWZ"), w tym IDW i OPZ, wraz

z pytaniami i odpowiedziami oraz dokonane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmiany treści SWZ (jeśli dotyczy),

4) Regulacje i przepisy wewnętrzne Zamawianego,

5) Oferta z dnia … wraz z załącznikami do tej Oferty (punkt 6 uzasadnienia);

5. wprowadzenie zapisu, że w przypadku rozbieżności i konieczności skorzystania

z hierarchii dokumentów strony ustalą to we wzajemnej komunikacji (punkt 7 uzasadnienia),

6. pkt. 3.2. OPZ „Rodzaje ryzyka" w kontekście pozyskania niezbędnych zgód i

pozwoleń, aby w sytuacji, gdy Zamawiający postanowi o odwołaniu się od

„niekorzystnej decyzji", to Zamawiający skorzysta (a nie może skorzystać) z § 20 ust. 1 pkt 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU"), tj. dokona stosownej zmiany zakresu rzeczowego i/lub czasowego zobowiązań wykonawcy (punkt 8 uzasadnienia),

7. pkt. 3.2. OPZ „Rodzaje ryzyka" w kontekście działań podmiotów trzecich

(organów administracyjnych), aby w sytuacji, gdy Zamawiający postanowi o odwołaniu się od „niekorzystnej decyzji", to Zamawiający skorzysta (a nie może skorzystać) z § 20 ust. 1 pkt 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU"), tj. dokona stosownej zmiany zakresu rzeczowego i/lub czasowego zobowiązań wykonawcy (punkt 9 uzasadnienia),

8. wskazanie w pkt 3.2. i 3.3. OPZ, że ewentualne przyszłe inne projekty

Zamawiającego, czy już trwające, zlokalizowane na tożsamym obszarze będą koordynowane do projektu objętego

zamówieniem, że ryzyka związane z koordynacją tych – niezależnych od wykonawcy projektów – będą po stronie Zamawiającego oraz wskazanie, że jeżeli działania w ramach innych projektów związane ze zgłaszaniem prac geodezyjnych (ZUD, inwentaryzacje powykonawcze, podziały działek, równolegle z projektowaniem prowadzone prace budowlane) prowadzone przez Zamawiającego, jego innych wykonawców lub strony trzecie wpłyną na dezaktualizację mapy do celów projektowych opracowanej w ramach zamówienia to ryzyko to w kontekście kosztu i czasu stanowi realizacji projektu będzie stanowiło ryzyko Zamawiającego, nie będzie obciążało wykonawcy (punkt 11 uzasadnienia),

9. pkt 4.3.9. OPZ „Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej" wprowadzenie zapisów wskazujących, że wszelkie sytuacje niezależne od wykonawcy, jak działania/zaniechania osób trzecich – właścicieli działek/nieruchomości, nie będą obciążać wykonawcy w zakresie roszczeń Zamawiającego dot. czasu na ukończenie i roszczeń finansowych ze strony Zamawiającego (punkt 12 uzasadnienia),

10. pkt 6.1.2. OPZ „Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI)":

10.1. jednoznaczne wskazanie, że odbiory dokumentacji będą odbywały się zgodnie z procedurą Zamawiającego nr SMS-PW-09 (punkt 14 uzasadnienia),

10.2. udostępnienie przywołanego w pkt 6.1.3. OPZ załącznika - tj. Regulaminu ZOPI, tak aby opis procedury odbiorowej był jednoznaczny (punkt 15 uzasadnienia),

11. Załącznik nr 1B (Wzór załącznika 1B do formularza ofertowego):

11.1. aby Zamawiający przewidział, że rozliczenie pełnienia nadzoru autorskiego (netto) będzie dokonane przy uwzględnieniu ceny za jeden dzień pobytu,

11.2. doprecyzowanie w dokumentacji zamówienia, że jeden pobyt nadzoru autorskiego odnosi się tylko i wyłącznie do jednego dnia (jeden pobyt nie może obejmować więcej niż jednego dnia),

11.3. wykreślenie sformułowania z pkt 4.4.2 OPZ „Pełnienie nadzoru autorskiego", że: „…jeden pobyt może obejmować więcej niż jeden dzień" (pkt 16 uzasadnienia),

12. Załącznik nr 6 do OPZ - Harmonogram Rzeczowo – Finansowy (HRF), zmianę OPZ, że jeżeli wystąpi spór kompetencyjny co do właściwości (rzeczowej lub miejscowej) organów (a takie się w praktyce zdarzają powszechnie), to ryzyko czasowe wynikające z tego sporu nie powinno stanowić ryzyka wykonawcy (punkt 17 uzasadnienia);

2) w zakresie zarzutu 2, aby w zakresie ww. wymagań dot. Koordynatora Projektu/Głównego Projektanta, Zamawiający dopuścił „Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w „specjalności architektonicznej" zamiast specjalności „w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej, lub projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej".

3) w zakresie zarzutu 3:

3.1. zmiany § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU") poprzez nadanie mu treści: „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy";

3.1. dostosowanie wskazanych w WU wskaźników waloryzacyjnych do warunków rynkowych.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do pierwszego z zarzutów pkt 2.2. ppkt 10 Tom III SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) odwołujący wskazał, że głównymi rezultatami Zamówienia jest uzyskanie m.in.: tak jak stanowi pkt 2.2. ppkt 10 OPZ, innych dokumentów koniecznych do realizacji robót budowlanych, w tym projektów fazowania robót oraz harmonogramów. Sformułowanie referujące go do „innych", nieokreślonych dokumentów i stanowi otwarty katalog dokumentacji, do opracowania, której będzie zobowiązany wykonawca. Treść ww. pkt 2.2. ppkt 10 OPZ jest nieprecyzyjna i ogólnikowa, a to uniemożliwia złożenie oferty. Wykonawca nie jest pewien, kiedy będzie znane, jakich innych dokumentów Zamawiający będzie oczekiwał i ile czasu będzie konieczne na ich sporządzenie lub uzyskanie, co stanowi ryzyko niemożliwe do określenia w kontekście wymaganego przez Zamawiającego harmonogramu prac.

W odniesieniu do pkt 4.3.1. OPZ Odwołujący podkreślił, że konieczność wskazania przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia, że wykonawca do wyceny ma przyjąć kolizje ujęte w studium, a wszystkie dodatkowe kolizje, zidentyfikowane później będą stanowić ryzyko finansowe i czasowe Zamawiającego wynika z faktu, że w przypadkach niewyartykułowanych wprost w dokumentacji zamówienia ryzyk – dochodzi do konfliktów lub „niemożności wyraźnego podjęcia decyzji" finalnie obciążają samego wykonawcę.

W odniesieniu do pkt 3.1 OPZ – „Założenia ogólne dla Wykonawcy" Odwołujący wskazał, że niedookreślenie pojęcia „zakresu współpracy" oraz „pomocy ze strony Zamawiającego w celu należytego wykonania Umowy" powoduje niejednokrotnie spory i nieuzasadnione błędy w komunikacji przekładające się następnie na terminowość realizacji

działań wykonawcy.

W ocenie Odwołującego przywołanie w tym punkcie OPZ odniesienie do obowiązującej u Zamawiającego aktualnej procedury nr SMS-PW-09 (Bezpieczne projektowanie infrastruktury kolejowej i zasady współpracy z projektantami) pozwoli, w razie wątpliwości interpretacyjnych, czy „zakłóceń we współpracy stron umowy", odwołać się do określonych postanowień procedury, określającej zasady obiegu dokumentacji, zgłaszania uwag, a Wykonawca będzie miał w pełni wiedzę, jakie procedury go obowiązują. Odwołujący ponadto podkreślił, że bezpośrednie przywołanie w treści OPZ tej procedury jest konieczne, ponieważ w OPZ w Załączniku 1 jest wskazane odniesienie do przepisów i regulacji Zamawiającego umieszczonych na serwerze, jednak treść serwera może ulec zmianie bez wiedzy wykonawcy. Powyższe pozwoli uniknąć wskazanych wątpliwości, czy też nieprawidłowości. Odwołujący uzasadnił żądanie uzupełnienia § 2 ust. 5 Projektu Umowy (Tom II SWZ) poprzez zamieszczenie regulacji dotyczącej pierwszeństwa dokumentów oraz wprowadzenie zapisu, zgodnie z którym w przypadku rozbieżności i konieczności

skorzystania z hierarchii dokumentów strony ustalą to we wzajemnej komunikacji, potrzebą uniknięcia wątpliwości w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentami.

W odniesieniu do pkt 3.3. OPZ „Koordynacja z innymi Inwestycjami" Odwołujący wskazał na obowiązek wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych/przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami w liniach rozgraniczających zamówienie oraz na obszarze jego oddziaływania, a także, że z punktu 3.2. OPZ „Rodzaje ryzyka" wynika, że głównym ryzykiem zamówienia jest wzajemne powiązanie zadań określonych w OPZ w kontekście pozyskania niezbędnych zgód i pozwoleń, co implikuje konieczność wzięcia na wykonawcę ryzyka „niekorzystnych dla Zamawiającego decyzji władz lokalnych", a to może wprost wydłużyć okres ich uzyskiwania w zakresie zgodnym z interesem Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że działania podmiotów trzecich (tutaj organów administracyjnych) nie mogą obciążać wykonawcy, stanowiąc dla niego wyraźnie wyartykułowane w OPZ ryzyko. W takim wypadku upływ czasu związany z odwołaniami od decyzji władz lokalnych nie może stanowić ryzyka projektanta. To samo, w ocenie Odwołującego dotyczyło określonego w pkt 3.2 OPZ ppkt 4 ryzyka i zagrożenia dot. „zmiany w materiałach przetargowych, które mogą być zalecone przez instytucje publiczne lub samorządowe" (str. 17 OPZ). Odwołujący podkreślił, że żądanie Zamawiającego związane z działaniem strony trzeciej zmiany w zatwierdzonej przez siebie dokumentacji, koszt i czas wykonania tej zmiany nie może stanowić ryzyka wykonawcy. Tak zdefiniowane ryzyko i zagrożenia, które nie pozwala na jego parametryzację przez wykonawcę (określenie prawdopodobieństwa wystąpienia, wyceny, uwzględniania ryzyka w cenie oferty) jest niedopuszczalne w ramach wymogów jednoznaczności i precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w OPZ ryzykiem niekorzystnych dla Zamawiającego decyzji władz lokalnych obciąża się wykonawcę i stąd wynika potrzeba wyraźnego wskazania w pkt 3.2 i 3.3. OPZ, że ewentualne przyszłe inne projekty Zamawiającego, czy już trwające, zlokalizowane na tożsamym obszarze będą koordynowane do projektu objętego zamówieniem, że ryzyka związane z koordynacją tych – niezależnych od wykonawcy projektów – będą po stronie Zamawiającego.

W odniesieniu do pkt 4.3.9 OPZ „Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej" Odwołujący wskazał, że w praktyce referuje ono do ustawy Prawo geologiczne i górnicze, które wymaga, aby wykonawca wystąpił jednokrotnie do właścicieli działek, na których mają być zlokalizowane badania geologiczne (art. 80 pkt 2) i 3) oraz art. 85b), art. 41). Wobec powyższego wykonawca nie może przyjąć na siebie odpowiedzialności (przedłużony czas na ukończenie) za ewentualne odmowy wstępu na działki przewidziane do wywłaszczenia ramach decyzji i decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej oraz za działki

z nieuregulowanym stanem prawnym (np. sprawy spadkowe, brak kontaktu z właścicielami etc.). Zgody na wejście w teren działek konieczne są do uzyskania zatwierdzenia projektu robót geologicznych. W tym zakresie Odwołujący podkreślił, że aby wykonać badania geologiczne musi posiadać prawo wejścia na teren danej nieruchomości, a w przypadku, gdy realizacja zamówienia wymaga pozyskania nowych nieruchomości, to wykonawca nie może ich wykonać (a nawet nie może zatwierdzić projektu robót geologicznych bez zgody strony trzeciej). Jest to powszechna sytuacja do blokowania inwestycji.

W zakresie pkt 6.1.2 OPZ „Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI)" Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z zapisami OPZ, „Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI) zostanie powołany przez Zamawiającego, a jego głównym zadaniem będzie opiniowanie i uzgadnianie całościowych lub cząstkowych opracowań dokumentacji projektowej. Na podstawie opinii ZOPI Zamawiający dokona odbioru poszczególnych etapów Projektu, a Zamawiający, na wniosek ZOPI, zlecać będzie opinie zewnętrzne konieczne do weryfikacji prac Wykonawcy. Prace ZOPI zostały uregulowane w oddzielnym dokumencie wewnętrznym PKP PLK S.A. Pozytywna opinia ZOPI nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za opracowaną dokumentację". Wobec powyższego Odwołujący zażądał, aby zostało jednoznacznie wskazane, że odbiory dokumentacji będą odbywały się zgodnie z procedurą Zamawiającego nr SMS-PW-09 oraz udostępnienia przywołanego w pkt 6.1.3 OPZ załącznika - tj. Regulaminu ZOPI, tak aby opis procedury odbiorowej był jednoznaczny.

Odnosząc się do Załącznik nr 1B (Wzór załącznika 1B do formularza ofertowego) Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w tym dokumencie, że rozliczenie pełnienia nadzoru autorskiego (netto) będzie dokonane przy uwzględnieniu ceny za jeden dzień pobytu, a to stanowi niezgodność z definicją z pkt 1.2 OPZ p. 32) pobytu.

Jeśli chodzi o Załącznik nr 6 do OPZ - Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego (HRF) Odwołujący wskazał, że jest on nieaktualny, co wymaga jego dostosowania. Dostosowanie dotyczy procesu uzyskiwania uzgodnień projektów dot. decyzji środowiskowej i ULLK. Odwołujący wskazał na punkty P.4.1 i 4.2 HRF, zgodnie z którymi zakłada się złożenie wniosku o pozwolenie wodnoprawne przed uzyskaniem decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej (ULICP)/o ustaleniu

lokalizacji inwestycji celu publicznego (ULLK; P. 3.1 i 3.2 HRF). W ocenie Odwołującego zapis powyższy stanowił wprost zaprzeczenie zapisów ustawy § 407 p1) pp 3) Prawa wodnego, gdzie decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (lub równoważna jej decyzja o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej) stanowi załącznik do wniosku o pozwolenie wodnoprawne. Z powyższego wynika bezpośrednio, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, że nie można skutecznie złożyć wniosku o

pozwolenie wodnoprawne nie dysponując decyzją ULICP/ULLK. Ponadto Zamawiający oczekuje uzyskania pozwolenia po 578-554 = 24 dniach.

W zakresie zarzutu 2, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt 8.6.2. Ogłoszenia o zamówieniu, - pkt 8.2.4 IDW, wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z następującym wyszczególnieniem: (…) „Koordynator Projektu/Główny Projektant: (…) Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej, lub projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych: Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.” W ocenie Odwołującego, zgodnie z zapisami OPZ, zasadniczym celem realizowanego zamówienia ma być dostosowanie infrastruktury kolejowej do rzeczywistych potrzeb przewoźników i kontrahentów oraz do prognozowanych kierunków rozwoju, uprawnienia architektoniczne (uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej) są pełni adekwatne do realizacji przedmiotu zamówienia, do architektury obiektu. Powyższe w sposób adekwatny referuje do funkcji projektowania w specjalności architektonicznej, a niekoniecznie inżynieryjnej. Przedmiotem zamówienia nie jest bowiem nowa, kompleksowa rewitalizacja linii kolejowej, ale jej dostosowanie do uzyskania pasażerskiego połączenia kolejowego dla południa miasta Pyskowice, co zasadniczo przedkłada się na architekturę obiektów zastanych, a nie nowotworzonych. Zmiana warunku udziału w postępowaniu będzie urzeczywistniała zasadę wyboru wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający ma obowiązek określać warunki postępowania w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia. Ponadto Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w art. 16 ustawy Pzp tj. z zasadą proporcjonalności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania Zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Kluczowe jest, że osoba z doświadczeniem żądanym przez Odwołującego, będzie z racji posiadania uprawnień budowlanych do projektowania bez ograniczeń w „specjalności architektonicznej” będzie posiadała takie same doświadczenie, jak wymagane przez Zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w „specjalności architektonicznej” są szersze niż żądane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał ponadto, że na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza, jak i Trybunał Sprawiedliwości

(obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585 wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu. Przekładając tę zasadę na formułowane przez Zamawiającego warunki postępowania należałoby stwierdzić, że podjęte przez Zamawiającego działania w tym zakresie służyć powinny zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający formułując warunki postępowania powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez Zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie.

Uzasadniając konieczność zmiany § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU”), Odwołujący wskazał, że zmiana korekt wynagrodzenia wynika z konieczności dostosowania poziomu umownego wskaźnika cen do realiów rynkowych w związku z aktualnie powszechną wiedzą, że rynkowy wzrost cen, inflacja etc. przewyższa mocno próg 10%, co jest i musi być uznany za wartość sztuczną, nierynkową. Ponadto, sam Zamawiający w WSPP (Wstępne Studium Planistyczno-Prognostyczne) dla Programu Kolej Plus przewidział współczynnik 1,155 (115,5%, tj. wzrost o 15,5%), zatem sam prognozował, że wartość wzrostu kosztów przekroczy 10%. W tym kontekście Odwołujący przytoczył orzeczenia KIO w sprawach: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22 z dnia 25.10.2022 r.

W dniu 17 marca 2023 r. IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w części w zakresie zarzutów nr 1 i 3. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

W dniu 23 marca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W trakcie rozprawy w dniu 24 marca 2023 r. Odwołujący podtrzymał odwołanie, zgłosił wniosek o odroczenie rozprawy z uwagi na niedostarczenie uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 528/23, który w ocenie odwołującego stanowił podstawę odpowiedzi Zamawiającego i miał wpływ na dalsze działania Odwołującego.

Odwołujący oświadczył ponadto, że wycofuje zarzuty z punktu I.1, uszczegółowione w uzasadnieniu odwołania w punktach 1-16. Odnosząc się do zarzutu z punktu 2 odwołania, Odwołujący wskazał, że żąda rozszerzenia katalogu osób dopuszczonych do wykonywania

funkcji koordynatora i głównego projektanta w tym zamówieniu o osoby posiadające uprawnienia budowlane w

specjalności architektonicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron (uczestnik nieobecny), złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 368 Międzychód-Szamotuły" realizowanego w ramach programu uzupełniania lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej + do 2029 roku". Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu wraz z SWZ zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 043-126044. SWZ oraz ogłoszenie zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego. Kolejno ustalono, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W pkt 2.2.Tom III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia:

„2.2 Cele i rezultaty zamówienia

Celem realizacji Umowy jest dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z wymaganymi Prawem opiniami, uzgodnieniami, dopuszczeniami, warunkami, decyzjami niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów i na etapie robót budowlanych w przypadku skorzystania z Prawa Opcji.

Głównymi rezultatami Zamówienia jest uzyskanie:

1) koncepcji programowo - przestrzennej (KPP);

2) projektów budowlanych wraz z dokumentacją geodezyjną (mapa do celów projektowych), geotechniczną i geologiczno-inżynierską;

3) materiałów niezbędnych do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o których mowa w ustawie z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1029 z późn. zm.) – dalej jako „ustawa o udost. inf. o środ.";

4) kompletu materiałów niezbędnych do uzyskania pozwoleń na budowę wraz z pozyskaniem samych pozwoleń na budowę lub zaświadczenie o nie wniesieniu sprzeciwu potwierdzających zgłoszenie zamiaru wykonania robót budowlanych, w tym m.in.: raportów o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko – jeśli ponowna ocena oddziaływania na środowisko będzie wymagana. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że w przypadku uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach po przeprowadzeniu oceny oddziaływania na środowisko nie ma możliwości realizacji prac budowanych w trybie zgłoszenia robót;

5) projektów wykonawczych;

6) materiałów przetargowych niezbędnych do wyłonienia wykonawców robót budowlanych (tj. przedmiar robót na bazie KPR, kosztorys Inwestorski, STWiORB), PFU dla branży automatyki i telekomunikacji oraz udział w postępowaniu przetargowym na wybór wykonawcy robót poprzez przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu odpowiedzi na pytania zadawane w trakcie postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych, aż do zawarcia umowy z Wykonawcą Robót oraz wynikających z tych pytań niezbędnych modyfikacji opracowanych dokumentów;

7) certyfikacji na etapie projektowania;

8) w przypadku skorzystania z Prawa opcji pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją robót;

9) ostatecznych pozwoleń na budowę;"

W punkcie 3.1. OPZ „Założenia ogólne dla Wykonawcy" Zamawiający wskazał:

„3.1 Założenia ogólne dla Wykonawcy

W celu należytego wykonania Umowy zakłada się:

1) współpracę oraz pomoc ze strony Zamawiającego w czasie realizacji zadania, w zakresie przekazywania danych, opracowań, dokumentów i informacji niezbędnych do przygotowania projektu (zwanych dalej: Informacjami), będących w posiadaniu

Zamawiającego. Współpraca obejmować będzie, w szczególności konsultacje w zakresie zagadnień branżowych dla

zapewnienia właściwych rozwiązań funkcjonalnych:

a) Udostępnianie Informacji będących w gestii jednostek i komórek PLK SA może być zrealizowane według następującej procedury:

• Wykonawca zwraca się pisemnie do jednostek lub komórek PLK SA o udostępnienie oczekiwanych Informacji. Wniosek musi precyzyjnie określać oczekiwania w zakresie pozyskiwanych Informacji. Wniosek ma być przedłożony w odpisie do Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu;

• Wykonawca zobowiązany jest do bieżącego informowania Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu o stanie uzyskiwania Informacji w raportach tygodniowych;

• Informacje będą udostępniane, o ile ich udostępnienie nie będzie naruszało interesów Zamawiającego;

b) Ze strony Zamawiającego, osobami odpowiedzialnymi za koordynację udostępnienia Wykonawcy wewnętrznych Informacji, będących w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania, są Dyrektor Projektu i Kierownik Kontraktu."

„3.2 Rodzaje ryzyka

Główne ryzyka realizacji Umowy, które Wykonawca powinien wziąć pod uwagę są: ograniczony czas wykonania, wzajemne oddziaływanie różnych wydarzeń oraz konieczność uzyskania niezbędnych zgód i uzgodnień. Ponadto wykonanie zadań określonych w niniejszym OPZ jest wzajemnie powiązane. Wykonawca musi zwracać szczególną uwagę na właściwą koordynację swojej działalności i brać pod uwagę możliwości i konieczny czas, aby uzyskać zgody i pozwolenia konieczne do realizacji zadania.

Wykonawca w szczególności powinien wziąć pod uwagę poniższe ryzyka i zagrożenia:

1) określony czas realizacji Projektu – Wykonawca powinien z uwagi na ograniczony czas wykonywania przedmiotu Umowy przyjąć zasadę prowadzenia zadań równolegle bez oczekiwania na rozpoczęcie następnego zadania po przyjęciu poprzedniego. Wobec powyższego wymagana jest ścisła koordynacja i współdziałanie zespołów Wykonawcy przy realizacji poszczególnych zadań;

2) konieczność uzyskania pozwoleń i uzgodnień z właściwymi organami oraz innymi podmiotami i stronami postępowania, niezbędnych przy realizacji zadań i mogących mieć wpływ na realizację prac zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym;

3) linia kolejowa 368 znajduje się w ewidencji zabytków, co będzie wymagało czasochłonnych uzgodnień;

4) decyzje władz lokalnych niekorzystne dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wymagające procedury odwoływania i mogące wydłużyć okres ich uzyskiwania w zakresie zgodnym z interesem PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.;

5) zmiany w materiałach przetargowych które mogą być zalecone przez instytucje publiczne lub samorządowe (dokumentacja przetargowa może być przedmiotem weryfikacji przez ww. podmioty, które mogą zalecić zmiany mające wpływ na dotrzymanie terminów zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym);

6) ewentualne zmiany w przepisach prawa wynikające między innymi z konieczności dostosowania polskich aktów prawnych do prawa unijnego i konieczność ich zastosowania przy opracowywaniu dokumentacji;

7) nałożenia przez właściwy organ obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, ponownej oceny oddziaływania na środowisko lub oceny oddziaływania na obszar Natura 2000;

8) w przypadku zmiany zakresu Projektu w stosunku do zakresu określonego decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach – konieczność przygotowania kompletnych wniosków o wydanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i nowej decyzji (ryzyko dotyczy jedynie sytuacji, gdy potrzeba wprowadzenia zmian w zakresie przedsięwzięcia zostanie zgłoszona przez Wykonawcę po dniu zawarcia umowy i nie wynika z inicjatywy Zamawiającego);

9) możliwość wystąpienia niezgodności w przebiegu granic działek ewidencyjnych stanowiących obszar kolejowy zamknięty uwidoczniony na mapach z Kolejowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w stosunku do danych o przebiegu granic obowiązujących w Powiatowych lub Miejskich Ośrodkach Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej. Wystąpienie tego ryzyka wydłuży nakład i czas pracy przewidziany na opracowanie mapy do celów projektowych, co Wykonawca powinien uwzględnić w swojej ofercie;

10) możliwość wystąpienia konfliktów społecznych z uwagi przywrócenie ruchu kolejowego.

Wykonawca powinien ściśle współpracować z Zamawiającym oraz instytucjami wydającymi pozwolenia, opinie lub odpowiednie uzgodnienia. Wykonawca powinien przedsięwziąć niezbędne kroki zmierzające do wyjaśnienia wątpliwości powstających podczas realizacji Umowy, tak, aby wyeliminować możliwość opóźnień w opracowaniu dokumentacji."

W punkcie 3.3 OPZ „Koordynacja z innymi Inwestycjami" Zamawiający zastrzegł:

„Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych / przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami w liniach rozgraniczających niniejszego Zamówienia oraz na obszarze

jego oddziaływania."

W punkcie 4.3.9. OPZ „Opracowanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej" Zamawiający wskazał:

„1. Wymagania ogólne

Wykonawca wykona badania umożliwiające prawidłowe rozpoznanie warunków gruntowych podłoża i podtorza w celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu Zamówienia, zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej lgo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej.

Rozwiązania geotechniczne dla podtorza, wykopów i nasypów oraz wszystkich projektowanych obiektów, w szczególności obiektów inżynieryjnych muszą zostać ustalone na podstawie wyników badań podłoża gruntowego wykonanych w zakresie niezbędnym do prawidłowego zaprojektowania obiektu."

Punkt 4.4.4. OPZ „Pełnienie nadzoru autorskiego" przewiduje:

„Jeden członek zespołu Projektanta może wykazać w jednym dniu jeden pobyt; jeden pobyt może obejmować więcej niż jeden dzień."

W punkcie 1.2. OPZ „Terminologia i skróty" zostało przewidziane, iż:

„ 32) Pobyt - wykonanie czynności nadzoru autorskiego polegające na:

a) fizycznej obecności na placu budowy lub w innym miejscu wyznaczonym przez Zamawiającego, trwającej 8 godzin (do czasu trwania obecności nie są wliczane dojazdy, noclegi itp.); przyjmuje się, że obecność trwająca krócej niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu;

b) sporządzeniu opracowania lub dokumentacji (opracowanie tekstowe, szkice, rysunki, obliczenia, analizy, itp.), niezależnie od miejsca wykonywania tej pracy; przyjmuje się, że jeden Pobyt w tym zakresie obejmuje 8 godzin pracy, sporządzenie opracowania/ dokumentacji w czasie krótszym niż 8 godzin będzie stanowić odpowiednią część Pobytu".

W punkcie 6.1.2. OPZ „Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI)", Zamawiający wskazał:

„Zespół Oceny Projektów Inwestycyjnych (ZOPI) zostanie powołany przez Zamawiającego. Głównym zadaniem ZOPI jest opiniowanie i uzgadnianie całościowych lub cząstkowych opracowań dokumentacji projektowej. Na podstawie opinii ZOPI Zamawiający dokonuje odbioru poszczególnych etapów Projektu. Zamawiający, na wniosek ZOPI, zlecać będzie opinie zewnętrzne konieczne do weryfikacji prac Wykonawcy.

Prace ZOPI reguluje oddzielny dokument wewnętrzny PLK SA. Pozytywna opinia ZOPI nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za opracowaną dokumentację."

Ponadto Izba ustaliła, że Załącznik nr 6 do OPZ stanowi Uchwała Zarządu PLK SA nr 563/2022 z dn. 26.07.2022 r.

Natomiast w punkcie 8.6.2. Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zastrzegł: „W zakresie warunku określonego w pkt 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególowieniem: Koordynator Projektu/Główny Projektant (…..) Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Koordynator w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych: Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. (…) Koordynator w branży mostowej: Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej."

Izba ustaliła, że § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy, posiada następujące brzmienie:

„Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy."

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawca YLE Inżynierowie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechania czynności Zamawiającego naruszających ustawę Pzp i zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 355^1 Kodeksu

cywilnego, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na Wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

2. art 112 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia, poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 8.6.2. Instrukcji dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

3. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego 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 § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU") skrajnie niskiej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jaki jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków

rynkowych i podział ryzyka wzrostu kosztów realizacji zamówienia pomiędzy

Zamawiającego i Wykonawcę, w zakresie wskazanym szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił w części tj. w zakresie zarzutów nr 1 i 3, wykonawca IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Legnicka 48A, 54-202 Wrocław.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego.

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513

ustawy Pzp i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy Pzp, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu I.1 ppkt 1-16 uzasadnienia. Podczas rozprawy w dniu 24 marca 2023 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty z punktu I.1, uszczegółowione w uzasadnieniu odwołania w punktach 1-16.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Ustawodawca w przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Jeśli wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. Możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części nie jest kwestionowana w orzecznictwie Izby. W związku z oświadczeniem Odwołującego, że nie popiera odwołania w zakresie zarzutu I.1 uszczegółowionego w punktach 1-16 uzasadnienia, postępowania odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Nie ulega wątpliwości, że Izba jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, wobec czego skutkiem, który wynika wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na

uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 355^1 Kodeksu

cywilnego, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie wskazanym szczegółowo w punkcie 17 uzasadnienia odwołania z uwagi na nieaktualność Załącznika nr 6 do OPZ – Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (HRF) i konieczność jego dostosowania okazał się niezasadny.

Stosowanie do art. 513 pkt 1 Pzp, odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy.

Natomiast zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7, 8 i 9 Pzp, odwołanie zawiera m. in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia.

Zarzut sformułowany w punkcie I.1. i uszczegółowiony w punkcie 17 uzasadnienia odwołania dotyczył zaniechania sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzgledniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania zamawiającego oraz narzucenie na wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym („HRF"), stanowiącym Załącznik nr 6 do OPZ. Odwołujący wskazał, że HRF odnoszący się do procesu uzyskiwania uzgodnień projektów dotyczących decyzji środowiskowej i decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej (ULICP) jest nieaktualny.

Z ustaleń Izby poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynikało, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy nie stanowił Załącznika Nr 6 do OPZ. A wobec powyższego zarzut

sformułowany w punkcie I.1 uszczegółowiony w punkcie 17 uzasadnienia odnosił się do nieistniejącego postanowienia OPZ w dokumencie, który nie stanowił dokumentów zamówienia. A więc odnosił się do zaniechania zamawiającego, które nie miało miejsca.

Wobec powyższego ocena zasadności powyższego zarzutu nie była możliwa i w takim zakresie zarzut ten okazał się niezasadny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i ustanowienie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwiał udział w postępowaniu wykonawcom zdolnym do należytego wykonania zamówienia poprzez ustanowienie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w pkt 8.6.2. Instrukcji dla Wykonawców – Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia okazał się również niezasadny.

Stosownie do art. 112 ust. 1 Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 16 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający określił w punkcie 8.6.2. Ogłoszenia o zamówieniu wymaganie wskazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia oraz w sposób nienaruszający zasady proporcjonalności, przejrzystości i uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego nadmierne i nieproporcjonalne podmiotowe wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Z zakwestionowanej treści punktu 8.6.2. Ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tzn. posiadającymi uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub

projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej lub projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnej – budowlanej.

Jak wynika z dokumentów postępowania, jego przedmiotem jest udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 368 Międzychód-Szamotuły" realizowanego w ramach programu uzupełniania lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej + do 2029 roku. Jako cele i rezultaty zamówienia w dokumentach zamówienia – SWZ wskazano: „dostarczenie Zamawiającemu, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dokumentacji projektowej wraz z

wymaganymi Prawem opiniami, uzgodnieniami, dopuszczeniami, warunkami, decyzjami niezbędnymi do zrealizowania robót budowlanych oraz świadczenie usług przewidzianych na etapie przetargów i na etapie robót budowlanych w przypadku skorzystania z Prawa Opcji." Opis wg. Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 1) Zamówienie podstawowe Kod CPV: 71322000-1 – Usługi inżynierii projektowej w zakresie inżynierii lądowej i wodnej. 2) Prawo Opcji Kod CPV: 71248000-8 – Nadzór nad projektem i dokumentacją.

W przypadku skorzystania z Prawa Opcji wykonawca, zgodnie z postanowieniem SWZ będzie również zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) na warunkach określonych w pkt. 4.4.2 OPZ.

W odniesieniu do przedmiotu i celów zamówienia Zamawiający ustalił następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień Koordynatora Projektu, Głównego Projektanta oraz Koordynatora w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Zamawiający wymaga, aby ww. osoby posiadały odpowiednio uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej; projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno – budowlanej; uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, uprawnienia budowlane są udzielane w specjalnościach:

1) architektonicznej;

2) konstrukcyjno-budowlanej;

3) inżynieryjnej:

a) mostowej,

b) drogowej,

c) kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,

d) kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym,

e) hydrotechnicznej,

f) wyburzeniowej;

4) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń:

a) telekomunikacyjnych,

b) cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

c) elektrycznych i elektroenergetycznych.

Stosowanie do art. 15 a ust. 1 Prawa budowlanego, uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności uprawniają do sporządzania projektu zagospodarowania działki lub terenu, w zakresie tej specjalności.

Art. 15a ust. 2 ww. ustawy stanowi, iż uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej bez ograniczeń uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi, w odniesieniu do architektury obiektu, art. 15a ust. 4, uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu, ust. 6, uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak:

1) drogowy obiekt inżynierski w rozumieniu przepisów o drogach publicznych;

2) kolejowy obiekt inżynieryjny: most, wiadukt, przepust, ściany oporowe, tunele liniowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, zgodnie z ust. 11, uprawnienia budowlane w specjalności inżynieryjnej kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do obiektów

budowlanych, takich jak: stacje, linie kolejowe, bocznice kolejowe i inne budowle, w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, z wyłączeniem obiektów budowlanych, o których mowa w ust. 6 pkt 2, sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych przeznaczonych dla kolei, o których mowa w ust. 22, oraz urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym.

Zdaniem Odwołującego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w „specjalności architektonicznej" są szersze niż żądane przez Zamawiającego, a osoba z doświadczeniem żądanym przez odwołującego, będzie posiadała takie samo doświadczenie jak wymagane przez zamawiającego.

Z tym stanowiskiem nie zgodził się Zamawiający wskazując, że z przepisów Prawa budowlanego wynika jednoznacznie, że uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności architektonicznej nie są szersze, a z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego są znacznie węższe, ponieważ nie pozwalają na projektowanie konstrukcji kolejowych obiektów budowlanych, a to jest istota zamówienia, którego dotyczy postępowanie. W ramach tego zamówienia Zamawiający nie planuje w ogóle prac w zakresie architektury. Zamawiający wskazał ponadto, że pełnienie funkcji Koordynatora Projektu/Głównego Projektanta wiąże się z koniecznością podejmowania decyzji stricte technicznych powiązanych z branżą kolejową na każdym etapie realizacji umowy. W związku z powyższym znajomość zagadnień tylko architektonicznych prowadziłoby do braku możliwości sprawnej koordynacji wielobranżowej. Zamawiający w stanowisku przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzonym w stanowisku złożonym ustnie do protokołu w toku rozprawy zwrócił uwagę na zakres branż, w ramach których planowane jest pełnienie nadzoru autorskiego w ramach realizacji Fazy II umowy, t.j.: branży kolejowej, mostowej, urządzeń SRK, urządzeń telekomunikacji, konstrukcyjno – budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej oraz drogowej. Zamawiający podkreślił, że wśród powyższych branż nie występuje branża architektoniczna, a Koordynator Projektu/Główny Projektant będzie stosownie do pkt 6.2.1. OPZ odpowiedzialny za organizację i koordynację nadzoru autorskiego. Takiej roli nie może pełnić osoba specjalizująca się w branży nieobjętej nadzorem autorskim.

Zdaniem Izby, oczekiwanie Zamawiającego wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – osobami posiadającymi uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej kolejowej w

zakresie kolejowych obiektów budowlanych lub projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynieryjnej mostowej lub projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnej – budowlanej było, w świetle okoliczności rozpoznawanej sprawy uzasadnione.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób jasny i wyczerpujący wykazał, że realizowane przez niego zadania wymagają od wykonawcy przystępującego do realizacji usługi, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które posiadają wiedzę z zakresu zamówienia, ponieważ dotyczy ono sporządzenia dokumentacji projektowej, a tam wymagane są szczegółowe uprawnienia techniczne, które Zamawiający określił w SWZ. Zamawiający wskazał, że funkcja koordynatora projektu jest połączona z funkcją głównego projektanta, dlatego wymaga specjalistycznych uprawnień oraz że specjalność architektoniczna nie ma odniesienia do prac, które mają być zrealizowane.

Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia w sposób, który uwzględnia obiektywne potrzeby zamawiającego, pomimo, że wyklucza on możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z Komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 430: „Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia.”

Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, w ocenie Izby, warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu zostały określone w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, były uzasadnione zarówno w odniesieniu do skali, zakresu i specyfiki przedmiotu zamówienia, jak również stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji oraz wartości zamówienia. W świetle zebranego materiału dowodowego powyższe warunki udziału w postępowaniu nie ograniczają dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania.

Ponadto Odwołujący nie wykazał, że warunki udziału w postępowaniu, opisane zgodnie z żądaniami odwołania będą wystarczające do realizacji zamówienia w sposób i na poziomie pożądanym przez Zamawiającego.

W związku z powyższym omawiane żądanie Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie.

W następnej kolejności, Izba rozpoznała zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i 3 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego 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 niwelujących ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU”) skrajnie niskiej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jak i urealnienia należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych i podział ryzyka wzrostu kosztów realizacji zamówienia pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę w zakresie wskazanym w uzasadnianiu odwołania.

Stosowanie do treści przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub

kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ustęp 2 ww. przepisu wskazuje, że 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.

Podkreślenia wymaga, że ww. przepis ma charakter ogólny stanowiąc, że „określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia" bez wskazania, czy chodzi o wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zwiększone, czy też o wartość, o którą wynagrodzenie zostanie zmniejszone. Wobec powyższego należy wnioskować, że celem ww. przepisu jest określenie limitów „maksymalnych" zmian wynagrodzenia w obie strony, celem ustalenia ekwiwalentności świadczeń stron.

Niewątpliwie Zamawiający w tym postępowaniu określił wartość, o jaką wynagrodzenie zostanie zwiększone lub zmniejszone w oparciu o wskazane w postanowieniach projektowanej umowy wskaźniki.

Izba podkreśla, że brzmienie § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy jest zgodne z brzmieniem, jakiego żąda w odwołaniu Odwołujący: „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/) 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust. 1 lit. a) i b) Umowy. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 20 Umowy."

Niezależnie od wskazanej powyższej okoliczności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przyjęcie w § 21 ust. 8 Tomu II SWZ – Warunki Umowy skrajnie niskiej łącznej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W odpowiedzi na ww. zarzut, Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, na gruncie aktualnej treści WU, limit zmiany wynagrodzenia w wysokości 10 % zawiera już w sobie zmiany kosztów do wysokości 20 %, a więc konsumuje zmiany związane z inflacją, wzrostem cen czy wzrostem wynagrodzeń.

Zamawiający wskazał ponadto, że zgodnie z brzmieniem § 21 ust. 4 WU: „Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy będzie korygowane dla oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, zgodnie z ustępami 2 - 11 w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych („CPI") oraz przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego

brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej („R") publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS") w Dziedzinowej Bazie Wiedzy. Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny (WGn) wyliczony według wzoru:

$$WGn = a + b\frac{CPIn}{CPIo} + c\frac{Rn}{Ro}$$

gdzie:

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

- „a" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,5 (50%) niepodlegającym korekcie;

- „b" jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,3 (30%) niepodlegającym korekcie;

- „c" jest stałym współczynnikiem o wartości 0,20 (20%), niepodlegającymi korekcie;

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

- symbole wskaźnika z indexem dolnym „o” są wskaźnikami kosztu odniesienia (cenami odniesienia) na Datę Odniesienia, publikowanymi przez Prezesa”.

Objaśniając wzór Zamawiający wskazał, że współczynnik „a”, jest współczynnikiem stałym i nie odnoszonym do konkretnych wskaźników, inaczej mówiąc jest to część wynagrodzenia nie podlegająca waloryzacji i ta część obejmuje 50 % wynagrodzenia (0,5), dopiero współczynniki „b” (0.3) i „c” (0,2) przemnażane są przez wartości wskaźników kosztów a następnie sumowane ze współczynnikiem „a”.

Współczynnik „b” (0,3) przemnażany jest przez wskaźniki dotyczące inflacji, a więc zgodnie z tym wzorem Zamawiający partycypuje w kosztach związanych z inflacją w 30 %. Natomiast współczynnik „c” (0,2) przemnażany jest przez wskaźniki dotyczące zmiany przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej, a więc Zamawiający partycypuje w kosztach związanych ze zmianą wynagrodzeń w 20 %.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, już z samego wzoru wynika, że waloryzacja może obejmować maksymalnie połowę wzrostu wynagrodzenia, przy czym jej proporcjonalna wartość może być niższa, w zależności od wyniku ilorazu wskaźników kosztów.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował przedstawionego przez Zamawiającego sposobu waloryzacji prezentowanego w postaci matematycznego wzoru, a tym samym przewidzianego w dokumentach zamówienia podziału ryzyk związanych ze wzrostem kosztów, pomiędzy Zamawiającego a Wykonawcę.

Jak wskazał Zamawiający taki podział ryzyk zapewnia zarówno ochronę interesów Wykonawcy jak i Zamawiającego, będącego dysponentem środków publicznych.

Izba oceniła, że przyjęcie brzmienia klauzuli waloryzacyjnej, w wersji zaproponowanej przez Zamawiającego zabezpiecza strony na wypadek 20 % wzrostu kosztów, ponieważ w przypadku 20 % wzrostu kosztów, zgodnie ze wzorem, koszty te zostaną rozłożone po połowie między Wykonawcę a Zamawiającego, a więc rzeczywisty wzrost wynagrodzenia Wykonawcy wynosiłby maksymalnie 10 %, zgodnie z limitem wprowadzonym w § 21 ust. 8 WU.

W doktrynie wskazuje się, że 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 zapewniają 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. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie 6 miesięcy) zdejmuje z wykonawcy ciężar jednostronnego ponoszenia ryzyka późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy, por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9.

Jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp: „zawarcie umowy nie jest celem samym w sobie, celem tym jest należyte wykonanie zamówienia publicznego

z poszanowaniem interesów stron umowy”, tak Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 1147.

Nadto Izba podkreśla, że ustawa Pzp nie reguluje sposobu podziału ryzyka związanego ze zmianą kosztów wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani nie ustala, jak już wskazano w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia limitów dotyczących dokonywanej waloryzacji. W przepisie art. 439 Pzp ustawodawca wskazuje obowiązek zawarcia postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a w pkt 4 ust. 2 ww. przepisu maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

W ocenie Izby, przedstawione przez Zamawiającego argumenty uzasadniające wprowadzenie podziału ryzyk związanych ze wzrostem kosztów pomiędzy Zamawiającego i Wykonawcę jako zasadę przy kształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej w WU są racjonalne z uwagi na obowiązek zachowania równowagi stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 i 3 Pzp w zw. z art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miały charakter formalny z uwagi na odpowiednio umorzenie części postępowania odwoławczego oraz orzeczenie o kosztach postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza 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.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 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).

Wobec powyższego, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..