

WYROK

Warszawa dnia 7 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 30 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06.12. 2024 r. przez **odwołującego:** Budimex S.A.ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

z udziałem przystępujących:

- 1.PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
- 2.Trakcja S.A. ul .Al. Jerozolimskie 100 lok. II p., 00-807 Warszawa
- 3.NDI S.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot,

orzeka:

Jmarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu Nr 1 odwołania dotyczącego wymagania zamawiającego co do sprzętu jakim ma dysponować wykonawca

Oddala odwołanie w zakresie zarzutu Nr 2 odwołania dotyczącego dodatkowego wynagrodzenia z Kosztów Ogólnych w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc, które nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w części R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa i:

- 2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Budimex S.A.ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie - 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu prowadzonym o udzielenie zamówienia publicznego w sprawie pn. Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 - roboty budowlane na Linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu „Prace na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna”, numer referencyjny: 9090/IRZR1/18284/05200/24/P (dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2024 r., nr wydania: Dz.U. S: 230/2024, numer publikacji ogłoszenia: 719282-2024.

Odwołanie

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC,

tj.: art. 112 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie warunku udziału w postępowaniu oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców podczas dokonywania określenia warunku udziału w postępowaniu i dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co przejawiało się w żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem:

- oczyszczarką tłucznia o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi,
- pociągiem sieciowym do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,

- bramkami suwnicowymi,
- pociągiem do wymiany toru,

podczas gdy maszyny te nie są niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia i nie będą mogły zostać efektywnie wykorzystane przy jego wykonywaniu, a tak sformułowany warunek nie jest związany z przedmiotem zamówienia, ani też nie jest do niego proporcjonalny,

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 354 KC w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 5 KC przez uchybienie zasadom proporcjonalności i efektywności postępowania oraz przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku prawnego i określenie, że dodatkowe wynagrodzenie z Kosztów Ogólnych w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w części R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót, co prowadzi do naruszenia równowagi stron, stanowi wyraz wykorzystania i nadużycia pozycji dominującej oraz rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i Kodeksu Cywilnego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania w dniu 26 listopada 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania od tej czynności, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania

Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą treści Instrukcji dla Wykonawców (Dalej jako: „IDW”) oraz Warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załącznika do SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego - swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.
1. Postanowienia dokumentacji powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.
2. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w

tym przepis art. 353¹ KC.

I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając dokumentację postępowania pod względem zasad słuszności, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05. Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13. a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać dokumentacja postępowania, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż w stosunku zobowiązaniowym nie chodzi tylko o ochronę interesów Zamawiającego, ale również Wykonawcy. Tak KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

3. W ramach niniejszego Postępowania Zamawiający sformułował warunki udziału w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a także narzucił wykonawcom maksymalny limit kosztów ogólnych, ingerując w sposób, w jaki wykonawca kształtuje wycenę swojej oferty. Co więcej, zaproponowany przez Zamawiającego poziom jest ustalony w sposób sztuczny, nierealny, nie wynikający z konkretnych wyliczeń

Zarzut dotyczący wymaganego sprzętu

4. Zgodnie z Rozdziałem 8 ust. 8.2.4 IDW Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

5. Zgodnie z ust. 8.6.2. w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dostępności do niżej wymienionych narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia:

b. co najmniej 1 szt. - oczyszczarka tłucznia o wydajności co najmniej 600 m/h wraz z wagonami taśmociągowymi,

k. co najmniej 1 szt. - pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,

l. co najmniej 1 szt. - bramki suwnicowe poruszające się po szynach tymczasowo ułożonych na subwarstwie tłucznia lub bramki suwnicowe gąsiennicowe poruszające się po subwarstwie tłucznia,

m. co najmniej 1 szt. - pociąg do wymiany toru - tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego lub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki, z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsiennicowym.

6. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia, do zakresu prac niezbędnych do wykonania w ramach niniejszego postępowania będą należały m.in. przebudowa torów na stacji i odcinkach szlakowych, demontaż i odbudowa istniejących torów i rozjazdów, niezbędna regulacja torów i rozjazdów, rozbiórka punktu ładunkowego i ładowni oraz innej infrastruktury kolejowej, przebudowa toru bocznego.

7. Zgodnie z art. 116 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jak zresztą wynika z samej części definicyjnej ustawy Pzp (art. 7 pkt 29) ustawy Pzp) przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

8. Zatem Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w

postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, ale tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Granice swobody zamawiającego w sporządzaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków wyznacza art. 112 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ostatecznie, to Zamawiający, na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp musi zadbać o to, by udzielić zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

9. Określając warunki udziału w postępowaniu należy więc brać pod uwagę nie interesy zamawiającego, lecz rodzaj zamówienia, jego przedmiot, zakres, wartość i możliwy sposób wykonania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

10. Dla przypomnienia, Zamawiający w ramach tego postępowania wymagał, by wykonawcy składający swoją ofertę spełniali warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania dostępności:

- a) oczyszczarki tłucznia o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi,
- b) pociągu sieciowego do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,
- c) bramką suwnicową poruszającą się po szynach tymczasowo ułożonych na subwarstwie tłucznia lub bramką suwnicową gąsienicową poruszającą się po subwarstwie tłucznia i
- d) pociągiem do wymiany toru.

Ad a)

11. W przypadku takiej maszyny, jaką jest oczyszczarka tłucznia o określonej wydajności, wraz z wagonami taśmociągowymi, warto zwrócić uwagę na fakt, że przedmiotem inwestycji jest przede wszystkim budowa stacji (w przeciwieństwie do inwestycji liniowej, szlakowej). Z takim typem realizacji wiąże się wiele dodatkowych aspektów, takich jak obecność licznych przeszkód na stacjach - przepustów, rozjazdów, skrzyżowań torów, przejść podziemnych, czy też miejsc ograniczających skrajnię, jak perony, słupy sieci trakcyjnej (fundamenty) czy semafor. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku pociągu do wymiany toru przy inwestycji tego typu (o czym jeszcze będzie mowa) zastosowanie takiej maszyny byłoby zupełnie nieefektywne, gdy maszyna ta nie będzie pracować „na szlaku”, tylko będzie musiała być montowana i demontowana na i w okolicach stacji.

12. Zatem w przypadku stosowania oczyszczarki tłucznia przy takiej rodzajowo inwestycji (stacja), pojawia się problem skrajni i przeszkód, wraz z konsekwentną koniecznością każdorazowego zabudowywania urządzenia po pominięciu określonej przeszkody (np. rozjazdy czy perony).

13. Praktyka realizacji analogicznych inwestycji wskazuje, że nawet gdyby uczynić zadość wymaganiu Zamawiającego i wdrożyć oczyszczarkę tłucznia zgodnie z wytycznymi, i aby z kolei minimalizować trudności wdrożenia tego rozwiązania przy konieczności ominięcia licznych przeszkód, wyjściem z sytuacji byłoby zastosowanie oczyszczarki z wąskim ramieniem. W takim jednak przypadku napotyka się na kolejną trudność - pozostała część podsypki, która nie zostanie zebrana przez pełnowymiarowe ramię oczyszczarki, będzie musiała zostać zebrana przez koparkę. To z kolei generuje dodatkowe koszty i utrudnienia, których udało się uniknąć, gdyby Zamawiający nie wymagał użycia kontrproduktywnych i nieefektywnych urządzeń do realizowania poszczególnych zadań.

14. Gdyby z kolei argumentacja Zamawiającego uzasadniająca konieczność zastosowania oczyszczarki tłucznia z wagonami taśmociągowymi zasadzała się na tym, że taka oczyszczarka jest niezbędna choćby do samego zebrania tłucznia, należy wskazać, że takie działanie również nie byłoby ani efektywne, ani zasadne. Używanie oczyszczarki jedynie do zebrania tłucznia jest zupełnie nieefektywne ekonomicznie w warunkach niniejszego przetargu, ponieważ zebrany tłuczeń zostanie przetransportowany i wyladowany w miejscu składowania, a następnie zostanie poddany ocenie do ponownej zabudowy. Ten sam efekt (ale bardziej korzystny ekonomicznie) uzyska się używając koparek, kołowych środków transportu oraz oczyszczarki stacjonarnej - w tym przypadku można również uzyskać lepszy efekt oczyszczenia kruszywa. Stosowanie oczyszczarki torowej (jak tego oczekuje w tym postępowaniu Zamawiający) jest zasadne ekonomicznie tylko w sytuacji, w której przesiany przez oczyszczarkę tłuczeń zostanie od razu wbudowany w tor. W tym przypadku tak jednak nie będzie.

15. Odwołujący bardzo szczegółowo zapoznał się z całą dokumentacją postępowania i dodatkowo przypomina, że w

treści Tomu III - Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej jako: „STWiORB”, Zamawiający określił w pkt 5.2 (str. 6), że nie jest dozwolone stosowanie tłucznia staroużytecznego:

„[...]Tłuczeń torowy (kruszywo) zawierający substancje niebezpieczne (kod 17 05 07) Wykonawca przetransportuje na składowisko odpadów i zutyizuje na własny koszt.

Pozostały tłuczeń (kruszywo), inny niż wymieniony w 17 05 07 należy traktować jako odpad do zagospodarowania przez Wykonawcę, przy czym zaznacza się do budowy nawierzchni kolejowej, a także do budowy pokryw ochronnych nie jest dozwolone wykorzystanie tłucznia staroużytecznego.

16. W związku z tym, że stosowanie tłucznia staroużytecznego nie jest dozwolone, kolejnym znakiem zapytania jest konieczność dysponowania oczyszczarką tłucznią zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. W jakim zatem celu, skoro tłucznia staroużytecznego nie będzie można wykorzystać, wykonawca ma dysponować oczyszczarką tłucznią? Tylko do jego zebrania? Do tego służą (znacznie efektywniej i ekonomiczniej) inne sprzęty, a także inne technologie.

17. Oczywiście, hipotetycznie wykonawcy będą mogli poddać tłuczeń recyklingowi za pomocą wysokowydajnej oczyszczarki, tylko że pozyskany w ten sposób tłuczeń nie będzie mógł zostać wbudowany w ramach tego zamówienia. Wbudowanie tłucznia poddanego recyklingowi spowoduje wykonanie robót budowlanych niezgodnie z wytycznymi, a tym samym będzie uznane za nienależyte wykonanie zamówienia. W związku z tym sformułowanie przez Zamawiającego wymagania dysponowania tego typu oczyszczarką jest nieadekwatne i nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż maszyna ta nie będzie wykorzystana podczas wykonania robót budowlanych w ramach niniejszego zamówienia.

18. Dodatkowo, zgodnie z pkt 5.4. STWiORB (str. 7) Zamawiający określa, że „na odcinkach, na których przewiduje się wzmacnianie torowiska kombajnem podtorzowym posiadającym możliwość usunięcia i ponownego wbudowania tłucznia w nawierzchni kolejowej, tłuczeń na grubości do 0.30-0.35m należy oczyścić oczyszczarką torową i wbudować w tor”

5.4. Usuwanie podsypki na odcinkach szlakowych, na których przewiduje się wzmocnienia torowiska kombajnem podtorzowym.

Na odcinkach, na których przewiduje się wzmacnianie torowiska kombajnem podtorzowym posiadającym możliwość usunięcia i ponownego wbudowania tłucznia w nawierzchni kolejowej, tłuczeń na grubości do 0.30-0.35 m należy oczyścić oczyszczarką torową i wbudować w tor zgodnie z reżimami technologicznymi zawartymi w warunkach technicznych Id -114 [4], a wysiewki załadować na wagony taśmociągowe i odwieźć w miejsce ostatecznego składowania z rozróżnieniem etapu:

- przed kombajnem podtorzowym - poprzez regulacje (podbijanie) robocze toru,
- po pracy kombajnu podtorzowego - poprzez regulacje (podbijanie) utrwalające.

Zakazuje się składowania wysiewek w pobliżu linii kolejowej - na skarpach nasypów, przekopów lub w rowach bocznych.

19. Problem w tym przypadku jest jednak taki, że pisząc o „odcinkach szlakowych” w kontekście tej inwestycji, która, jak zostało już wskazane wcześniej, jest przede wszystkim inwestycją stacyjną, a nie „liniową”, „szlakową”, Zamawiający ma na myśli odcinki o długości mniej więcej 400m, czyli bardzo krótkie. Do takich krótkich odcinków wykorzystanie czy to oczyszczarki tłucznią czy kombajnu torowego jest zupełnie nieekonomiczne, nieefektywne i niemal niespotykane w praktyce.

20. Dokonując analizy wszystkich wymagań Zamawiającego, i zestawiając je z warunkami udziału w postępowaniu odnośnie do konieczności dysponowania określonym sprzętem, Odwołujący doszedł do wniosku, że Zamawiający próbuje wymusić zastosowanie określonego sprzętu wykorzystywanego podczas realizacji bardzo długich odcinków liniowych, podczas gdy przedmiot niniejszego zamówienia zakłada roboty budowlane na stacji i na bardzo krótkich odcinkach szlakowych.

21. Warto również ostatecznie nadmienić, że oczyszczarka tłucznią, podobnie jak opisany pod pozycją d) pociąg do wymiany toru, musi pracować w sposób ciągły dla uzyskania zadowalającego (optymalnego) efektu. Przy takim fazowaniu robót, z jakim mamy do czynienia w przypadku inwestycji stacyjnej (a taką jest Stacja Maksymilianowo), może dojść do przestojów w pracy maszyn, a także może powstać konieczność mobilizacji dodatkowego sprzętu, co z kolei podnosi cenę oferty, a jednocześnie nie ma przełożenia na efektywność.

Ad b)

22. Jeśli chodzi o żądanie Zamawiającego w zakresie konieczności dysponowania pociągiem sieciowym do potokowej

wymiany sieci trakcyjnej to Odwołujący zwraca uwagę, że w przypadku tego wymagania Zamawiający w ogóle nie bierze pod uwagę charakteru przedmiotu zamówienia, który zakłada roboty budowlane na stacji, a nie na inwestycji stricte szlakowej. Tymczasem pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej, jako maszyna typowo „szlakowa”, ma zastosowanie przede wszystkim wówczas, gdy rewitalizuje się linię kolejową. W przypadku niniejszej inwestycji mamy z kolei do czynienia z koniecznością kompleksowej wymiany (ze zmianą) geometrii torów. Projekt zakłada zmianę geometrii torów w planie i profilu, co powoduje, że najpierw należy zdemonstrować sieć, a po wykonaniu robót nawierzchniowych torowych należy montować sieć na nowych konstrukcjach. Te roboty można wykonać bez angażowania pociągu do potokowej wymiany nawierzchni sieci trakcyjnej. Zastosowanie pociągu do wymiany sieci do demontażu, a w kolejnej fazie robót do montażu generuje dodatkowe, istotne koszty, ponieważ jest znacznie droższy niż zastosowanie mniejszych jednostek, bardziej odpowiednich do inwestycji stacyjnej, jak w tym przypadku.

23. Jak zostanie jeszcze rozwinięte w ramach pociągu do wymiany toru (lit d) poniżej), do którego odnosi się analogiczna argumentacja, przygotowanie pociągu do potokowej wymiany nawierzchni sieci trakcyjnej jest również czasochłonne, w szczególności w przypadku inwestycji stacyjnej, jaką w przeważającej mierze jest niniejsza inwestycja. W związku z takim charakterem przedmiotu zamówienia niezbędne jest wzięcie pod uwagę okoliczności, że w takich warunkach wykorzystanie wymaganej przez Zamawiającego maszyny będzie się wiązało z koniecznością jej częstego montażu i demontażu ze względu na liczne przeszkody występujące na budowie, takie jak choćby przepusty, rozjazdy, czy nawet semafor. Wszystkie tego typu przeszkody będą wpływały na zwiększenie czasu realizacji inwestycji, a także konieczności większego zaangażowania potencjału kadrowego do obsługi, chociaż te same czynności da się wykonać bardziej efektywnie i ekonomicznie za pomocą innych urządzeń i innej technologii.

Ad c)

24. W odniesieniu do bramek suwnicowych poruszających się po szynach tymczasowo ułożonych na subwarstwie tłucznia lub bramek suwnicowych gąsiennicowych poruszających się po subwarstwie tłucznia (dalej również jako „zespół suwnic”), to zgodnie z dokumentacją postępowania Zamawiający dopuścił określone technologie budowy lub wymiany całych elementów nawierzchni w ramach modernizacji drogi szynowej, zgodnie z poniższym:

Dopuszcza się następujące technologie budowy lub wymiany całych elementów nawierzchni w ramach modernizacji drogi szynowej.

- na szlakach - z wyjątkiem miejsc niedostępnych dla kombajnu torowego - bezprzęsłowo przy użyciu kombajnu torowego,

na stacjach i odcinkach szlakowych niedostępnych dla kombajnu torowego - bezprzęsłowo lub przęsłowo przy użyciu zespołów dźwignic kroczących, suwnic torowych, dźwignów kolejowych lub innych urządzeń dźwigowych (samochodowych, dwudrogowych).

25. Należy zatem stwierdzić, że zespół suwnic jest wykorzystywany zamiennie z innymi metodami montażu i demontażu torów, na co wskazuje powyższe postanowienie.

26. Warto jednocześnie nadmienić, o czym była już mowa w odniesieniu do pozostałych urządzeń opisywanych w ramach niniejszego odwołania, że technicznie wykorzystanie suwnic do układania torów jest zasadne w przypadku montażu torów na szlakach (długich odcinkach), ale nie na stacjach, jak w przypadku przedmiotu tego postępowania. Ułożenie toru podsuwnicowego na stacji może napotkać kolizje choćby w postaci studni drenażowych. W przypadku konieczności zastosowania zespołu suwnic, jak tego wymaga w tym postępowaniu Zamawiający, możliwość i praktyczne uzasadnienie zastosowania tych urządzeń ograniczy się wyłącznie do przestrzeni między głowicami rozjazdowymi na krótkich odcinkach torów.

Ad d)

27. W tym miejscu należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że pociąg do wymiany toru jest maszyną typowo „szlakową”, podczas gdy głównym przedmiotem niniejszego zamówienia są przecież roboty budowlane związane z wybudowaniem stacji.

28. Z faktem, że pociąg do wymiany toru jest maszyną szlakową wiąże się wiele dodatkowych elementów, które muszą zostać wzięte pod uwagę, w szczególności w kontekście sformułowania pozostałych warunków udziału w postępowaniu.

29. Warto zwrócić uwagę na fakt, że Zamawiający w ramach przygotowanego przez siebie i przekazanego w ramach dokumentacji postępowania Opisu technicznego wskazał, że w celu osiągnięcia wymaganego Wskaźnika zagęszczenia $Is > 1,03$ i wymaganego Modułu odkształcenia 120MPa na górnej powierzchni warstwy ochronnej (Opis techniczny str.

30), konieczny jest demontaż istniejącej nawierzchni i zagęszczanie podłoża lub wykonanie zabiegów ulepszających podłoże gruntowe przed ułożeniem warstwy ochronnej. Osiągnięcie wskazanych parametrów nie jest możliwe przy stosowaniu pociągu do wymiany toru, a

poprzez sformułowanie wymagania dysponowania taką maszyną (przy tak sformułowanych parametrach niezbędnych do osiągnięcia), Zamawiający pozbawia wykonawców wpływu na osiągnięty wynik nośności podłoża gruntowego.

30. Jednocześnie, biorąc pod uwagę aspekt wydajności (mający przełożenie na aspekt finansowy przedsięwzięcia i jego efektywność ekonomiczną) Odwołujący zwraca uwagę, że przygotowanie do pracy pociągu do wymiany toru jest niezwykle czasochłonne, w szczególności w przypadku inwestycji, której głównym celem jest budowa stacji (a nie inwestycja liniowa, szlakowa). Należy podkreślić, że wykorzystanie tego rodzaju maszyny (o określonych parametrach i wielkości) w przypadku inwestycji stacyjnej będzie wymuszało konieczność jej częstego montażu i demontażu przed i za przeszkodami, które na stacjach są bardzo liczne i uwzględniają takie urządzenia jak przepusty, rozjazdy, skrzyżowania torów, przejścia podziemne, jak również miejsca ograniczające skrajnię, jak perony, słupy sieci trakcyjnej (fundamenty), semafony. Takie działanie jest zupełnie nieefektywne w sytuacji, gdy maszyna ta nie będzie pracować „na szlaku”, gdzie będzie mogła zostać wykorzystana do maksimum, bez zbędnego tracenia czasu na logistykę.

31. Powszechnie uznaje się, że wymianę nawierzchni oraz budowę warstwy ochronnej na stacjach oraz krótkich odcinkach szlakowych (odmiennie niż na stacjach) zaleca się wykonywać tzw. „metodą klasyczną”, a nie potokową, przy użyciu kombajnów torowych.

32. Warto dodatkowo zwrócić uwagę, co wynika wprost z treści dokumentacji postępowania w szczególności planów sytuacyjnych, że większość torów zmieni swoje położenie, w związku z czym wykorzystanie pociągu do wymiany toru nie znajdzie tym bardziej zastosowania w przypadku niniejszej inwestycji.

33. Jak zostało też nadmienione przy okazji omówienia nieefektywności wymagania dysponowania oczyszczarką tłucznia, również i w przypadku pociągu do wymiany toru trzeba wskazać, że w przypadku realizacji inwestycji Stacja Maksymilianowo, mamy do czynienia z fazowaniem robót. W związku z tym może dojść do przestojów w pracy obu tych maszyn, a także może powstać konieczność mobilizacji dodatkowego sprzętu, co z kolei podnosi cenę oferty, a jednocześnie nie ma przełożenia na efektywność.

34. Wykonawcy chcący rzetelnie podejść do wyceny swoich ofert, niezależnie od wymagań Zamawiającego, i tak będą musieli wykonywać niektóre roboty metodą klasyczną, w szczególności w miejscach, w których znajdują się istniejące rozjazdy, co sprawi, że wymagane przez Zamawiającego maszyny i tak nie będą mogły być efektywnie zastosowane.

35. W celu dodatkowego uzasadnienia braku zasadności sformułowania przez Zamawiającego wymogu dysponowania wskazanymi czterema urządzeniami / zestawami urządzeń, Odwołujący porównał wymagania Zamawiającego w innych postępowaniach o zbliżonym przedmiocie zamówienia do tego objętego niniejszym postępowaniem, a więc postępowań dotyczących modernizacji czy przebudowy dużych stacji kolejowych.

36. Odwołujący porównywał zatem warunki z następujących postępowań:

- 1) „Poprawa dostępu kolejowego do Portu Morskiego w Gdyni”,
- 2) „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową Stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia oraz Projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą”,
- 3) Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Idzikowice w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa Etap II”.

37. W żadnym z określonych powyżej postępowań Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania dysponowania oczyszczarkami, pociągiem sieciowym do potokowej wymiany sieci trakcyjnej, zespołem suwnic czy pociągiem do wymiany toru.

38. Wydaje się, że w przypadku pozostałych postępowań Zamawiający miał świadomość, że do zrealizowania jest inwestycja stacyjna, a nie liniowa, więc nie uznał za wskazanych urządzeń za niezbędne.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści pkt 8.6.2.

IDW przez wykreślenie następujących pozycji:

- b. co najmniej 1 szt.—oczyszczarka tłucznia o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi,

k. co najmniej 1 szt.—pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej, ł. co najmniej 1 szt.—bramki suwnicowe poruszające się po szynach tymczasowo ułożonych—na—subwarstwie—tłucznia—łub—bramki suwnicowe gąsiennicowe poruszające się po subwarstwie tłucznia,

m. co najmniej 1 szt.—pociąg do wymiany toru—tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego łub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki, z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsienicowym.

Zarzut dotyczący kosztów ogólnych

39. Zgodnie z §1 ust. 1 pkt 20) Umowy użyte w Umowie określenia oznaczają: Koszty Ogólne - Koszty Ogólne, których mowa w § 9 ust. 14 Umowy, wskazane w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Zakresu podstawowego.

40. Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy („Prawo do zmiany Umowy”) Zamawiający wskazał, że „jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót przy zastrzeżeniu, że dodatkowe wynagrodzenie z ww. tytułu w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w część R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót.”

Przez Koszty Ogólne należy rozumieć:

1)koszty dostosowania się do warunków Umowy, tj.

a)koszty Zabezpieczenia Wykonania;

b)koszty ubezpieczeń wymaganych Umową;

c)utrzymanie tablic informacyjnych, przejazdów, objazdów, dróg publicznych, czasowej organizacji ruchu;

d)koszt zabezpieczania Terenu Budowy;

e)koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy;

f)nadzór archeologiczny, nadzór przyrodniczy i środowiskowy, i nadzór autorski (projektanta), koszty obsługi geodezyjnej, laboratorium, koszt bezpieczeństwa i higieny pracy;

g)odwodnienie Terenu Budowy (tylko koszty stałe ponoszone w postaci opłat za zrzut wody);

2)koszt utrzymania zaplecza Wykonawcy:

a)koszty utrzymania zaplecza budowy wraz z wyposażeniem (wynajem lub amortyzacja), w tym powierzchni biurowej, kontenerów biurowych, socjalnych, magazynowych, placów składowych;

b)koszt mediów (woda, ścieki ogrzewanie, energia elektryczna, Internet, telefony, drukarki);

c)koszt sprzątania biur budowy;

d)koszt wynajmu lub amortyzacji rusztowań lub konstrukcji wsporczych, deskowań;

e)wynajem lub amortyzacja oraz utrzymanie IT (w tym koszty sprzętu IT przypisanego do biura i personelu biura);

f)koszty ochrony zaplecza Wykonawcy;

g)koszt wynajmu ewentualnych ogrodzeń Terenu Budowy;

h)koszty wynajmu lub amortyzacji głównego sprzętu.

3)koszty zarządu tj. koszty administracyjno-gospodarcze związane z realizacją Umowy;

4)koszt utrzymania personelu biura budowy:

a) koszt zatrudnienia, w tym koszty wynagrodzeń personelu oraz mieszkań służbowych Personelu Wykonawcy, podróży służbowych, delegacji.

41.W treści Przedmiaru robót, część I Warunki ogólne, znalazły się cztery pozycje odnoszące się do poszczególnych kosztów wynikających właśnie z § 9 ust. 14 Umowy.

1.3.011.3.01	Koszty ogólne o którym mowa w § 9 ust. 14 Umowy (wyceniane wspólnie dla Części A i Części B)		
1.3.01. 01STWiORB 0.01	1.3.01.01	Koszty dostosowania się do warunków Umowy (§9 ust. 14 pkt 1 Umowy)	
mies	42,00		
1.3.01.02STWiORB 0.01	1.3.01.02	Koszt utrzymania zaplecza Wykonawcy (§ 9 ust. 14 pkt 2 Umowy)	
mies	42,00		
1.3.01.03STWiORB 0.01	1.3.01.03	Koszty zarządu tj. koszty administracyjno- gospodarcze związane z realizacją Umowy (§ 9 ust. 14 pkt 3 Umowy)	
mies	42,00		
1.3.01. 04STWiORB 0.01	1.3.01.04	Koszt utrzymania personelu biura budowy (§ 9 ust. 14 pkt 4 Umowy)	
mies	42,00		

RAZEM:WARTOŚĆ KOSZTORYSOWA ROBÓT BEZ PODATKU VAT

42. Przez takie sformułowanie związanych ze sobą postanowień Zamawiający doprowadza w istocie do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie w sposób adekwatny wycenić swojej oferty. Problem, jaki pojawia się w szczególności na kanwie postanowienia z § 9 ust. 14 Umowy, związany jest z sytuacją, w której dojdzie do wydłużenia czasu realizacji inwestycji, tj. o wydłużony okres realizacji robót. Z doświadczenia wykonawcy od lat realizującego kontrakty kolejowe wynika, że większość dużych kontraktów kolejowych jest realizowanych dłużej niż zakładano - z bardzo różnych względów, najczęściej niezależnych od wykonawców.

43. Konsekwencją powyższego jest fakt, że kontrakty kolejowe co do zasady są zaplanowane na wiele lat, i nierzadko zdarza się, że również i okres realizacji robót wydłuża się proporcjonalnie. Jest to okres, w którym bardzo często zamawiający określają konieczność wykonania realizacji dodatkowych elementów infrastruktury czy obiektów, co w sposób oczywisty wydłuża czas realizacji, ale i istotnie zwiększa koszty. Powszechną praktyką na rynku jest w takich sytuacjach dochodzenie zwrotu poniesionych kosztów za wydłużone okresy realizacji inwestycji w oparciu o przedstawiane dowody dla poniesionych i uzasadnionych kosztów, po uprzedniej akceptacji zamawiających.

44. Zamawiający tymczasem właśnie w cytowanym § 9 ust. 14 Umowy uznał, że w przypadku wydłużonego okresu realizacji robót (wydłużonego nie wiadomo o ile, bez możliwości oszacowania tego aspektu na etapie przygotowywania i składania oferty) świadczeniem ekwiwalentnym dla poniesionych Kosztów Ogólnych (kosztów pośrednich) będzie dodatkowe wynagrodzenie, które w przeliczeniu na miesiąc nie będzie wyższe niż wartość jednomiesięcznym Kosztów Ogólnych wskazanych w części R Przedmiaru robót. Problem jest tylko taki, że realne koszty ponoszone przez wykonawców w tym nie wiadomo o ile miesięcy lub lat wydłużonym czasie realizacji, są wielokrotnie wyższe, co sprawia, że postanowienie prowadzi do bardzo istotnej dysproporcji między zobowiązaniami stron umowy.

45. Ukształtowanie klauzuli w taki sposób nie odpowiada realiom rynkowym, świadczy o pokrzywdzeniu wykonawców, ale też o jawnym naruszeniu zasad słuszności i współzycia społecznego, a więc reguły uczciwego i rzetelnego postępowania.

46. Po pierwsze, na etapie przygotowywania oferty trudno jest przewidzieć, czy wystąpi jakiegokolwiek zakłócenie możliwości dotrzymania pierwotnie określonego Czasu na Ukończenie, czy też wystąpi konieczność wydłużenia czasu realizacji kontraktu. Precyzyjne, bądź choćby zbliżone oszacowanie wartości takich ewentualnych (hipotetycznych) kosztów w nieznanym okresie (nikt nie ma możliwości określenia potencjalnego czasu wydłużenia realizacji) jest niemal niemożliwe. Tym samym rozkład ryzyka w przypadku wystąpienia jakichkolwiek zakłóceń realizacji o nieznanym czasie trwania tych zakłóceń jest niewspółmierny i nieadekwatny, i w sposób najbardziej dolegliwy dotknie wykonawcę, który koszty ponieść musi w kwocie nieznaney, ale nie ma szans ich odzyskać.

47. W tym kontekście istotne jest również, że Zamawiający w ramach sformułowanej klauzuli nie oddziela kosztów ogólnych od kosztów związanych z realizacją robót dodatkowych. Co więcej, zaproponowana przez Zamawiającego klauzula dotycząca Kosztów Ogólnych nie zawiera żadnych postanowień związanych z pokrywaniem kosztów ogólnych podwykonawców w wydłużonym czasie realizacji.

48. W praktyce tego rodzaju niepewność ma przełożenie na możliwość porównywalności składanych ofert. Jeden ostrożny wykonawca określi, że będzie musiał wkalkulować wynajem rusztowań w wydłużonym czasie realizacji na 50 obiektach jednocześnie, drugi uzna, że takiego ryzyka praktycznie nie ma i policzy wynajem rusztowań dla zaledwie jednego czy dwóch obiektów.

49. Powyższe dość na razie hipotetyczne różnice doskonale widać na przykładzie wynagrodzeń przykładowych pracowników umysłowych ujętych w ramach kosztów pośrednich. Odwołujący przeanalizował realne koszty na jednym z niedawno zakończonych kontraktów kolejowych, którego termin realizacji istotnie przedłużył się w czasie, głównie ze względu na istotne zmiany zakresu robót do wykonania. Na podstawie poniższej tabeli Odwołujący wskazuje, że w ramach analizowanego kontraktu udział wynagrodzeń pracowników umysłowych w kosztach pośrednich wynosił 71,4%. Jednocześnie Odwołujący przeanalizował średniomiesięczne wynagrodzenie pracownika umysłowego kontraktu w ujęciu czasowym, tj. przez pierwsze trzy lata realizacji kontraktu (od 2019 do 2021), czyli czasu, w którym kontrakt miał się zakończyć, i w latach 2022 - 2024, czyli w wydłużonym okresie realizacji inwestycji. Różnice w średniomiesięcznym wynagrodzeniu w poszczególnych latach 2019-2024 na tym przykładzie są drastyczne, co widać gołym okiem.

%udział wynagrodzeń PRACOWNICY UMYŚLOWI w kosztach pośrednich jw..71,40%

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracow/kontraktu-w/Pierwotnym/CnU2019/ 8.715,67

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracow/kontraktu-w Pierwotnym CnU 2020/ 9,627,52

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracow/kontraktu - w Pierwotnym CnU 2021 10.122,511

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracow/kontraktu-w przedłużonym CnU 2022 12.932,36

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracow/kontraktu-w przedłużonym CnU 2023 13.554,15

Średniomiesięczne/wynagrodz/pracown/kontraktu-w przedłużonym CnU 2024 (do końca CnU. tj maj 2024)14.716,84

50. Analizowany przykład wynagrodzeń wskazuje na bardzo istotne różnice wartościowe między wzrostem średniomiesięcznego wynagrodzenia na kontrakcie w latach określonych jako Czas na Ukończenie w Kontrakcie (tj. lata 2019 - 2021), tj. między kontraktowym początkiem inwestycji, a jej faktycznym zakończeniem (z 2,5-rocznym wydłużonym okresem realizacji).

Poniższa tabela jasno obrazuje, że wynagrodzenia pracowników umysłowych w pierwotnym Czasie na Ukończenie wzrosły o 16% (licząc od kontraktowej daty rozpoczęcia realizacji), podczas gdy porównując poziom wynagrodzeń z czasu podpisania umowy, do czasu, kiedy kontrakt realnie się zakończył, wzrost ten wynosi już blisko 70%.

1/faktyczne z kontraktu

2/ prawdopodobne do oszacowania na danych w dacie złożenia oferty

wzrost średniomiesięcznego wynagrodzenia na
kontrakcie 2019/2021 1/16,14% 2/12,24 %

wzrost średniomiesięcznego wynagrodzenia na kontrakcie 2019/2024 1/68.85% 2/ 20,40%

51. Na podstawie powyższego należy podkreślić, że bazując na danych dostępnych w dacie składania oferty, możliwe było oszacowanie prawdopodobnego wzrostu przeciętnych wynagrodzeń przez okres 3 lat (zaplanowanego pierwotnego czasu realizacji inwestycji) na poziomie około 12%, co nie stanowi istotnej różnicy do faktycznego wzrostu wynagrodzeń, który w tym czasie ukształtował się na poziomie 16%.

52. Jeśli zaś chodzi o okres 5 lat faktycznej realizacji inwestycji, bazując na danych dostępnych w dacie składania oferty, możliwe było oszacowanie prawdopodobnego wzrostu przeciętnych wynagrodzeń przez ten czas na poziomie około 20%, a więc na poziomie zupełnie oderwanym od realiów, które wynosiły 69%, do końca przedłużonego Czasu na Ukończenie.

53. W tych okolicznościach kluczowe jest też, jak mocno skorelowany i podobny do powyżej wskazanych wzrostów wynagrodzeń, jest wskaźnik wzrostu wynagrodzenia minimalnego według wskaźników publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny.

54. Odwołujący zebrał i porównał te dane, aby w sposób najbardziej adekwatny i na konkretnych wartościach zademonstrować nieprawidłowy charakter kontestowanej klauzuli z § 9 ust. 14 Umowy.

55. Jeśli chodzi o wynagrodzenie minimalne, to jak widać na poniższych wartościach, wynagrodzenie minimalne wzrastało (w okresie przed złożeniem oferty), średniorocznie o 5,7%. W planowanym okresie realizacji kontraktu, wskaźnik wzrostu wynosił już ponad 10% średniorocznie, w samym okresie przedłużenia - 15,5% średniorocznie, natomiast porównanie wysokości minimalnego wynagrodzenia z czasu składania oferty w postępowaniu, do czasu realnego zakończenia inwestycji, wskaźnik wzrostu wynosi już aż 88,5%! Powyższe dane obrazuje tabela.

minimalne wynagrodzenie

Okres obowiązywania (od - do)	Kwota brutto		wzrost %		
	średni % wzrost z	średni % wzrost	minimalnego		
wzrost % r/r	średni % wzrost	okresu realizacji	w okresie	wynagrodzenia	
	sprzed oferty	planowanej w	przedłużenia	od oferty do	
	Pierwotnym CnU	CnU	końca okresu przedłużenia		
01.07202431.122024	4 300.00	19.44%			
0101202430.062024	4 242.00				
01.07202331.122023	3 600.00	19.60%		15,52%	
01.01202330.062023	3 490.00				
01.01202231.122022	3 010.00	7.50%			
01.01202131.122021	2 800.00	7.69%			
01.01202031.122020	2 600.00	15,56%	10,13%		
01.01201931.122019	2 250,00	7.14%			
01.01201831.122018	2100.00	5.00%			
01.01201731.122017	2 000,00	8.11%			
01.01201631.122016	1 850.00	5,71%			
01.01201531.122015	1750,00	4.17%			
01.01201431.122014	1 680,00	5.00%	5,70%		
01.01201331.122013	1 600,00	6.67%			
01.01201231.122012	1 500.00	8.23%			
01.01201131.122011	1 3B6.00	5.24%			
01.01201031.122010	1 317,00	3.21%			
31.122009	1 276,00				

56. Zbliżone poziomami wartości dają się zaobserwować również w przypadku weryfikacji danych dotyczących przeciętnego wynagrodzenia według danych publikowanych przez GUS. W tym przypadku wartości prezentują się jak w poniższej tabeli, przy czym warto zwrócić uwagę na ostatnią daną, tj. procentowy wzrost przeciętnego wynagrodzenia od daty złożenia oferty do końca okresu przedłużenia - tj. wzrost o ponad 80%.

56. Nie ma tutaj miejsca na przypadek - wartości te są do siebie zbliżone, tj. wzrost średniego wynagrodzenia pracownika umysłowego na analizowanym kontrakcie (69%), wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia według GUS (88%), oraz przeciętne wynagrodzenie według GUS (80%).

57. Na podstawie już tego jednego przykładu („wynagrodzenie pracownika umysłowego”, który stanowi 70% kosztów pośrednich), z niedawno zakończonego kontraktu, którego okres realizacji znacząco się wydłużył, można w sposób jasny zademonstrować, że bez poznania „długości” czasu trwania okresu wydłużenia realizacji, jak również zakresu okoliczności opóźniających niemożliwy do określenia na etapie przygotowania oferty zakres prac wstrzymanych czy opóźnionych, nie jest możliwe ustalenie limitu dla kosztów pośrednich we wskazanych czterech głównych pozycjach RCO.

58. Rzetelne wyliczenie czy oszacowanie wartości przyszłego kosztu pośredniego w przedłużonym Czasie na Ukończenie nie jest możliwe, bowiem Zamawiający w treści kontestowanej klauzuli nie określił w sposób jednoznaczny i wyczerpujący informacji o liczbie okresów rozliczeniowych przedłużenia w wymiarze miesięcznym czy rocznym. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji całkowitej niepewności po stronie wykonawcy, co do tego, z ilu okresów przyszłego i niepewnego przedłużenia powinien uwzględnić szacowany wzrost kosztu, aby móc go ostatecznie ująć w koszcie niezbędnym do wskazania w ofercie. Takie podejście naraża również samego Zamawiającego na obiektywnie

uzasadnione zawyżanie cen jednostkowych (uwzględniających potencjalne przyszłe ryzyko wydłużenia i wzrostu kosztów pośrednich poza pierwotnie planowany czas realizacji) dla Kosztów Ogólnych w pierwotnie planowanym okresie realizacji, co będzie wprost prowadziło do sytuacji, w której to zamawiający płaciłby w każdym miesiącu podstawowej realizacji Koszty pośrednie powiększone o niemożliwą do racjonalnego określenia wartość w niepewnej przyszłości.

59. W ocenie Odwołującego, postanowienie § 9 ust. 14 Umowy w części ustalającej limit dodatkowego wynagrodzenia przy wydłużonym okresie realizacji robót jest postanowieniem nadmiernym, sprzecznym z zasadami współzycia społecznego, naruszającym zasady swobody umów i współdziałania Zamawiającego z wykonawcą. Stanowi także przejaw nieracjonalnego gospodarowania środkami publicznymi w związku z tym, że wartość szacowanych ryzyk dotyczących zdarzeń przyszłych i niepewnych będzie się odbijać na cenach za okres podstawowy.

60. Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu pt. „Zagadnienia partnerstwa i wyrównania pozycji stron umowy”, podkreśla wagę zasady współdziałania w regulowaniu relacji na linii zamawiający - wykonawca: „Zasada współdziałania w szerokim znaczeniu polega przede wszystkim na współpracy wykonawcy z zamawiającym, przejawiającej się w szczególności koniecznością wzajemnego informowania się o przebiegu umowy, zgłaszaniu wątpliwości i problemów, a także szybkim reagowaniu i podejmowaniu decyzji, niezbędnych dla prawidłowej realizacji zobowiązania. Obowiązek wyrażony w art. 431 Pzp dotyczy zarówno zamawiającego jak i wybranego w określonej procedurze wykonawcy. Powyższe oznacza, że obie strony kontraktu publicznego powinny działać zgodnie, w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Współdziałanie to, w szczególności po stronie zamawiającego może dotyczyć (w zależności od rodzaju umów np. obowiązku przyjęcia świadczenia, czy odbioru rzeczy przy dostawach, udzielania wskazówek, wyjaśnień, wydanie dokumentacji niezbędnej do wykonania zamówienia przy usługach czy robotach budowlanych. Współdziałanie po stronie zamawiającego może polegać także na powstrzymaniu się od działań, które mogłyby utrudnić wykonanie świadczenia w sposób przewidziany w umowie.”

61. Odwołujący w tym miejscu wskazuje i podkreśla, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest, by Postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie działanie daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należyтым wykonaniem Zamówienia. W konsekwencji efektem ma być uzyskanie doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięcie zysku w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona.

62. Przykładowo w wyroku z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków postępowania nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współzycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

63. Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywne ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

64. § 9 ust. 14 Umowy w obecnym brzmieniu stanowi w ocenie Odwołującego co najmniej rażące naruszenie równowagi kontraktowej, jest niezasadne, oderwane od obecnych realiów, a także skrajnie niekorzystne i uprzywilejowujące

wyłącznie Zamawiającego, który jako ostateczny beneficjent przedmiotu zamówienia, wyłącza swój obowiązek współdziałania z wykonawcą wraz z jakąkolwiek odpowiedzialnością za realizację inwestycji, a w tym należy upatrywać wdrożenia postanowienia o limitowaniu kosztów ogólnych. Co jednak istotne, obecne brzmienie § 9 ust. 14 Umowy nie jest również w interesie samego Zamawiającego, skoro w rzeczywistości Zamawiający będzie faktycznie nadpłacał za każdy miesiąc pierwotnego okresu na realizację przedmiotu umowy.

65. Warto w tym miejscu przypomnieć, że Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może on czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ oraz art. 5 KC). W tym kontekście celowe zdaje się przytoczenie podstawowej zasady swobody umów, którą w ramach wyroku rozważał Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w orzeczeniu z dnia 11 marca 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 146/21): „Bez wątpienia to zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Sama zasada swobody umów wymaga zgody obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiający posiada uprawnienie do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zamawiający jednak nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednak nie może on jednak korzystać z prawa oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, zatem obowiązku współpracy.”

66. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o doprowadzenie postanowień Warunków Umowy do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie na zasadzie uznaniowości, a postanowienia przybiorą formę zgodną z podstawowymi zasadami ustawy Pzp oraz zasadami współżycia społecznego, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego, a także dyscypliną finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikacje treści Umowy poprzez wykreślenie § 9 ust. 14 Umowy w brzmieniu:

„jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót przy zastrzeżeniu, że dodatkowe wynagrodzenie z ww. tytułu w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w części R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót.”

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

PISMO PROCESOWE ZAMAWIAJĄCEGO z dnia 23.12.2024r.

Działając w imieniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”), na podstawie załączonego pełnomocnictwa, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp” lub „PZP”), w odpowiedzi na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez spółkę Budimex S.A. (dalej jako: „Odwołujący”) w dniu 06 grudnia 2024 r. (dalej: „Odwołanie”), składam odpowiedź na Odwołanie i wnoszę o:

I. oddalenie zarzutów Odwołania w całości jako bezpodstawnych;

II. obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym kosztami zastępstwa.

uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia pn. Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 - roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu „Prace na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna”, numer referencyjny: 9090/IRZR1/18284/05200/24/P (dalej jako „Postępowanie”).

1) art. 112 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp przez nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia opisanie warunku udziału w postępowaniu oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców podczas dokonywania określenia warunku udziału w postępowaniu i dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co przejawiało się w żądaniu wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem:

- oczyszczarką tłucznią o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi,
- pociągiem sieciowym do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,
- bramkami suwnicowymi,
- pociągiem do wymiany toru

podczas gdy maszyny te nie są niezbędne do wykonania przedmiotowego zamówienia i nie będą mogły zostać efektywnie wykorzystane przy jego wykonywaniu, a tak sformułowany warunek nie jest związany z przedmiotem zamówienia, ani też nie jest do niego proporcjonalny,

2) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 354 KC w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 5 KC przez uchybienie zasadom proporcjonalności i efektywności postępowania oraz przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku prawnego i określenie, że dodatkowe wynagrodzenie z Kosztów Ogólnych w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w części R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót, co prowadzi do naruszenia równowagi stron, stanowi wyraz wykorzystania i nadużycia pozycji dominującej oraz rażącego uprzywilejowania pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego.

W związku z tak postawionymi zarzutami, Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i uzasadnia jak następuje.

1. Zarzut nr 1.

(1) Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia pn. Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 - roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu „Prace na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna”, numer referencyjny: 9090/IRZR1/18284/05200/24/P (dalej jako „Postępowanie”).

(2) Zamawiający określił w SWZ - IDW wymagania dotyczące potencjału technicznego jakim powinien się wykazać wykonawca dla prawidłowego wykonania zadania.

(3) Zgodnie z ust. 8.6.2. IDW w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dostępności do niżej wymienionych narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia:

b. co najmniej 1 szt. - oczyszczarka tłucznią o wydajności co najmniej 600 m³/h wraz z wagonami taśmociągowymi,

k. co najmniej 1 szt. - pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej, l. co najmniej 1 szt. - bramki suwnicowe poruszające się po szynach tymczasowo ułożonych na subwarstwie tłucznia lub bramki suwnicowe gąsiennicowe poruszające się po subwarstwie tłucznia,

m. co najmniej 1 szt. - pociąg do wymiany toru - tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego lub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki,

z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsienicowym.

(4)Zamawiający założył sprzęt wysokowydajny w celu możliwości maksymalizacji zakresu prac do wykonania w założonych czasie.

(5)Po przeprowadzeniu szczegółowej analizy każdej części robót do wykonania Zamawiający zweryfikował stawiane wymagania co do sprzętu jakim dysponować ma wykonawca.

(6)W dniu 17 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ.

Dowód: Zmiana treści SWZ z dnia 17 grudnia 2024 r.

(7)Tom I SWZ - Instrukcja Dla Wykonawców (IDW):

ZMIANA TREŚCI SWZ CZĘŚĆ I

Pkt 8.6.2 tiret drugie otrzymuje brzmienie:

- dostępności do niżej wymienionych narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia:

a) co najmniej 1 szt. - żuraw samojezdny kolejowy o maksymalnym udźwigu co najmniej 30 t,

b) co najmniej 1 szt. - automatyczna podbijarka toru, o wydajności minimum 600 mb toru / 1 godz. pracy wyposażona w system automatycznej rejestracji parametrów geometrycznych toru po podbiciu oraz wyposażona w zagęszczanie podsypki od czół podkładów;

c) co najmniej 1 szt. - podbijarka uniwersalna torowo-rozjazdowa umożliwiającą podbicie rozjazdów i skrzyżowań torów na podrozjazdnicach strunobetonowych;

d) co najmniej 1 szt. - stabilizator dynamiczny toru, lub automatyczna podbijarka toru (uniwersalna podbijarka torowo-rozjazdowa) wyposażona w zintegrowany moduł dynamicznej stabilizacji toru w zakresie równoważnym z niezależnym stabilizatorem toru;

e) co najmniej 1 szt. - profilarka tłucznia,

f) co najmniej 1 szt. - zestaw urządzeń podnośnikowo-kroczących do wymiany rozjazdów lub żuraw samojezdny kolejowy o maksymalnym udźwigu co najmniej 30t,

g) co najmniej 1 szt. - palownica do wbijania prefabrykowanych fundamentów pod słupy sieciowe (kolejowa lub drogowa);

h) co najmniej 1 szt. - pociąg sieciowy lub pojazd dwudrogowy (jazda na kołach kolejowych napęd hydrostatyczny) wyposażone w co najmniej: dwuramienną wypornicę sieci trakcyjnej, podest ruchomy, pantograf z listwą pomiarową, żuraw;

i) co najmniej 1 zestawów, w każdym min. 10 szt. wagonów samowyładowczych do przewozu kruszywa wraz z lokomotywą,

j) co najmniej 1 zestawów, w każdym min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach,

k) co najmniej 1 szt. - zgrzewarka do szyn z komputerowym rejestratorem procesu zgrzewania.

(8)Zamawiający uznał, że z uwagi na stacjonarny charakter inwestycji bardziej miarodajny pod względem maksymalnego wykorzystania frontu robót oraz ograniczenia wielokrotnej mobilizacji sprzętu i personelu Wykonawcy będzie sprzęt wskazany jak wyżej.

(9)Poniżej widać na czym polegają przedmiotowe zmiany:

a. co najmniej 1 szt. - żuraw samojezdny kolejowy o maksymalnym udźwigu co najmniej 30 t ,

b. co najmniej 1 szt.—oczyszczarka tłucznia o wydajności co najmniej 600 m3/h wraz z wagonami taśmociągowymi,

c. co najmniej 1 szt. - automatyczna podbijarka toru, o wydajności minimum 600 mb toru / 1

godz. pracy wyposażona w system automatycznej rejestracji parametrów geometrycznych toru po podbiciu oraz wyposażona w zagęszczanie podsypki od czół podkładów;

d. co najmniej 1 szt. - podbijarka uniwersalna torowo-rozjazdowa umożliwiającą podbicie rozjazdów i skrzyżowań torów na podrozjazdnicach strunobetonowych;

e. co najmniej 1 szt. - stabilizator dynamiczny toru, lub automatyczna podbijarka toru (uniwersalna podbijarka torowo-

rozjazdowa) wyposażona w zintegrowany moduł dynamicznej stabilizacji toru w zakresie równoważnym z niezależnym stabilizatorem toru

f. co najmniej 1 szt. - profilarka tłucznia,

g. co najmniej 1 szt. - zestaw urządzeń podnośnikowo-kroczących do wymiany rozjazdów lub żuraw samojezdny kolejowy o maksymalnym udźwigu co najmniej 30t,

h. co najmniej 1 szt. - palownica do wbijania prefabrykowanych fundamentów pod słupy sieciowe (kolejowa lub drogowa);

i. co najmniej 1 szt.—pociąg fundamentowo—słupowy,

j. co najmniej 1 szt. - pociąg sieciowy lub pojazd dwudrogowy (jazda na kołach kolejowych napęd hydrostatyczny) wyposażone w co najmniej: dwuramienną wypornicę sieci trakcyjnej, podest ruchomy, pantograf z listwą pomiarową, żuraw;

k. co najmniej 1 szt.—pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,

l. co najmniej 1 szt.—bramki suwnicowe poruszające się po szynach tymczasowo ułożonych na subwarstwie tłucznia lub bramki suwnicowe gąsiennicowe poruszające się po subwarstwie tłucznia,

m. co najmniej 1 szt.—pociąg do wymiany toru—tj. zespół złożony z kombajnu torowego wraz z wagonami do transportu starych i nowych elementów rusztu torowego lub układarka nawierzchni kolejowej poruszająca się po warstwie podsypki, z przednią częścią maszyny posadowioną na podwoziu gąsiennicowym,

n. co najmniej 1 zestawów, w każdym min. 10 szt. wagonów samowyładowczych do przewozu kruszywa wraz z lokomotywą,

o. co najmniej 1 zestawów, w każdym min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach,

p. co najmniej 1 szt. - zgrzewarka do szyn z komputerowym rejestratorem procesu zgrzewania.

(10)Wobec zmiany SWZ zarzut jest bezzasadny i powinien podlegać oddaleniu.

(11)Podkreślić należy, że wymagania powyższe jako warunki udziału w postępowaniu, zostały wprowadzone w oparciu o postanowienia ustawy Pzp art. 112 w zw. z art. 116 Pzp.

(12)Zamawiający określając takie warunki udziału w postępowaniu określił je nieadekwatnie do przedmiotu zamówienia.

(13)„Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, której należy dokonywać w sposób dostatecznie jasny oraz precyzyjny, aby zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków, mogli ją przeprowadzić na zasadzie zero-jedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia - nie spełnia”). W wyroku KIO z 3.09.2021r., KIO 2293/21 podkreślono, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych pozostawiają zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem KIO art. 112 ust. 1 p.z.p. nie może być więc interpretowany jako statuujący obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w każdej sytuacji, w której ze względu na przedmiot jest to zasadne. Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostrzenia” warunków, które zamawiający określił. Zarówno nieokreślenie warunków, jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

W orzecznictwie KIO prezentowane są stanowiska, że zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i uzyskanie oczekiwanego efektu, nawet jeżeli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest zatem określenie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy zdaniem KIO rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą

zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ust. 2 pkt 4 komentowanego przepisu wskazuje się, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej. Ma to szczególne znaczenie w zamówieniach na roboty budowlane, przy których realizacji wykonawcy często posługują się sprzętem, urządzeniami, a także w zamówieniach na usługi. Zamawiający, decydując się na określenie warunku zdolności technicznej, nie powinien pozostawiać dowolności wykonawcom w kwestii, jakie narzędzia lub urządzenia są niezbędne do wykonania zamówienia, a tym samym ich posiadanie przez wykonawcę stanowi spełnienie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym".(Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany

(14)Zgodnie z doktryną przyjmuje się, że: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Jest bowiem podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem lub rozmiarem, a także stopniem złożoności. Nie stanowi zatem utrudniania uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Zamawiający może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być zatem utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do należytego wykonania zamówienia publicznego (Nowicki Józef Edmund, Wiśniewski Piotr, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V).

(15)Zamawiający określił zasady, na których chce zawrzeć umowę zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia. Zabezpieczą one jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zarzut nr 2

(16)Podnoszony w Odwołaniu Zarzut nr 2 dotyczy Kosztów Ogólnych.

(17)Zgodnie z §1 ust. 1 pkt 20) Umowy użyte w Umowie określenia oznaczają: Koszty Ogólne - Koszty Ogólne, których mowa w § 9 ust. 14 Umowy, wskazane w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Zakresu Podstawowego.

(18) Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy „jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn niezależnych po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót przy zastrzeżeniu, że dodatkowe wynagrodzenie z ww. tytułu w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość jednomiesięcznych kosztów ogólnych wskazanych w części R „Koszty ogólne o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót.

(19)Zarzut nie odnosi się zatem do kosztów ponoszonych w ramach realizacji pierwotnie określonego w umowie terminu i zakresu. Kwestionowane zapisy wskazują na sposób ustalania kosztów ogólnych dla wydłużonego terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu robót.

(20)Zarzut podnoszony w odwołaniu nie dotyczy w żadnym zakresie kosztów ogólnych ujętych w ofercie i dostosowanych przez Wykonawcę do potrzeb realizacji zamówienia, ale kosztów ogólnych w wydłużonym czasie.

(21)Oferta jest kształtowana w oparciu o SWZ, bez jakiegokolwiek nakładania limitów w odniesieniu do pozycji RCO.

(22)Wprowadzając zapisy dotyczące rozliczania stron w zakresie nie objętym ceną kontraktową Zamawiający nie wpływa na sposób kształtowania cen ofertowych, ich konkurencyjność czy porównywalność ofert.

(23)Wprowadzenie kwestionowanych zapisów dotyczących kosztów ogólnych w odniesieniu do okresu wydłużonego w SWZ nie uniemożliwiło Wykonawcy, jak i innym oferentom, w skalkulowaniu i złożeniu ofert w innych postępowaniach z takimi właśnie postanowieniami.

(24)Tytułem przykładu wskazać można przetarg na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn.: „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża - Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża - Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo - Łapy" realizowanego w ramach

Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej - Kolej+ do 2029 roku. W ww. przetargu ofertę złożył także Odwołujący.

Dowód:

1. Warunki Umowy w przetargu „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn.: „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża - Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża - Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo - Łapy”

2. Informacja z otwarcia ofert w przetargu „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn.: „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża - Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża - Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo - Łapy”

(25) Budimex S.A. złożył ofertę także w postępowaniu dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa” współfinansowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Wielkopolskiego 2021-2027.

(26)W przypadku ww. postępowania Zamawiający wykreślił zgodnie z wyrokiem KIO z 13 sierpnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2582/24 z treści IDW limit dotyczący wartości Kosztów Ogólnych tj. że:

„Sumaryczna wartość pozycji Przedmiaru Robót dotyczącej Kosztów Ogólnych (część R „Koszty Ogólne, o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy”, pozycja: R Koszty Ogólne suma pozycji R1-R4) nie może przekroczyć 1,4 % wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej). W przypadku niezachowania w ofercie wymagania określonego w pkt 12.5 oferta zostanie uznana za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i będzie podlegała odrzuceniu.”

pozostawiając przy tym kwestionowaną aktualnie przez Odwołującego treść WU:

„Jeżeli, w przypadkach o których mowa w ust. 7 oraz ust. 11, z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy, dojdzie do formalnego (tj. na podstawie pisemnego aneksu do Umowy lub pisemnej ugody/porozumienia między stronami Umowy) wydłużenia terminu realizacji Umowy lub Etapu bez zmiany zakresu Robót, możliwa będzie zmiana Wynagrodzenia netto poprzez jego zwiększenie maksymalnie do wartości pozwalającej na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych, nie ujętych w Kosztach realizowanych Robót, przy zastrzeżeniu, że dodatkowe wynagrodzenie z ww. tytułu w wydłużonym okresie realizacji Robót w przeliczeniu na miesiąc nie może być wyższe niż wartość miesięcznych Kosztów Ogólnych wskazanych w części R „Koszty Ogólne, o których mowa w § 9 ust. 14 Umowy” Przedmiaru Robót.”

Dowód:1. Warunki Umowy w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”

2. Informacja z otwarcia ofert w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”

(27) Kwestionowane przez Odwołującego zapisy umowy nie były zgłaszane jako przeszkoda do złożenia przez wykonawców (m.in. przez Budimex S.A.), ofert w przetargu nieograniczonym na: Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn.: „Stworzenie ciągu komunikacyjnego Łomża - Białystok poprzez rewitalizację wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 49 Łomża - Śniadowo oraz elektryfikacja i odbudowa infrastruktury obsługi pasażerskiej na linii kolejowej nr 36 na odcinku Śniadowo - Łapy” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej - Kolej+ do 2029 roku.

(28)Nie jest zatem prawdą, aby treść § 9 ust. 14 Umowy miała doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy nie są w stanie w sposób adekwatny wycenić swojej oferty.

(29)§ 9 ust. 14 Umowy przewidziano, że jeżeli wydłużony zostanie okres realizacji umowy Wykonawca otrzyma dodatkowe wynagrodzenie miesięczne z tytułu ponoszenia kosztów ogólnych także, jeżeli wydłużenie umowy nie będzie się wiązało ze zwiększeniem zakresu zamówienia.

(30)Zmiana umowy zawartej w reżimie zamówień publicznych powinna mieć miejsce na zasadzie wyjątku, wyłącznie na warunkach i w okolicznościach opisanych w art. 455 z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

(31)Realizacja inwestycji kolejowej to proces złożony, gdzie na jego postęp wpływ mają czynniki będące poza kontrolą i jakimkolwiek wpływem wykonawcy lub zamawiającego. W takich zamówieniach należy liczyć się z koniecznością późniejszego wprowadzania zmian.

(32)Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1) Pzp zmiana umowy jest dopuszczalna, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

a)określają rodzaj i zakres zmian,

b)określają warunki wprowadzenia zmian,

c)nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;

(33) Ustawa nie wskazuje zatem, aby warunki kontraktowe w odniesieniu do zakresu zmiany miałyby odpowiadać warunkom kontraktowym na etapie realizacji zakresu pierwotnie przewidzianego umową. Tym bardziej z ustawy nie wynika, aby zmieniając umowę aneksem dla dodatkowego zakresu zamówienia lub dodatkowego okresu realizacji należało wprowadzić warunki korzystniejsze dla wykonawcy niż określone pierwotnie w umowie.

(34)Zawarcie aneksu do umowy nie jest bezwzględnym obowiązkiem stron.

(35)Nie ma żadnych podstaw aby zarzucać niezgodność postanowień § 9 ust. 14 Umowy z przepisami prawa, w tym w szczególności Pzp.

(36)Jest oczywiste, że na etapie przetargu nie jest możliwe określenie na jak długi okres może okazać się zasadne wydłużenie umowy, a tym bardziej nie ma uzasadniania kalkulowanie takiego kosztu na etapie ofertowania.

(37)Koszt Ogólny wskazany przez wykonawców w RCO powinien być rzetelnie wyliczony, odpowiedni dla warunków danego wykonawcy, zakresu i charakteru inwestycji.

(38)Także Koszt Ogólny w wydłużonym czasie realizacji umowy ma być kosztem realnym.

(39)Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy Wynagrodzenie z tego tytułu ma stanowić wartość pozwalającą na pokrycie dodatkowych, uzasadnionych i udokumentowanych Kosztów Ogólnych.

(40)W świetle ww. zapisów całkowicie bezzasadny jest zarzut nieracjonalnego gospodarowania środkami publicznymi przez Zamawiającego i spekulowanie o celowym zawyżaniu tych kosztów przez wykonawców w składanych ofertach.

(41)Zamawiający przez wprowadzone zapisy dotyczące ograniczenia wysokości miesięcznych kosztów ogólnych w przedłużonym czasie dąży do tego, aby móc z odpowiednim wyprzedzeniem tj. jeszcze przed poniesieniem tych kosztów w pełni przez Wykonawcę, określić maksymalną ich wysokość i zabezpieczyć środki publiczne na ten cel.

(42)Wskazywany w odwołaniu limit Kosztów Ogólnych nie jest „sztucznie” narzucany, a ma odzwierciedlać realny wymiar Kosztów Ogólnych ustalony przez wykonawcę dla realizacji umowy.

(43)Zgodnie z § 9 ust. 14 Umowy Koszty Ogólne to:

1)koszty dostosowania się do warunków Umowy, tj.

a)koszty Zabezpieczenia Wykonania;

b)koszty ubezpieczeń wymaganych Umową;

c)utrzymanie tablic informacyjnych, przejazdów, objazdów, dróg publicznych, czasowej organizacji ruchu;

d)koszt zabezpieczania Terenu Budowy;

e)koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy;

f)nadzór archeologiczny, nadzór przyrodniczy i środowiskowy, i nadzór autorski (projektanta), koszty obsługi geodezyjnej, laboratorium, koszt bezpieczeństwa i higieny pracy;

g)odwodnienie Terenu Budowy (tylko koszty stałe ponoszone w postaci opłat za zrzut wody);

2)koszt utrzymania zaplecza Wykonawcy:

a)koszty utrzymania zaplecza budowy wraz z wyposażeniem (wynajem lub amortyzacja), w tym powierzchni biurowej, kontenerów biurowych, socjalnych, magazynowych, placów składowych;

b)koszt mediów (woda, ścieki ogrzewanie, energia elektryczna, Internet, telefony, drukarki);

c)koszt sprzątnięcia biur budowy;

- d)koszt wynajmu lub amortyzacji rusztowań lub konstrukcji wsporczych, deskowań;
- e)wynajem lub amortyzacja oraz utrzymanie IT (w tym koszty sprzętu IT przypisanego do biura i personelu biura);
- f)koszty ochrony zaplecza Wykonawcy;
- g)koszt wynajmu ewentualnych ogrodzeń Terenu Budowy;
- h)koszty wynajmu lub amortyzacji głównego sprzętu.

3)koszty zarządu tj. koszty administracyjno-gospodarcze związane z realizacją Umowy;

4)koszt utrzymania personelu biura budowy:

a) koszt zatrudnienia, w tym koszty wynagrodzeń personelu oraz mieszkań służbowych Personelu Wykonawcy, podróży służbowych, delegacji.

(44)Koszty Ogólne w przypadku większości ww. pozycji pozostają na stałym poziomie (koszty zabezpieczenia, utrzymania biura, koszty zarządu) przez cały okres realizacji zamówienia, a w części koszty te powinny wręcz maleć wraz z postępem prac.

(45)Koszty Ogólne w przedłużonym czasie ze swojej natury powinny pojawić się w okresie, kiedy realizacja umowy dobiega końca, a zasadnicza część robót i związanych z nimi kosztów została już rozliczona.

(46)W tym miejscu przypomnieć należy, że kwestionowane w Odwołaniu postanowienia § 9 ust. 14 Umowy odnoszą się do sytuacji, gdy wydłużany jest okres realizacji umowy bez zmiany zakresu zamówienia. W przypadku wprowadzania do umowy robót dodatkowych zastosowanie mają postanowienia § 12 Umowy, w szczególności ust. 4 opisujący kalkulację zmiany wynagrodzenia.

(47)Zgodnie z § 12 ust. 4 Umowy:

Kalkulacja zmiany Wynagrodzenia netto, zostanie przekazana przez Wykonawcę w terminie 15 Dni od złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 1 i zostanie dokonana zgodnie z następującymi zasadami:

1)odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu Robót winna być taka, jak została zatwierdzona w Umowie dla tego elementu lub, jeśli takiego nie ma, to zostanie ustalona, kierując się metodą analogii, interpolacji lub ekstrapolacji stawki lub ceny najbardziej zbliżonego elementu występującego w Umowie. Jeżeli w celu wyceny zmiany, zostanie zastosowana odpowiednia stawka lub cena dla każdego elementu Robót, która została zatwierdzona w Umowie, to tak ustalona wycena kalkulowanej zmiany Wynagrodzenia netto będzie korygowana na dzień złożenia wniosku dla oddania wzrostów lub spadków cen poprzez odpowiednie stosowanie postanowień § 10 [waloryzacja kosztowa];

2)w przypadku, gdy w Umowie stawka lub cena takiego elementu nie występuje i nie jest możliwe wyliczenie jej na podstawie analogii, interpolacji lub ekstrapolacji stawki lub ceny najbardziej zbliżonego elementu występującego w Umowie, to należy ją określić przy wykorzystaniu katalogów cen robót aktualnych na datę dokonywania wyceny zmiany, tj. przedłożenia propozycji Wykonawcy dotyczącej wyceny kalkulowanej zmiany Wynagrodzenia netto. W ciągu 21 Dni od daty zawarcia Umowy Wykonawca zaproponuje i przedstawi do weryfikacji przez Inżyniera, a następnie przy pozytywnej opinii Inżyniera, do akceptacji przez Zamawiającego powszechnie stosowane katalogi cen robót, z których ceny średnie będą podstawą do wyceny Robót. W przypadku braku przedstawienia przez Wykonawcę do weryfikacji katalogów cen albo w przypadku braku akceptacji przez Zamawiającego przedstawionych katalogów, cena zostanie określona na zasadach opisanych powyżej, przy wykorzystaniu aktualnych katalogów wskazanych przez Zamawiającego;

3)jeżeli kalkulacja zmiany Wynagrodzenia netto nie może być dokonana na podstawie pkt 1 lub 2 powyżej, to należy ją wyliczyć w oparciu o uzasadniony, rynkowy Koszt wykonania takiej Roboty. Do rynkowego Kosztu Wykonawca będzie mógł doliczyć zysk w wysokości 3% tego Kosztu, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności towarzyszące.

(48)Koszty ogólne (pośrednie) związane z realizacją robót dodatkowych rozliczane są zgodnie z ww. zasadami. Postanowienia § 12 ust. 4 Umowy nie są jednak przedmiotem Odwołania.

(49)Odnosząc się do kwestionowanego fragmentu § 9 ust. 14 Umowy wskazać należy, że w okresie wydłużenia realizacji umowy bez zwiększenia zakresu zamówienia miesięczne Koszty Ogólne w stosunku do tych miesięcznych Kosztów Ogólnych przewidzianych na pierwotny okres realizacji nie powinny wzrosnąć, ich wymiar powinien wręcz stopniowo maleć.

(50)Wraz z oddawaniem do użytku kolejnych części inwestycji teren budowy się zmniejsza i zmniejszają się związane z nim koszty jak koszt ochrony, ogrodzenia, czy mediów. Zmniejsza się także zakres pracy dla pracowników umysłowych

obsługujących inwestycję, zmniejsza się zatrudnienie dla inwestycji.

(51)Z uwagi na powyższe Zamawiający ma podstawę zakładać, że świadczeniem co najmniej ekwiwalentnym dla poniesionych Kosztów Ogólnych (kosztów pośrednich) będzie dodatkowe wynagrodzenie, w przeliczeniu na miesiąc nie wyższe niż wartość jednomiesięcznych Kosztów Ogólnych wskazanych przez wykonawcę w RCO dla okresu podstawowego realizacji umowy.

(52)Wyjaśnić należy przy tym, że pozycje oznaczone w RCO jako Koszty Ogólne z 9 ust. 14 Umowy nie stanowią całość kosztów pośrednich.

(53)Pod pojęciem kosztów ogólnych w rozumieniu §9 ust. 14 wzoru Umowy przyjęto wyłącznie koszty ogólne, których wysokość uzależniona jest od okresu w jakim są ponoszone tj. każdy składnik tych pozycji rośnie wraz z upływem czasu (są pochodną czasu).

(54)Zamawiający definiując we wzorze umowy „Koszty Ogólne” nie ingeruje w koszty związane bezpośrednio z produkcją budowlano - montażową.

(55)Koszty związane bezpośrednio z produkcją budowlano - montażową (jak np. projekty tymczasowej organizacji ruchu w dostosowaniu do technologii robót oraz przyjętego na kontrakcie docelowego harmonogramu, wykonanie oznakowania linii kolejowej, Unijne i/lub krajowe tablice informacyjne i pamiątkowe) ujmowane są w innych pozycjach RCO niż Koszty Ogólne i wykonawca otrzymuje je niezależnie od przysługujących kosztów ogólnych jakie wskazane są w pozycji RCO Koszty Ogólne z 9 ust. 14 Umowy.

(56)Zamawiający wyjaśnia, że nie zmienia przyjętej praktyki zwrotu kosztu poniesionych przez wykonawcę kosztów za wydłużone okresy realizacji inwestycji w oparciu o przedstawione Zamawiającemu dowody. Niemniej jednak Zamawiający chce mieć instrument pozwalający na skalkulowanie takich kosztów maksymalnych w sytuacji, kiedy realizacja umowy jest wydłużona.

(57)Nie można w takim przypadku mówić o pokrzywdzeniu wykonawców, czy też naruszeniu zasad słuszności.

(58)Nie można też mówić o niewspółmiernym i nieadekwatnym podziale ryzyka związanego z wydłużeniem realizacji umowy.

(59)Koszty Ogólne są kosztami ustalnymi na okres realizacji umowy, nie jest zasadne, aby odrębnie od kosztów ogólnych w zakresie podstawowym, wyceniane w RCO były koszty w wydłużonym czasie tj. element nie wchodzący w zakres ceny ofertowej.

(60) Wycena taka byłaby niecelowa, Koszty Ogólne w okresie wydłużonym nie powinny się bowiem zasadniczo różnić od kosztów w okresie podstawowym, jak wyżej wskazano mogą być ewentualnie niższe.

(61) Odnosząc się do argumentacji dotyczącej wzrostu kosztów zatrudnienia wskazać należy, że wzór umowy ujęty w przedmiotowym SWZ przewiduje zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. B) Pzp waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany 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.

(62)Dodatkowo art. 48 ust. 1 z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy wystąpi istotna zmiana kosztów związanych z realizacją zamówienia publicznego, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć.

(63)Ustawodawca zatem w przypadku nadzwyczajnej zmiany istotnych elementów składowych Kosztów Ogólnych ponoszonych przez wykonawcę w okresie wydłużonym pozostawia możliwość zmiany umowy. W sytuacjach nadzwyczajnych wzrostów kosztów pozostaje możliwość rozliczania takich kosztów korzystniej niż to przewidziano w kontrakcie.

(64)Przypomnieć należy bowiem, że przedmiotem odwołania jest sposób rozliczania za zakres umowy jaki miałby być do niej wprowadzony potencjalnie w przyszłości aneksem. Ani Wykonawca, ani Zamawiający nie jest prawnie zobligowany do zawarcia takiego aneksu.

(65) Objęte żądaniem Odwołującego wykreślenie ograniczenia wysokości kosztów ogólnych w okresie wydłużonym do wysokości tych kosztów ponoszonych w okresie podstawowym mogłoby służyć wyłącznie poprawie sytuacji Wykonawcy w przypadku wydłużenia realizacji zamówienia.

(66) Wykonawca poprzez wykreślenie kwestionowanych zapisów dąży do uzyskania wyższych kosztów ogólnych za miesiąc w okresie wydłużonym aneksem niż przewidziane na etapie realizacji kontraktu w okresie pierwotnie przewidzianym umową.

(67) Jak wskazano w wyroku KIO o sygn. akt KIO 1832/21: Postanowienie SWZ nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby postanowienia SWZ nie naruszały przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

(68) Kwestionowane w Odwołaniu zapisy SWZ pozostają w zgodzie z regulacjami ustawowymi, a jednocześnie nie uprzywilejowują pozycji wykonawców.

(69) Stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

(70) Wbrew zapewnieniom Odwołującego, ujęte w odwołaniu żądanie nie prowadzi do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, lecz do udogadniania warunków realizacji zamówienia dla wykonawcy. Wykreślenie kwestionowanych zapisów służyłoby wyłącznie zwiększeniu żądań co do wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wydłużenia realizacji umowy. Taka okoliczność nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

(71) Wprowadzenie zasady, że wysokości miesięcznych kosztów ogólnych na etapie wydłużenia umowy ma nie przekraczać tych kosztów w okresie podstawowym realizacji umowy nie jest wyrazem wykorzystania i nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego. Nie jest to także wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego, tym bardziej nie jest to rażące wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego.

(72) Nie ma podstaw do zarzucania Zamawiającemu naruszenia równowagi stron.

(73) Wprowadzenie kwestionowanych w Odwołaniu zapisów nie jest sprzeczne zasadom współżycia społecznego i z właściwością stosunku prawnego.

Załączniki:

1. Zmiana treści SWZ z dnia 17 grudnia 2024 r.;
2. Warunki Umowy w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”
3. Informacja z otwarcia ofert w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”
4. Warunki Umowy w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”
5. Informacja z otwarcia ofert w przetargu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zarzut nr 2 co do wysokości miesięcznych kosztów ogólnych, po terminie umownym wykonania inwestycji, przewidzianych w aneksie lub w ugodzie/porozumieniu stron do umowy.

Odwołanie zaskarża postanowienia specyfikacji warunków zamówienia dalej „swz”, dotyczące kosztów ogólnych w trakcie realizacji zamówienia, w przypadku przedłużenia terminu wykonania umowy z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, co zamawiający i wykonawca potwierdzają zawierając aneks do umowy lub zawierając ugodę. Kwestia sporna, w związku z powyższym postanowieniem swz, pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, dotyczyła zasad ustalania wysokości comiesięcznie naliczanych kosztów ogólnych, w związku z przedłużeniem okresu realizacji umowy ponad umowny termin. Zamawiający ustalił postanowienie w swz, które gwarantuje wykonawcy koszty ogólne, których elementy składowe określa umowa, ale na poziomie wysokości kosztów ogólnych, które przewidział wykonawca składając ofertę zamawiającemu. Czyli wykonawca miał otrzymywać wynagrodzenie z tytułu kosztów ogólnych naliczanych i wypłacanych w cyklach comiesięcznych w wysokości wyliczonej przez wykonawcę składającego ofertę, w jednakowej wysokości w okresie realizacji umowy, jak i w okresie przedłużonej realizacji umowy. Takie rozwiązanie zaproponował zamawiający w postanowieniach swz, z którym to rozwiązaniem nie zgadza się odwołujący, żądając wykreślenia tych postanowień. Zdaniem odwołującego koszty ogólne powinny być indywidualnie ustalane na podstawie faktycznie poniesionych kosztów, w przedłużonym okresie realizacji umowy. Bowiem elementy składowe kosztów

ogólnych są wyczerpująco wymienione w swz i każdorazowo byłyby dokumentowane przez wykonawcę, po czym byłyby akceptowane czyli zatwierdzane przez zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się na proponowane warunki ustalania kosztów ogólnych, w okresie przedłużonego terminu realizacji umowy uważając, że jego propozycja jest optymalna dla obydwu stron, a co do zasady koszty ogólne w okresie końcowej realizacji umowy nie mają tendencji wzrostowej, co do ich wysokości. W związku z powyższym zamawiający uważa swoją propozycję, co do stałej wysokości kosztów ogólnych w trakcie realizacji umowy, w tym również w sytuacji przedłużenia terminu realizacji umowy, za optymalne rozwiązanie i nie wymagające zmian. Przy czym obie strony sporu przyznają, że inwestycje kolejowe mają powszechną tendencję do ich przedłużania w stosunku do terminu umownego wyznaczonego dla realizacji robót. Odnosi się to też do przedmiotu tej sprawy, którym jest zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych w zakresie SRK i telekomunikacji na stacji kolejowej pn. Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK – System Sterowania Ruchem Kolejowym i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 - roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu „Prace na odcinku Maksymilianowo - Kościerzyna”.

Izba rozpatrując zawisły spór oddaliła żądanie odwołującego uznając, że nie wykazano zasadności żądania co do dokumentowania poniesionych nakładów na koszty ogólne i ich każdorazowego uzgadniania z zamawiającym, w sytuacji przedłużenia terminu realizacji umowy. Według twierdzeń odwołującego w latach 2019 - 2024r nastąpił wzrost średniego wynagrodzenia miesięcznego pracowników umysłowych blisko o 70 %, a udział w kosztach ogólnych wynagrodzeń był na poziomie 71,4 %, gdy odwołujący szacował wzrost wynagrodzenia na poziomie 20 % (argumentacja odwołania punkty od 49 do 52 – treść odwołania powyżej w uzasadnieniu wyroku).

W ocenie Izby nie kwestionując ustaleń odwołującego, co wzrostu wynagrodzeń, w przywołanym powyżej przez odwołującego okresie czasu (lata 2019-2024), jak i przyznaniu przez zamawiającego sytuacji częstego przedłużania terminów realizacji inwestycji kolejowych, nie znajduje usprawiedliwienia przyjęcie jako zasady zjawisko opóźnień w realizacji inwestycji w systemie zaprojektuj i buduj i związanymi z tym nieprzewidywalnymi wzrostami kosztów ogólnych. Żadna ze stron, a w szczególności odwołująca nie przedstawiła powodów przewidywania opóźnień realizacji inwestycji, tak aby rozważyć akceptację podwyższenia kosztów do nieokreślonych wysokości, z tytułu kosztów ogólnych w przedłużonym okresie realizacji inwestycji. W ocenie Izby termin wykonania zamówienia jest istotnym elementem umowy, obok określenia przedmiotu umowy i wynagrodzenia, do dochowania którego wykonawca przede wszystkim jest zobowiązany. Natomiast odwołujący nie wykazał dlaczego przewiduje, że umowa nie będzie możliwa do wykonania w terminie, a jedynie powoływał się na powszechność (dużą częstotliwość) nie wykonywania umów branży kolejowej w terminie w ogóle. Izba nie kwestionuje tej okoliczności, niejako przyznanej przez zamawiającego, ale uznaje za wystarczające, wobec zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie, zabezpieczenie interesu odwołującego przez brzmienie aktualnych postanowień swz w zakresie kosztów ogólnych. Bowiem zamawiający przewidując aneks do umowy, co do terminu wykonania umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy, gwarantuje pokrycie kosztów ogólnych, w związku z przedłużonym okresem realizacji umowy, na poziomie kosztów ogólnych z oferty wykonawcy. Odwołujący jako powód żądania zmiany sposobu ustalania kosztów ogólnych w przedłużonym okresie wykonania umowy przywołał i przedstawił tylko wzrost średniego wynagrodzenia pracowników umysłowych w związku z wzrostem wynagrodzenia minimalnego. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych autorytatywnych prognoz co do przewidywanego dalszego wzrostu wynagrodzenia minimalnego decyzjami rządowymi, a który był według wiedzy Izby, spowodowany inflacją w gospodarce krajowej w latach 2019 - 2024r oku. Podsumowując, w ocenie Izby, zamawiający w wystarczający sposób zabezpieczył interes wykonawcy, na wypadek przedłużenia terminu wykonania umowy z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Po pierwsze przewidując taką okoliczność w stosunkach umownych (swz), a po drugie ustalając zabezpieczenie z tego tytułu na poziomie kosztów ogólnych, przyjętych przez wykonawcę do wynagrodzenia w jego ofercie.

W ocenie Izby, na marginesie sprawy, w związku z argumentacją zamawiającego fakt, że w innych, poprzedzających sprawę postępowaniach, odwołujący godził się na warunki zamawiającego, nie skutkuje pozbyciem się przez odwołującego prawa, do zaskarżenia tych samych warunków zamawiającego, w późniejszych postępowaniach.

Izba nie znalazła podstaw, w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych przez odwołującego, do uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania.

Zarzut nr 1 co do wymaganego sprzętu do wykonania zamówienia.

Jak przyznał zamawiający dokonał zmiany w zakresie wymaganego sprzętu (vide stanowisko zamawiającego – odpowiedź na odwołanie – powyżej w uzasadnieniu wyroku).

Izba cytuje „Po przeprowadzeniu szczegółowej analizy każdej części robót do wykonania Zamawiający zweryfikował

stawiane wymagania co do sprzętu jakim dysponować ma wykonawca. W dniu 17 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ”.

Pomimo powyższego stwierdzenia w odpowiedzi na odwołanie oraz modyfikacji zaskarżonego odwołaniem wymagania co do sprzętu technicznego, zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości w tym także zarzutu nr 1 odwołania.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do istnienia podstaw formalnych i prawnych, do oddalenia tegoż zarzutu, ponieważ musiałaby go rozpoznać merytorycznie co do jego zasadności faktycznej oraz prawnej i w konsekwencji, czego zamawiający oczekuje oddalić zarzut. Izba nie będzie rozpatrywać merytorycznie przedstawionego zarzutu odwołania o numerze jeden, ponieważ z dniem 17 grudnia 2024r. postanowienie o wymaganym sprzęcie zostało usunięte z obrotu przez zamawiającego. W związku z powyższym ocena zarzutu nr 1 co do prawidłowości i zasadności jest bezprzedmiotowa, ponieważ postanowienie w zakresie wymaganego sprzętu technicznego już nie istnieje. Izba w tej sytuacji zaistniałą w sprawie okoliczność co do faktu i prawa, kwalifikuje do dyspozycji art.568 pkt 2) Pzp, zgodnie z którą Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowania stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W ocenie Izby przepis art. 568 pkt 2 Pzp ma zastosowanie również w przypadku bezprzedmiotowości poszczególnych zarzutów odwołania. Zaskarżone odwołaniem postanowienie swz co do wymaganego sprzętu technicznego nie istnieje, w to miejsce zamawiający wprowadził nowe postanowienie. W związku z powyższym poprzednia wersja wymagań co do sprzętu nie istnieje, tak więc rozpoznanie tego zarzutu jest zbędne czy nawet niedopuszczalne, ponieważ zamawiający wprowadził nowe postanowienie, które odwołujący ma prawo zaskarżyć nowym odwołaniem.

Na marginesie sprawy Izba wskazuje, że w jej ocenie, lansowanie przez zamawiającego poglądu, że „Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostrzenia” warunków, które zamawiający określił. Zarówno nieokreślenie warunków, jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych”, w kontekście art.112 Pzp i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.”, jest zbyt daleko idące. Powyższy pogląd sprowadza się do konkluzji, że nadużycie prawa przez zamawiającego jest poza kontrolą z racji, że jest prawem zamawiającego. Pominąwszy powyższe, należy mieć na uwadze samą treść art.112 ust.1 Pzp, który dając prawo zamawiającemu do określenia warunków udziału w postępowaniu określa jego ramy do „w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia”.

Reasumując powyższe w ocenie Izby, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr 1 Izba umarza wobec modyfikacji postanowienia swz (co do wymaganego sprzętu technicznego do wykonania robót budowlanych), a zarzut nr 2 oddala jako bezpodstawny (co do sposobu ustalania kosztów ogólnych w wydłużonym okresie realizacji robót, w związku z aneksem czy też ugodą/porozumieniem stron).

Izba w powyższym stanie rzeczy, na mocy art.553 ustawy Pzp orzekła o oddaleniu odwołania, ponieważ nie potwierdziły się zarzuty odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) zwanego dalej „rozporządzeniem”, zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych.

Przewodniczący:.....