

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- 1) ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie 30-048, ul. K. Czapińskiego 3,
- 2) PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
- 3) TORPOL S.A. ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań,
- 4) Strabag Sp. z o. o. ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków
- 5) Trakcja S.A. Aleje Jerozolimskie 100, l.p., 00-807 Warszawa
- 6) Track Tec Construction sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia – Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) przez wykreślenie pkt 12.5 IDW w brzmieniu:

„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 podlegać odrzuceniu.”

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie rzecz Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczanego 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:.....

.....
.....

Sygn. akt:KIO 2582/24

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Rewitalizacja linii kolejowej 356 na Odcinku Wągrowiec – Gołańcz – Granica Województwa” współfinansowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Wielkopolskiego 2021 - 2027”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2024 r., nr wydania: Dz.U. S: 110/2024, numer publikacji ogłoszenia: 339133-2024.

Odwołujący: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 22 lipca 2024 r. odwołanie od czynności Zamawiającego

polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

1) art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 99 ustawy Pzp, art. 431 i art. w zw. z art. 5 i 353.1 w zw. z art. 647 i w zw. z art. 5 KC przez przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku prawnego i określenie, że sumaryczna wartość pozycji przedmiaru robót dotycząca kosztów ogólnych nie może przekroczyć 1,4% wartości oferty netto za wykonanie całości zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej), 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 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Stwierdził, że 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, .

Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania 7 czerwca 2024 r. Jednocześnie, w dniu 12 lipca 2024 r. Zamawiający w ramach pisma „Pytania i odpowiedzi – Część V oraz zmiana treści SWZ nr 5” uwzględnił w ramach Tomu I SWZ – IDW nowy pkt 12.5 oraz zmienił pkt 12 TOM II SWZ § 9 ust. 14 (modyfikujące w istotny sposób pierwotne brzmienie dokumentacji).

1.Zarzuty dotyczą treści Instrukcji Dla Wykonawców („IDW”) udostępnionych w ramach załącznika do SWZ. 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–pozycji dominującej. Celem Zamawiającego powinno być dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowych cen. Nie może przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia dokumentacji powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym art. 353¹ KC.

2.W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych 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. O naruszeniu zws w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można 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), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zws 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 stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach 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, gdyż w stosunku zobowiązaniowym nie chodzi tylko o ochronę interesów Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

3.W ramach niniejszego Postępowania Zamawiający zmienił treść IDW dodając nowe brzmienie do pkt 12.5. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuzasadniony narzuca 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, a sankcja za niezachowanie w ofercie wymagania kategoriyczna, niezastosowanie się do wskazanych przez Zamawiającego wytycznych skutkuje bowiem odrzuceniem oferty.

4.W dniu 12 lipca 2024 r. Zamawiający opublikował Część V pytań i odpowiedzi wraz ze zmianą treści SWZ nr 5. W jej ramach pkt 12.5 Tomu I SWZ – IDW otrzymał nowe brzmienie, tj.: TOM I SWZ – IDW ~~pkt 12.5~~ otrzymuje brzmienie: 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 podlegać odrzuceniu.

5. Jednocześnie poinformował, że dotychczasowe punkty 12.5 i 12.6 otrzymują odpowiednio numerację 12.6 i 12.7.

6. Dodatkowo, zmianie uległ również Tom II SWZ – WU, § 9. Prawo do zmiany Umowy, ust. 14, który otrzymał brzmienie:

„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.”

6.2 § 9 ust. 14 Umowy wynika również, że Zamawiający zdefiniował pojęcie „kosztów ogólnych” wskazując, że w ich ramy wchodzi:

„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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres utrzymania wynikający z zatwierdzonego HRF); d) koszt zabezpieczania Terenu Budowy;

e) koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na czas 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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres prowadzenia Robót wymagający sprawowania nadzoru, wynikający z zatwierdzonego HRF);

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 ew. 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.”

7. W ramach załącznika do wskazanej zmiany, Zamawiający załączył również tabelę z wierszami odnoszącymi się do części R z Przedmiaru robót z wymienionymi w poszczególnych wierszach konkretnymi zbiorczymi kategoriami bardziej szczegółowo zdefiniowanymi w treści § 9 ust. 14 Umowy:

8. Kwestia zdefiniowania pojęcia „koszty ogólne” przez Zamawiającego ma istotne znaczenie o tyle, że Zamawiający w ramach dokonanej zmiany SWZ w sposób niezwykle istotny ogranicza swobodę wykonawcy do określenia poziomu kosztów ogólnych na sobie właściwym poziomie, nie udzielając właściwie żadnej odpowiedzi na temat tego, co stoi za takim ograniczeniem, oraz na jakiej podstawie Zamawiający wskazał wartość 1,4%.

9. Oczekiwaniem Zamawiającego jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia, ze wszystkimi jego konsekwencjami, że

ustali kwotę kosztów ogólnych na żądanym poziomie, chociaż jest to limit sztuczny, nie odpowiadający realiom rynkowym i sprawia, że rzeczywista wartość kosztów ogólnych będzie musiała być podzielona – na koszty ogólne oficjalne, tj. wskazane zgodnie z wytycznymi Zamawiającego i „ukryte” w ramach innych pozycji, bo taka „inżynieria cenowa” będzie w obliczu takich postanowień IDW niezbędna. To prowadzi do konkluzji, że wykonawcy nie wycenią swoich ofert w sposób rzetelny, profesjonalny i porównywalny.

10. Dokonując szczegółowej analizy przekazanych przez Zamawiającego wytycznych w toku zmiany IDW, Odwołujący przedstawia swoją argumentację w odniesieniu do poszczególnych części składowych zaproponowanej przez Zamawiającego definicji „kosztów ogólnych”, tj.:

a) kosztów dostosowania się do warunków Umowy,

b) kosztów utrzymania personelu biura budowy,

c) kosztów zarządu, tj. kosztów administracyjno-gospodarczych związanych z realizacją Umowy oraz

d) kosztów utrzymania zaplecza wykonawcy.

Odwołujący odnosi się również do bardziej generalnej kategorii kosztów według GUS, co w sposób dobitny odzwierciedla aktualnie obowiązujące warunki rynkowe (punkt e).

Ad a) R1: Koszty dostosowania się do warunków Umowy

11. Koszty dostosowania się do warunków umowy stanowią skomplikowaną wypadkową wielu różnych czynników, które muszą być starannie przeanalizowane i uwzględnione w budżecie projektu. Są to często koszty indywidualne dla każdego Wykonawcy, bowiem składają się na nie tylko wymogi stawiane przez Zamawiającego, ale też koszty dostosowania danego Wykonawcy do swoich kosztów własnych, np. kosztów związanych z podwyższonymi wymaganiami w zakresie BHP.

12. Koszty dostosowania zależą od wielu czynników, w tym: zakresu i złożoności wymagań umownych, szczegółowości specyfikacji technicznych i standardów jakości opisanych w OPZ, czasu realizacji, terminów i harmonogramu realizacji prac i wielu innych, które często nie są w sposób jednoznaczny, jasny, klarowny i wyczerpujący określone przez Zamawiającego w postaci przedmiaru robót w zakresie pozycji „Koszty ogólne”. Jest to podyktowane właśnie tym, iż koszty te są indywidualne dla każdego Wykonawcy, i każdy taki przedmiar mógłby stanowić katalog otwarty tych kosztów. Przykładami indywidualnych dla każdego z wykonawców kosztów, które powinny znaleźć się w ramach kosztów dostosowania są m.in.: budowa dróg technologicznych, ochrona, inwentaryzacja stanu istniejącego, tymczasowa organizacja ruchu i wiele innych. O ile generalny zakres kosztów ogólnych w tej części może być zbieżny, to jednak szczegółowe pozycje stanowią już o indywidualnych właściwościach i doświadczeniu każdego wykonawcy.

13. Mimo to Zamawiający czasem starają się określić czy enumeratywnie wyszczególnić najważniejsze wymagania kontraktowe w postaci przedmiaru robót stosując przy tym podejście oportunistyczne, przejawiające się sprowadzeniem każdej pozycji przedmiarowej do ryczałtu i przerzuceniem ryzyk związanych z należytą wyceną tych prac na Wykonawców. Na potrzeby wykazania, jaki procent całości stanowią wymagania kontraktowe w stosunku do wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych) na przykładzie inwestycji pn. „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej 104 na odcinku A2 Rabka Zaryte – Mszana Dolna w ramach Projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Kłęczany - Nowy Sącz”, Odwołując podsumował omawiane wymagania w formie tabeli. W tym postępowaniu Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2023 r. otrzymał od wykonawców sześć ofert.

14. W ramach RCO Zamawiający oczekiwał wyceny następujących „wymagań kontraktowych”:

1.1		Wymagania kontraktowe	
1.1.1	ST.00.	Zabezpieczenie i oznakowanie miejsca robót	ryczałt

1.1.2	ST.00.	Organizacja i likwidacja Zaplecza Wykonawcy, Koszt uzyskania, doprowadzenia, przyłączenia wszelkich czynników i mediów energetycznych na Terenie Budowy, takich jak: energia elektryczna, woda, odbiór ścieków, również wszelkie opłaty wstępne, przesyłowe i eksploatacyjne związane z korzystaniem z tych mediów w czasie trwania Kontraktu oraz koszty ewentualnych likwidacji tych przyłączy i doprowadzeń po ukończeniu Robót	ryczałt
1.1.3	ST.00.	Obsługa geologiczna budowy	ryczałt
1.1.4	ST.00.	Zalecenia wynikające z Decyzji Środowiskowej m.in..zapewnienie nadzoru przyrodniczego w okresie realizacji robót i zgłaszania wad, zabezpieczenie siedlisk, itp.	ryczałt
1.1.5	ST.00.	Zabezpieczenie interesów osób trzecich w trakcie wykonywania robót wraz z kosztami czasowego zajęcia terenu	ryczałt
1.1.6	ST.00.	Zapewnienie niezbędnego nadzoru archeologicznego	ryczałt
1.1.7	ST.00.	Koszt sporządzenia inwentaryzacji fotograficznej oraz ocena stanu technicznego: -budynków istniejących narażonych na wpływ realizacji robót wykonana przez rzeczoznawcę budowlanego przed realizacją zadania, - dróg przewidywanych przez Wykonawcę do wykorzystania do transportu technologicznego podczas realizacji robót wraz z podpisaniem protokołów z administratorami tych dróg, -sposobu naprawy dróg publicznych, wykorzystywanych przez Wykonawcę do transportu technologicznego podczas realizacji robót oraz wykonanie naprawy po okresie użytkowania wraz z odpowiednimi ustaleniami z administratorem dla czynności opisanych jw.	ryczałt
1.1.8	ST.00.	Dostarczenie, instalacja, utrzymanie urządzeń zabezpieczających teren budowy oraz z demontaż tych urządzeń po zakończeniu prac	ryczałt
1.1.9	ST.00.	Projekty tymczasowej organizacji ruchu w dostosowaniu do technologii robót oraz przyjętego na kontrakcie docelowego harmonogramu.	
1.1.9.1	ST.00.	Część 1 - Droga D5A; Droga D6A; Droga D19A; Droga powiatowa 1627K; Droga D20A; Dojście do peronu p.o. Raba Niżna	ryczałt

1.1.9.2	ST.00.	Część 2 - Droga D7A; Droga D8A; Droga D13A; Droga D21A; Droga D22A; Droga D23A; Droga gminna 340580K; Droga D25A; Droga D35A; Dojście do peronu p.o. Mszana Dolna Marki	ryczałt
1.1.9.3	ST.00.	Część 3 - Droga D14A; Droga D27A; Droga gminna 340564K; Droga D26A; Droga gminna 340581; Droga wojewódzka 968; Plac ładunkowy wraz z drogą dojazdową; Dojścia do peronów stacji Mszana Dolna	ryczałt
1.1.10	ST.00.	Wybudowanie, utrzymanie i likwidacja objazdów i przejazdów	ryczałt
1.1.11	ST.00.	Zapewnienie, utrzymanie oraz usunięcie po zakończeniu robót wszystkich urządzeń niezbędnych do czasowej organizacji ruchu wraz z oznakowaniem, barierami, oświetleniem, sygnalizacją świetlną na objazdach tymczasowych	
1.1.11.1	ST.00.	Część 1 - Droga D5A; Droga D6A; Droga D19A; Droga powiatowa 1627K; Droga D20A; Dojście do peronu p.o. Raba Niżna	ryczałt
1.1.11.2	ST.00.	Część 2 - Droga D7A; Droga D8A; Droga D13A; Droga D21A; Droga D22A; Droga D23A; Droga gminna 340580K; Droga D25A; Droga D35A; Dojście do peronu p.o. Mszana Dolna Marki	ryczałt
1.1.11.3	ST.00.	Część 3 - Droga D14A; Droga D27A; Droga gminna 340564K; Droga D26A; Droga gminna 340581; Droga wojewódzka 968; Plac ładunkowy wraz z drogą dojazdową; Dojścia do peronów stacji Mszana Dolna; Przejście podziemne pod torami w km 14,941	ryczałt
1.1.12	ST.00.	Monitoring wód podziemnych w postaci piezometrów	ryczałt
1.1.13	ST.00.	Wykonanie rozpoznania i zapewnienie nadzoru saperskiego podczas wykonywania robót	ryczałt
1.1.14	ST.00.	Koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń	ryczałt
1.1.15	ST.00.	Wykonanie dokumentacji fotograficznej postępu prac	ryczałt
1.1.16	ST.00.	Wykonanie oznakowania linii kolejowej	ryczałt
1.1.17	ST.00.	Wykonanie dokumentacji powykonawczej	ryczałt
1.1.18	ST.00.	Unijne i/lub krajowe tablice informacyjne i pamiątkowe	ryczałt
1.1.19	ST.00.	Uzyskanie certyfikatu końcowego dla podsystemów Infrastruktura i Energia.	ryczałt

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w skład wymagań kontraktowych wchodzi również:

- organizacja i likwidacja Zaplecza Wykonawcy,
- koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń,

które w ocenie Odwołującego w ramach niniejszego Postępowania zostały uwzględnione w innych pozycjach przedmiaru R (poz. R2 - zaplecze i R3 - ubezpieczenie):

15.Na podstawie powyższego przykładu uzasadniona jest konkluzja, że koszty dostosowania do warunków umowy (z wyłączeniem kosztów zaplecza i ubezpieczenia) wynoszą średnio 1% wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych), a minimalne koszty dostosowania w grupie

złożonych ofert wynoszą 0,7%, co prezentuje poniższa tabela:

	cena netto	cena netto bez kwoty warunkowej	Organizacja i likwidacja Zaplecza	Koszty zapewnienia wymagań ubezpieczeń	Wymagania kontraktowe CAŁOŚĆ	Warunki ogólne bez zaplecza i ubezpieczeń	%
STRABAG Sp. z o.o.	429 806 116,56	351 701 116,56	5 847 783,18	3 376 559,49	12 092 338,35	2 867 995,68	0,8%
TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o.	443 706 000,00	365 601 000,00	6 975 700,00	3 500 000,00	13 125 100,00	2 649 400,00	0,7%
TORPOL S.A.	446 875 125,69	368 770 125,69	1 440 000,00	250 000,00	4 433 200,00	2 743 200,00	0,7%
ZUE S.A.	450 797 066,00	372 692 066,00	1 882 049,00	2 391 451,00	10 231 392,00	5 957 892,00	1,6%
Trakcja S.A.	475 390 645,34	397 285 645,34	4 823 380,52	3 234 996,99	11 674 064,77	3 615 687,26	0,9%
Budimex S.A.	506 564 734,00	428 459 734,00	1 305 885,00	6 855 999,74	13 976 652,74	5 814 768,00	1,4%

1,0 średnia % Kwota warunkowa (netto) 78 105 0,7 wynosiła: 000,00 min %

16. Dla przypomnienia, Zamawiający tymczasem w ramach niniejszego Postępowania przewidział limit 1,4% dla sumarycznej wartości pozycji Przedmiaru nie tylko w zakresie kosztów dostosowania się do warunków Umowy, ale też kosztów utrzymania personelu biura budowy, kosztów zarządu, tj. kosztów administracyjno-gospodarczych związanych z realizacją Umowy oraz kosztów utrzymania zaplecza wykonawcy.

Ad b) R2: Koszty utrzymania zaplecza Wykonawcy

17. Odwołujący wskazuje, że omawiane w ramach tej pozycji koszty zależą od wielu czynników, w tym m.in.:

- kosztów wynajmu lub zakupu terenu pod zaplecze,
- kosztów transportu i zakupu lub wynajmu kontenerów biurowych,
- odległości zaplecza od miejsca prowadzenia robót oraz siedziby firmy (koszty transportu),
- rozmiaru i organizacji zaplecza - co jest zależne m.in. od ilości placów składowych, konieczności poniesienia kosztów związanych z mobilizacją i przestojem maszyn torowych, ilości i rodzaju sprzętu budowlanego potrzebnego do realizacji danej inwestycji,
- kosztów związanych z bezpieczeństwem i ochroną miejsca pracy, które są zależne od rozmiaru i organizacji zaplecza,
- ograniczeń środowiskowych i terenowych dot. lokalizacji zaplecza,
- kosztów wynajmu usług zewnętrznych, takich jak firmy ochroniarskie, firmy sprzątające,
- kosztów mediów (woda, energia elektryczna, gaz).

18. W ocenie Odwołującego nierealne jest zatem limitowanie tych kosztów niejako „z góry” wartością w odniesieniu do

wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych), bowiem są one indywidualne dla każdego wykonawcy. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że indywidualne warunki każdego wykonawcy pozwalają mu wziąć pod uwagę takie istotne czynniki dla wyceny tego zakresu, jak lokalizacje innych inwestycji realizowanych w podobnym czasie, ilość i dobór sprzętu budowlanego, ilość kadry i wielu innych, które stanowią zbiór otwarty niemożliwy do skatalogowania na przykładzie ogólnym.

19. Na podstawie czterech postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2022-2023 Odwołujący porównał koszty organizacji, likwidacji i utrzymania zaplecza Wykonawcy w odniesieniu do wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych).

20. Obliczeń Odwołujący dokonał na podstawie złożonych w postępowaniach ofert. Wynikiem tej analizy są średnie procentowe wartości kosztów zaplecza w odniesieniu do wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych), dla każdej z analizowanych inwestycji, co prezentuje poniższa tabela:

Nazwa Inwestycji:	średnia	max	najniższa cena ofertowa netto
Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznica Klęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka- Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Klęczany - Nowy Sącz”	2,0%	3,6%	1 930 455 530,46
Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej 104 na odcinku A2 Rabka Zaryte– Mszana Dolna w ramach Projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka- Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa -Klęczany- Nowy Sącz”.	1,0%	1,9%	429 806 116,56
Realizacja zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna - Somonino oraz nr 214 Somonino - Kartusy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I". Nr postępowania: 9090/IRZR1/12568/03512/22/P	1,2%	4,9%	1 284 235 699,12
Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka – Nowy Sącz na odc. A1 od km 0+576 (km istn. 0+576) do km 6+100 (km istn. 6+109) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104, wzdłuż linii kolejowej nr 98 Sucha Beskidzka– Chabówka na odc. od km istn. 33+830 do km istn. 35+313 oraz na stacji Chabówka” realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc– Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz”	0,9%	3,2%	466 243 784,00

21. Koszty utrzymania zaplecza Wykonawcy na podstawie obliczonej średniej ze złożonych ofert wynoszą od 0,9% do

2%, natomiast w tym miejscu warto mieć na uwadze, że niektórzy Wykonawcy nie są w stanie zaoferować kosztów oscylujących w zakresie średniej wartości. Analizując wyniki porównania widać gołym okiem, że niektórzy wykonawcy wycenili wartość kosztów samego zaplecza na 1,9%, 3,2%, 3,6% czy 4,9%.

22. Odwołujący zwraca uwagę na powyższe porównania nie tylko po to, by wskazać, że ustalony przez Zamawiającego limit nałożony na wycenę kosztów ogólnych jest nierealny i niespotykany w praktyce, ale także po to, by unaocznić Zamawiającemu, że nakładanie takiego limitu z całą pewnością nie leży w interesie Zamawiającego. Na przykładzie bowiem inwestycji „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznicą Kłęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Kłęczany - Nowy Sącz” widać, że wprowadzenie limitu 1,4% skutkowałoby tym, że w postępowaniu Zamawiający otrzymałby nie trzy oferty, a tylko jedną, co przecież nie leży w interesie Zamawiającego:

Nazwa Oferenta	cena netto	cena netto bez kwoty warunkowej	Organizacja i likwidacja Zaplecza	Organizacja i likwidacja Zaplecza %
Konsorcjum w składzie: Budimex S.A. Gülmak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. Gülmak Sp. z o.o.	1 930 455 530,46	1 676 283 440,46	8 237 957,00	0,5%
Konsorcjum w składzie: PUT INTERCOR sp. z o.o. STECOL Corporation	1 993 746 138,31	1 739 574 048,31	34 555 000,00	2,0%
Konsorcjum w składzie: PORR S.A. PORR Bau GmbH TRAKCJA System	2 676 494 000,00	2 422 321 910,00	86 768 953,05	3,6%

23. Z kolei w postępowaniu „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej 104 na odcinku A2 Rabka Zaryte – Mszana Dolna w ramach Projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Kłęczany - Nowy Sącz” ponad jedna trzecia Wykonawców zaoferowała koszt organizacji zaplecza Wykonawcy przekraczający limit 1,4%:

	cena netto	cena netto bez kwoty warunkowej	Organizacja i likwidacja Zaplecza	Organizacja i likwidacja Zaplecza %
STRABAG Sp. z o.o.	429 806 116,56	351 701 116,56	5 847 783,18	1,7%
TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o.	443 706 000,00	365 601 000,00	6 975 700,00	1,9%
TORPOL S.A.	446 875 125,69	368 770 125,69	1 440 000,00	0,4%
ZUE S.A.	450 797 066,00	372 692 066,00	1 882 049,00	0,5%

Trakcja S.A	475 390 645,34	397 645,34 285	4 823 380,52	1,2%
Budimex S.A.	506 564 734,00	428 734,00 459	1 305 885,00	0,3%

Kwota warunkowa (netto)

średnia

1,0%

wynosiła:

78 105 000,00

Ad c) R3: Koszty zarządu tj. koszty administracyjno-gospodarcze związane z realizacją Umowy

24.Odwołujący wskazuje, że do omawianych w tej pozycji kosztów zalicza się m.in.:

- płace pracowników zarządu i administracji wraz z narzutami,
- magazyny ogólnozakładowe, laboratoria, bocznicie kolejowe do odstawienia sprzętu,
- koszty utrzymania budynków i pomieszczeń ogólnozakładowych oraz zarządu,
- płace dla kadry zarządzającej, administracyjnej oraz pracowników niezaangażowanych bezpośrednio w realizację projektu,
- koszty prowadzenia księgowości, obsługi prawnej, opłat za usługi telekomunikacyjne i internetowe,
- koszty ubezpieczenia firmy, pracowników, sprzętu,
- koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń i inne.

25.Już na pierwszy rzut oka widać, że koszty te w znacznej wymiarze ponoszone są przez wykonawców szczególnie dbających o kompleksową i profesjonalną realizację przedmiotu zamówienia, w trosce o zapewnienie na budowie prawidłowej eksploatacji sprzętu, zapewnienie niezbędnego zaplecza czy warunków pracy i płacy.

26.Odwołujący weryfikując już same koszty ubezpieczeń na przykładzie trzech postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w latach 2022-2023 porównał koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń w odniesieniu do wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych).

27.Odwołujący dokonał obliczeń na podstawie złożonych ofert przez wszystkich wykonawców. Wynikiem tej analizy są średnie procentowe wartości wymaganych ubezpieczeń w odniesieniu do wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kosztów komunikacji zastępczej i kwot warunkowych), dla każdej z analizowanych inwestycji, co prezentuje poniższa tabela:

	cena netto	cena netto bez kwoty warunkowej	Organizacja i likwidacja Zaplecza	Organizacja i likwidacja Zaplecza %
STRABAG Sp. z o.o.	429 806 116,56	351 116,56 701	5 847 783,18	1,7%
TRACK TEC CONSTRUCTION Sp. z o.o.	443 706 000,00	365 000,00 601	6 975 700,00	1,9%
TORPOL S.A.	446 875 125,69	368 125,69 770	1 440 000,00	0,4%
ZUE S.A.	450 797 066,00	372 066,00 692	1 882 049,00	0,5%

Trakcja S.A	475 390 645,34	397 645,34	285	4 823 380,52	1,2%
Budimex S.A.	506 564 734,00	428 734,00	459	1 305 885,00	0,3%
78 105 000,00				średnia	1,0%

28. Powyższa analiza wskazuje średnie wartości, co nie wyklucza, że w innych postępowaniach ogłaszanych w przyszłości, wartości te mogą być mniejsze lub większe, co będzie zależne m.in. od charakteru danej inwestycji, zastosowanych maszyn czy stawek cenowych oferowanych przez podmioty zewnętrzne, na co Wykonawcy ani Zamawiający nie mają wpływu. Rozbieżności procentowe są duże i są to też istotne części przedmiotu zamówienia, a należy pamiętać, że koszty ubezpieczeń nie zostały nawet osobno wymienione w ramach pozycji dotyczących kosztów ogólnych. W dalszym ciągu aktualna pozostaje konstatacja, że Zamawiający wymaga od wykonawców wyceny wszystkich kosztów ogólnych na poziomie maksymalnego limitu 1,4%, chociaż już sama wartość procentowa ubezpieczenia w przypadku dużych, złożonych inwestycji Zamawiającego zbliża się do 1%.

Ad d) R4: Koszty utrzymania personelu biura budowy

29. Podobnie jak miało to miejsce w przypadku pozostałych elementów wchodzących w zakres kosztów ogólnych, również i w przypadku kosztów utrzymania personelu biura budowy można wskazać na wiele czynników, których nie można w prosty sposób ująć w procentową wartość kontraktu. Wpływ na taki stan rzeczy mają przede wszystkim:

- wynagrodzenia i świadczenia pracownicze: płace podstawowe, premie i dodatki, koszty związane z ubezpieczeniem zdrowotnym, emerytalnym, urlopami, benefitami pracowniczymi,
- koszty rekrutacji i szkoleń,
- koszty delegacji np. w formie dodatków tzw. „rozląkowych”,
- ilość kadry potrzebnej do terminowej realizacji projektu - bardziej skomplikowane projekty lub projekty z napiętym terminem realizacji mogą wymagać większego personelu i/lub personelu o specjalistycznych umiejętnościach, co zwiększa koszty,
- koszty życia i pracy w różnych regionach Polski.

30. W ocenie Odwołującego koszt utrzymania personelu biura budowy również nie stanowi kosztu, który Zamawiający powinien ograniczać procentowo, bowiem to w gestii i w ramach odpowiedzialności wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia leży zadbanie o wykonanie robót w ustalonym terminie i z zachowaniem należytej jakości wykonywanych robót.

31. Biorąc zatem pod uwagę powyższe wnioski wynikające z analizy postanowień najnowszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w zestawieniu z otrzymanymi w tych postępowaniach ofertami należy twierdzić, że już tylko niektóre składowe przedmiaru robót R na bazie wartości średnich z analizowanych zaledwie kilku postępowań przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego w istotny sposób przekraczają określony przez Zamawiającego w tym Postępowaniu limit 1,4%. Wartości te nie dotyczą nawet wszystkich pozycji, które w niniejszym Postępowaniu Zamawiający uwzględnił w ramach części R przedmiaru robót, bowiem nie uwzględniają na przykład kosztów kadry i kosztów zarządu, czyli bardzo istotnej części składowej, do tego określonej przez każdego wykonawcę bardzo indywidualnie:

PRZEDMIAR ROBÓT: CZĘŚĆ R - KOSZTY OGÓLNE O KTÓRYCH MOWA W § 9 UST. 14 UMOWY

L.p.	Nr Spec. Techn.	KOD (Kat. Poz. Rozlicz)	Nazwa elementu rozliczeniowego	% średnie	% max
------	-----------------	-------------------------	--------------------------------	-----------	-------

R1	01.00	R	Koszty dostosowania się do warunków Umowy*	1,0%	1,6%
R2	01.00	R	Koszt utrzymania zaplecza Wykonawcy:	0,9%	4,9%
R3	01.00	R	Koszty zarządu tj. koszty administracyjno-gospodarcze związane z realizacją Umowy;	1,0%	1,7%
			koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń	1,0%	1,7%
			inne		
R4	01.00	R	Koszt utrzymania personelu biura budowy:		
R Koszty Ogólne suma pozycji R1-R4				3,9%	9,9%

* tylko na podstawie podanych przez Zamawiającego pozycji, gdzie nie są ujęte wszystkie koszty dostosowania

Ad e) Koszty ogólne według Głównego Urzędu Statystycznego

32. Odwołujący zwraca uwagę, że przewidziany przez Zamawiającego limit kosztów ogólnych skonfrontował również nie tylko z praktyką wykonawców składających oferty w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, ale też z powszechnie dostępnymi danymi udostępnianymi przez Główny Urząd Statystyczny. Korzystając z tych powszechnie dostępnych danych Odwołujący sięgnął do tablic w formacie XLSX „Produkcja budowlano-montażowa w 2022 r.”, konkretnie tablicy nr 9, która prezentuje wartości procentowe dla kosztów w sektorze publicznym i prywatnym. Ze względu na charakter przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazuje w szczególności na wartości procentowe odnoszące się do sektora publicznego:

33. Na podstawie powyższej tabeli należy wysunąć następujące wnioski ogólne, znajdujące zastosowanie dla niniejszej sprawy i dodanego przez Zamawiającego postanowienia:

–koszty płac bezpośrednich wynoszą 18,7%,

–koszty ogólne budowy wynoszą 11,2%,

–koszty zarządu sięgają wartości 7,2%,

–każdy z powyższych kosztów należy w kalkulować do kategorii „koszty ogólne” określonych przez Zamawiającego, jednak powyższe pozycje nie wyczerpują definicji „kosztów ogólnych” przekazanej przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania).

34. Zamawiający tymczasem chce na wszystkie te koszty (i więcej, ponieważ cztery wskazane wyżej kategorie nadal nie wyczerpują wszystkich elementów składających się na koszty ogólne zdefiniowane przez Zamawiającego) nałożyć limit 1,4%. Limit ten miałby być nieprzekraczalny i grożący sankcją odrzucenia w przypadku niedostosowania się do niego. Już na pierwszy rzut oka widać, że wymaganie to jest nierealne i sprzeczne z obowiązującą praktyką, a na podstawie przekazanych przez GUS danych – również ze wszech miar nierynkowe. Jedynie na marginesie Odwołujący wskazuje, być może uprzedzając zarzut Zamawiającego, że GUS publikuje wskazane dane z mniej więcej rocznym opóźnieniem, więc cytowane opracowanie jest najbardziej aktualnym, jakie zostało opublikowane i publicznie dostępne. Niezależnie od tego, porównując dane z ubiegłych lat, zmiany tych wartości nie są skokowe. Niemożliwe jest na przykład, by nagle wartości te zmniejszyły się do poziomu proponowanego przez Zamawiającego.

35. W ocenie Odwołującego, nowe brzmienie pkt 12.5 IDW w zakresie limitu sumarycznej wartości pozycji Przedmiaru robót dotyczącej kosztów ogólnych dla pozycji R1-R4 jest postanowieniem nadmiernym, sprzecznym z zasadami współżycia społecznego, naruszającym zasady swobody umów i współdziałania Zamawiającego z wykonawcą.

36. 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."

37.Odwołujący 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 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, co daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem 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.

38.W wyroku z dnia 18 maja 2015 r., 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 Kc oraz klauzula generalna z art. 5 Kc. 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 współżycia 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).

39.Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej 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.

Punkt 12.5 IDW 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.

40.Warto 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 zws (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. (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.”

41. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o doprowadzenie postanowień IDW do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie na zasadzie uznaniowości, a postanowienia przybiorą formę zgodną z podstawowymi zasadami ustawy Pzp oraz zws, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnosi o modyfikację treści Tomu I SWZ - IDW poprzez wykreślenie pkt 12.5 IDW w brzmieniu:

• ~~TOM I SWZ – IDW pkt 12.5 otrzymuje brzmienie: 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 podlegać odrzuceniu.~~

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na Odwołanie wniósł oddalenie Odwołania w całości jako bezzasadnego.

Wniósł także o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. decyzji Członka Zarządu - dyrektor ds. realizacji inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nr 2/2024 z dnia 10 lipca 2024 r. z załącznikami tj. wzorami umów i IDW;

2. tabelarycznych wyliczeń kosztów ogólnych tj.:

a) Tabela 1 - tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

b) Tabela 2 - tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

c) Tabela nr 3 – tabela Excel wyliczenia limitu kosztów ogólnych

3. Wykaz płatności z SWZ w postępowaniu na Zaprojektowanie i wykonanie remontu mostu przez rz. Trzebośnica w m. Ruda Łąncucka w ciągu DK nr 77 w km 85+411,

4. IDW 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”.

Uzasadniając stanowisko Zamawiający wskazał, co następuje.

I. Wstęp

W dniu 12 lipca 2024 r. pismem „Pytania i odpowiedzi – Część V oraz zmiana treści SWZ nr 5” Zamawiający dodał w Tomie I SWZ – IDW punkt 12.5 oraz zmienił postanowienia Tomu II SWZ §9 ust. 14.

(4) Zgodnie z dodanym punktem 12.5 IDW:

„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 podlegać odrzuceniu.”

(5) Zgodnie z § 9 ust. 14 wzoru Umowy (TOM II SWZ):

„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.”

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu przekroczenie granic swobody kształtowania stosunku prawnego. W Odwołaniu podnoszone jest, że Zamawiający wykorzystując silniejszą pozycję w Postępowaniu wprowadził sztuczny limit wartości kosztów ogólnych. Limit ten ma nie odpowiadać realiom rynkowym, przez co rzekomo wymusza na Wykonawcach zastosowanie „inżynierii cenowej” przez „ukrywanie” kosztów ogólnych w innych pozycjach kosztowych RCO.

(9-20) Zdaniem Odwołującego działanie takie miałyby na celu przerzucanie na wykonawców ryzyka gospodarczego umowy.

Należy wskazać, że wyrokiem KIO 1578/22, że przepisy ustawy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy Pzp. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego.

Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego kontrahenta, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny.

W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Zamawiający nie twierdzi jednak, aby zasada swobody umów w przypadku kontraktów zawieranych w trybie zamówień publicznych miała charakter nieograniczony i mógł dowolnie kształtować treść umowy. Ograniczenia w tym zakresie formułuje Pzp a w szczególności art. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i proporcjonalny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Celem takich regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny.

Zamawiający ma traktować na równych prawach wszystkie podmioty ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ma też przeprowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Wprowadzone w punkcie 12.5 IDW zapisy nie wskazują na naruszenie przez Zamawiającego opisanych w art. 16 Pzp zasad zapewnienia równości czy zasady konkurencyjności.

Warunki ustalania ceny kontraktowej, w tym składniki i górny limit kosztów ogólnych uregulowane są w jednakowy sposób dla wszystkich wykonawców przystępujących do postępowania, nie faworyzując żadnego z nich.

Wprowadzone postanowienia punktu 12.5 IDW jak też zmienione postanowienia §9 ust. 14 wzoru Umowy (TOM II SWZ) pozostają w całkowitej zgodzie z przepisami Pzp.

Oczywistym jest, że Zamawiający zobowiązany jest konstruować zapisy SWZ w sposób korzystny ekonomicznie dla interesu publicznego zarówno na etapie zawierania umowy jak i na etapie jej realizacji. Zapisy korzystne dla interesu publicznego niekoniecznie jednak pozostają spójne z interesem wykonawców.

(21-27) Odnosząc się do zarzutu wskazania w IDW limitu kosztów ogólnych wyjaśnić należy, że postanowień punktu 12.5 IDW nie powinno się odczytywać w oderwaniu od treści 9 ust. 14 wzoru Umowy. Celem obu tych regulacji jest bowiem doprecyzowanie pojęcia kosztów ogólnych, tak aby w przypadku przedłużenia się realizacji umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy otrzymał należne z tego tytułu wynagrodzenie jednakże bez uszczerbku dla uzasadnionego interesu publicznego. Pozostawienie otwartego katalogu kosztów i dowolnego kształtowania wartości tworzących koszty ogólne prowadziło dotychczas do sytuacji, gdy wykonawcy umów inwestycyjnych w różny sposób kalkulowali takie koszty na etapie zmiany umowy. Przyjmowane były różne katalogi kosztów, których pozycje i przyjmowane przez wykonawców wartości były przedmiotem długich polemik z Zamawiającym. W rezultacie proces ustalania warunków finansowych aneksów przedłużał się nawet do kilkunastu miesięcy, co często miało istotny wpływ na opóźnienie procesu realizacji samej inwestycji.

Ustalenie jasnych i przejrzystych zasad ustalania kosztów ogólnych jest zatem korzystne dla interesu publicznego w wymiarze ekonomicznym, poprzez zracjonalizowanie takich wydatków, ale także ogólnospołecznym poprzez przyspieszenie procesów realizacyjnych.

Mając na względzie interes publiczny Zamawiający powinien poznać koszty ogólne jakie dla danego projektu przewidują poszczególni wykonawcy i uwzględniać ten czynnik przy ocenie ofert. Takie dane pozwalają na zweryfikowanie rzetelności ofert jak też ustalenie już na etapie realizacyjnym oczekiwań finansowych wykonawców w tym zakresie, w

przypadku wydłużenia się kontraktu.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Zamawiający przyjął zamknięty katalog kosztów ogólnych, który określa §9 ust. 14 wzoru Umowy (TOM II SWZ). Ponadto zgodnie z nowowprowadzonymi zapisami SWZ wartość ma być wskazywana, w zależności od rodzaju umowy, w Przedmiarze Robót lub RCO.

Zgodnie z §9 ust. 14 wzoru Umowy (TOM II SWZ): „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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres utrzymania wynikający z zatwierdzonego HRF); d) koszt zabezpieczania Terenu Budowy;

e) koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na czas 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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres prowadzenia Robót wymagający sprawowania nadzoru, wynikający z zatwierdzonego HRF);

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

(28-43)Zgodnie z § 9 ust. 14 wzoru Umowy (TOM II SWZ): „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.”

Biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 14 wzoru Umowy przyjąć należy, że wykreślenie limitu kosztów ogólnych ujętego w dodanych zapisach IDW leży w interesie wykonawców. Im wyższe bowiem będą koszty ogólne wskazane w RCO lub Przedmiarze Robót tym wyższe będzie przyszłe roszczenie o zwrot kosztów w przedłużonym czasie realizacji umowy. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, że koszty ogólne w znacznej części są kosztami ponoszonymi na początku procesu realizacji inwestycji. Ustalenie limitu stanowić ma instrument ochrony Zamawiającego przed wygórowanym określeniem części wynagrodzenia należnego w pierwszych okresach realizacji Kontraktu.

Wykreślenie górnego limitu kosztów ogólnych stałoby w sprzeczności z interesem publicznym. Mając na uwadze interes publiczny Zamawiający nie powinien godzić się z żądaniem ujętym w Odwołaniu.

Jak wskazano w wyroku KIO o sygn. akt KIO 1832/21: Postanowień 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. Zrozumiałe jest więc oczekiwanie Zamawiającego, aby wykonawcy wskazali realne koszty ogólne mieszczące się w określonych limitach, a nie na „sztucznie” zawyżonym poziomie. Podkreślenia wymaga fakt, że kwestionowane w Odwołaniu zapisy SWZ pozostają w zgodzie z regulacjami

ustawowymi, a jednocześnie nie uprzywilejowują pozycji wykonawców. 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. 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 limitu kosztów ogólnych umożliwiłoby ustalenie ich wyższego poziomu, co zaważyłoby wynagrodzenia wykonawcy w przypadku wydłużenia realizacji umowy. Taka okoliczność nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Dodać należy, że wprowadzanie górnej granicy procentowej kosztów ogólnych nie jest rozwiązaniem nowym. Takie limity stosują inni zamawiający publiczni jak chociażby Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad.

Dowód: Wykaz płatności z SWZ w postępowaniu na Zaprojektowanie i wykonanie remontu mostu przez rz. Trzebośnica w m. Ruda Łańcucka w ciągu DK nr 77 w km 85+411.

Tytułem przykładu wskazać można także postępowanie, które było przedmiotem oddalonego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1809/17 gdzie przekroczenie limitu procentowego kosztów ogólnych stanowiło podstawę odrzucenia oferty. Wyjaśnić należy przy tym, że limity wprowadzane w przetargach GDDKiA są wyższe niż ustalone przez PLK SA co wynika z istotnych różnic specyfiki inwestycji drogowych i kolejowych. Z uwagi na powyższe nie jest zasadnym przyrównywanie wysokości kosztów ogólnych przyjętych przez GDDKiA i PLK SA.

(40)Z powyższej przyczyny nie jest także właściwe korzystanie przez PLK SA ze wskaźników ustalonych przez GUS dla kosztów ogólnych przywołanych w odwołaniu. Wskaźniki GUS ustalone zostały dla branży budowlanej jako takiej, bez uwzględniania specyfiki kosztorysowej inwestycji kolejowych. Przede wszystkim jednak wyjaśnić należy, że pod pojęciem kosztów ogólnych w rozumieniu § 9 ust. 14 wzoru Umowy przyjęto 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). Wartość współczynnika publikowanego przez GUS dotycząca kosztów ogólnych ujmowana jest w kalkulacji ceny jednostkowej. Kalkulacja taka zawiera zarówno koszty ogólne produkcji budowlano – montażowej jak i koszty ogólne będące pochodną czasu. O powyższym świadczą zapisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2021 poz.2458) (44) Zgodnie z definicjami z ww. rozporządzenia

„Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

cenie jednostkowej – należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, obliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych

kosztach pośrednich – należy przez to rozumieć składnik kalkulacyjny wartości kosztorysowej, uwzględniający nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu; (...)

(45-51) Zgodnie z definicją GUSu kosztów pośrednich i ich zawartości na potrzeby kalkulacji cen wskazano: „Koszty produkcji budowlano-montażowej – Wszystkie koszty składające się na całkowity koszt sprzedanej produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej w ciągu roku na terenie kraju siłami własnymi, tj. bez podwykonawców. Do kosztów produkcji budowlano-montażowej zalicza się: materiały bezpośrednie, koszty zakupu, płace bezpośrednie, pracę sprzętu i transportu technologicznego, pozostałe koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, koszty zarządu, koszty nieprodukcyjne.”

Powyższe oznacza, że w rozpatrywanym przypadku zdecydowana większość kosztów ze wskaźnika publikowanego przez GUS powinna być zawarta w części RCO/Przedmiaru Robót dotyczących wykonania robót. Do kosztów ogólnych w ujęciu kontraktowym nie należy doliczać kosztów ogólnych budowy w całości, jedynie takie których wysokość uzależniona jest od upływu czasu. Nie ma żadnego uzasadnienia wliczanie do tych kosztów ogólnych zdefiniowanych w § 9 ust. 14 wzoru Umowy całości kosztów płac bezpośrednich, kosztów ogólnych budowy, a nawet części kosztów zarządu bowiem te kalkulowane są w kosztach robót bezpośrednich powiązanych z konkretnymi pracami. Zamawiający definiując we wzorze umowy „Koszty Ogólne” nie ingeruje w koszty związane bezpośrednio z produkcją budowlano – montażową, które to koszty stanowią zdecydowaną większość kosztów ogólnych w rozumieniu definicji GUS. Koszty te powinny być ujmowane w innych pozycjach RCO/Przedmiaru Robót powiązanych z konkretnymi pracami. Zgodnie z założeniami SWZ Zamawiającego wykonawca może przyjąć koszty na indywidualnym poziomie z tym, że koszty ogólne, na których wysokość ma wpływ czas realizacji stanowią odrębną, zdefiniowaną kontraktowo kategorię i wykonawca musi wykazać je odrębnie na etapie ofertowania.

Koszty ogólne niewątpliwie mają indywidualny charakter dla każdego wykonawcy, zależą od szeregu czynników, na które wpływ mają okoliczności dotyczące wykonawcy jak np. lokalizacje innych inwestycji realizowanych w podobnym czasie, ilości i dobór sprzętu budowlanego, ilości kadr. Dowodem na to są chociażby znaczne w kalkulowaniu takich kosztów przez poszczególnych oferentów tego samego postępowania. Z powyższego względu, a także z uwagi na różny okres realizacji, nie jest miarodajne porównywanie kosztów ogólnych kalkulowanych na podstawie ofert składanych w różnych postępowaniach jak w Odwołaniu. Warunki realizacji każdej z inwestycji różnią się bowiem w zakresie lokalizacji i czasu realizacji, co ma bezpośrednie przełożenie na wyżej wymienione czynniki wpływające na wysokość kosztów ogólnych (dostępność sprzętu, kadr, zaplecza).

Stawiając zarzut wprowadzenia do kontraktu sztucznego, nierealnego limitu kosztów ogólnych Odwołujący nie wykazał, aby limit ten faktycznie był niemożliwy do osiągnięcia w tym konkretnie Postępowaniu.

(52) Zamawiający kierując się interesem publicznym ustala warunki udziału w postępowaniu i tym też interesem uzasadnia ustalenie w IDW limit wysokości kosztów ogólnych, które odpowiadają warunkom rynkowym. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty kieruje się przyjętymi kryteriami, z których cena odrywa istotną rolę. Mając na uwadze interes społeczny Zamawiający powinien promować wykonawców, którzy są w stanie zaoferować stosunkowo niskie koszty ogólne.

(53) Zatem, jeżeli już wycena kosztów ogólnych miałaby być dokonywana w oparciu o oferty składane w innych postępowaniach należałoby wziąć pod uwagę nie średni, czy najwyższy wskazywany koszt, jak to ujęto w Odwołaniu, ale uwzględnić przede wszystkim koszty najniższe.

(54) W tym miejscu należy wyjaśnić, że limit 1,4% wartości oferty netto nie jest limitem, który miałby zastosowanie do wszystkich inwestycji PLK SA. Limit ten jest ustalany dla każdego postępowania indywidualnie z uwzględnieniem takiego wskaźnika jak chociażby czas realizacji umowy.

(55) Wysokość limitu kosztów ogólnych zgodnie z założeniami Zamawiającego ma być wyliczana indywidualnie w każdym postępowaniu według wzoru: $X = 0,10 \text{ lub } 0,15 \times \text{liczba miesięcy realizacji}$

gdzie X to limit % kosztów ogólnych liczony od wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez Wynagrodzenia Warunkowego i kosztów komunikacji zastępczej)

* 0,10 przy zadaniach o wartości szacunkowej poniżej 500 mln PLN, 0,15 przy zadaniach o wartości szacunkowej powyżej 500 mln zł

Dowód: decyzja Członka Zarządu - dyrektor ds. realizacji inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nr 2/2024 z dnia 10 lipca 2024 r. z załącznikami tj. wzorami umów i IDW:

- Instrukcją dla Wykonawców (IDW) dla przetargu (ograniczonego/nieograniczonego) na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego, stanowiących Załącznik nr 3 do Decyzji,
- Instrukcją dla Wykonawców (IDW) dla przetargu (ograniczonego/nieograniczonego) na urządzenia i budowę z projektowaniem „projektuj i buduj”, stanowiących Załącznik nr 7 do Decyzji,
- Warunkami umowy dla przetargu (ograniczonego/nieograniczonego) na budowę dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Zamawiającego, stanowiących Załącznik nr 8 do Decyzji,
- Warunkami umowy dla przetargu (ograniczonego/nieograniczonego) na zaprojektowanie i wykonanie robót, stanowiących Załącznik nr 12 do Decyzji.

(56) Tytułem wyjaśnienia, przy wyliczaniu współczynnika do wyliczenia limitu kosztów ogólnych brana jest pod uwagę cena kontraktowa uzyskana po aukcji (jeżeli ta ma miejsce), a w okresie realizacji nie wliczany jest czas przewidziany na dostarczenie Zamawiającemu zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych.

(57) W przedmiotowym Postępowaniu przewidziano 14 miesięcy realizacji, szacowana wartość zamówienia to kwota poniżej 500 mln zł, w związku z powyższym współczynnik do wyliczenia limitu Kosztów ogólnych w tym przypadku wynosi 1,4%

$$X = 0,10 \times 14$$

(58) Nie jest to zatem współczynnik jaki miałby zastosowanie do innych przetargów, jak np. te wymienione w Odwołaniu.

(59) Przykładowo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 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”, nr postępowania: 9090/IRZR2/13622/03386/24/P. limit kosztów ogólnych wynosi dla zakresu podstawowego 5,5% wartości oferty netto i 4,3% wartości oferty netto za opcję.

Dowód: IDW 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”

(60)Odnosząc się do podnoszonych w Odwołaniu postępowań i wskazywanych elementów stanowiących część kosztów ogólnych wskazać należy co następuje.

(61)W postępowaniu na „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej 104 na odcinku A2 Rabka Zaryte – Mszana Dolna w ramach Projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Kłęczany - Nowy Sącz” (dalej: „Postępowanie nr 1”) przewidziano

24 miesiące realizacji, przy wartości szacunkowej poniżej 500 mln PLN daje to współczynnik do wyliczenia limitu Kosztów ogólnych w wysokości 2,4%.

(62)Wysokość kosztów organizacji zaplecza w Postępowaniu nr 1 oferenci wskazywali w przedziale od 1 305 885,00 PLN, do kwoty 6 975 700,00 PLN, a procentowy udział tych kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,003% do 0,019%.

(63)Natomiast koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń oferenci w Postępowaniu nr 1 wyliczyli na kwoty od 250 000,00 PLN do 6 855 999,74 PLN, a procentowy udział tych kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,00067% do 0,016%.

Dowód: Tabela 1 – tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

(64)Zamawiający wyliczył także stosunek wysokości wszystkich kosztów ogólnych do ceny złożonych ofert. W Postępowaniu nr 1 stosunek kosztów ogólnych do ceny ofertowej (po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego) wahał się w przedziale od 1,03% do 3,68%.

Dowód: Tabela 2 – tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

(65)W postępowaniu na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka – Nowy Sącz na odc. A1 od km 0+576 (km istn. 0+576) do km 6+100 (km istn. 6+109) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104, wzdłuż linii kolejowej nr 98 Sucha Beskidzka – Chabówka na odc. od km istn. 33+830 do km istn. 35+313 oraz na stacji Chabówka” realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc – Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz” (dalej: „Postępowanie nr 2”) przewidziano 24 miesiące realizacji, przy wartości szacunkowej poniżej 500 mln PLN daje to współczynnik do wyliczenia limitu Kosztów ogólnych w wysokości 2,4%.

(66)Wysokość kosztów organizacji zaplecza w Postępowaniu nr 2 oferenci wskazywali w przedziale od 103 887,63 PLN, do kwoty 11 808 979,72 PLN, a procentowy udział tych kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,00015% do 0,026%.

(67)Natomiast koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń oferenci w Postępowaniu nr 2 wyliczyli na kwoty od 389 578,63 PLN do 3 651 317,16 PLN, a procentowy udział tych kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,00058% do 0,075%.

Dowód: Tabela 1 – tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

(68)Zamawiający wyliczył także stosunek wysokości wszystkich kosztów ogólnych do ceny złożonych ofert. W Postępowaniu nr 2 stosunek kosztów ogólnych do ceny ofertowej (po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego) wahał się w przedziale od 0,64% do 4,88%.

Dowód: Tabela 2 – tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

(69)W postępowaniu na „Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku D Limanowa – bocznica Klęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Klęczany - Nowy Sącz” (dalej: „Postępowanie nr 3”) przewidziano 31 miesięcy realizacji, przy wartości szacunkowej poniżej 500 mln PLN daje to współczynnik do wyliczenia limitu Kosztów ogólnych w wysokości 4,6%.

(70)Wysokość kosztów organizacji zaplecza w Postępowaniu nr 3 oferenci wskazywali w przedziale od 8 237 957,00 PLN do 61 457 190,20 PLN, a procentowy udział kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,0039% do 0,029%.

(71)Natomiast koszty zapewnienia wymaganych ubezpieczeń oferenci w Postępowaniu nr 3 wyliczyli na kwoty od 26 753 393,23 PLN do 55 332 517,83 PLN, a procentowy udział kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,012% do 0,026%.

Dowód: Tabela 1 – tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

(72)Zamawiający wyliczył także stosunek wysokości wszystkich kosztów ogólnych do ceny złożonych ofert. W Postępowaniu nr 3 stosunek kosztów ogólnych do ceny ofertowej (po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego) wahał się w przedziale od 4,71% do 5,77%. Oferta niższa nieznacznie odbiega od limitu wynikającego z przyjętego wzoru.

Dowód: Tabela 2 – tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

(73)W postępowaniu na realizację zadania pn. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna - Somonino oraz nr 214 Somonino - Kartusy realizowane w ramach projektu

"Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I" (dalej: „Postępowanie nr 4”) przewidziano 42 miesięcy realizacji, przy wartości szacunkowej powyżej 500 mln PLN daje to współczynnik do wyliczenia limitu Kosztów ogólnych w wysokości 6,3%.

(74)Wysokość kosztów organizacji zaplecza w Postępowaniu nr 4 oferenci wskazywali w przedziale od 100 000,00 PLN do 30 788 059,21 PLN, a procentowy udział kosztów w stosunku do oferowanej ceny ofertowej po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego wynosił od 0,0028% do 0,047%.

Dowód: Tabela 1 – tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

(75)Zamawiający wyliczył także stosunek wysokości wszystkich kosztów ogólnych do ceny złożonych ofert. W Postępowaniu nr 4 stosunek kosztów ogólnych do ceny ofertowej (po aukcji bez kwoty warunkowej i kosztów transportu zastępczego) wahał się w przedziale od 0,19% do 5,02%.

Dowód: Tabela 2 – tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

(76)Odwołujący wyliczył średnią procentową wartość kosztów zaplecza w odniesieniu do wartości ofert w Postępowaniu nr 3 na 2%, co odbiega znacząco od wyliczeń Zamawiającego przedstawionych w załączonym materiale. Niemniej nawet przy takim założeniu koszt ten mieści się w zakładanym limicie 4,6%.

(77)W przypadku Postępowania nr 1 Odwołujący wskazuje na średnią procentową wartość kosztów zaplecza na 1% ceny ofert przy czym zakładany limit na koszty ogólne wynosiłby w tym przypadku 2,4%.

(78)W Postępowaniu nr 4 Odwołujący wskazuje na średnią procentową wartość kosztów zaplecza 1,2% ceny ofert przy czym zakładany limit na koszty ogólne wynosiłby tu 5,4%.

(79)Odnosząc się do twierdzeń zawartych w Odwołaniu, Zamawiający wskazuje, że nie można zakładać, aby przy wprowadzanym limicie procentowym kosztów ogólnych w Postępowaniu nr 3 złożona została tylko jedna oferta. Najwyższy procentowy stosunek kosztów zaplecza do ceny oferty wynosił bowiem w tym postępowaniu 3,6% podczas, gdy zgodnie z analizowanymi założeniami limit procentowy kosztów ogólnych przewidziany byłby na poziomie 4,5% ceny ofertowej.

(80)Podobnie w przypadku Postępowania nr 1 wszystkie złożone oferty powinny mieścić się w limicie procentowym kosztów ogólnych jaki byłby tam ustalony według nowowprowadzonych zasad tj. 2,4%. Najwyższy stosunek kosztów organizacji zaplecza w stosunku do ceny wskazany w ofertach złożonych w tym postępowaniu wynosił natomiast 1,9% ceny ofertowej.

(81) Koszty ubezpieczeń w Postępowaniu nr 3 Odwołujący wyliczył na średnią 1,7% ceny ofertowej, a zgodnie z analizowanymi założeniami limitu procentowy kosztów ogólnych przewidziany byłby na poziomie 4,5% ceny ofertowej. Koszt ten w Postępowaniu nr 1 Odwołujący wyliczył na średnią 0,8% ceny ofertowej, a zgodnie z analizowanymi założeniami limit procentowy kosztów ogólnych przewidziany byłby tam na poziomie 2,4% ceny ofertowej. W odniesieniu do Postępowania nr 2 wyliczono w Odwołaniu średnią kosztu ubezpieczeń na poziomie 0,5% ceny ofertowej, a w tym postępowaniu limit procentowy kosztów ogólnych przewidziany byłby na poziomie 6,45% ceny ofertowej.

(82) Przy analizie danych zebranych w przykładowych postępowaniach wyraźnie widoczne są rażące różnice, co do wskazywanej przez wykonawców wartości składników składających się na koszty ogólne w stosunku do wartości składanych ofert. Stosunek poszczególnych składowych kosztów ogólnych w stosunku do ceny ofertowej w różnych ofertach tego samego postępowania różni się nawet dziesięciokrotnie.

(83) Biorąc pod uwagę tak duże rozbieżność wskazywanych przez wykonawców elementów składowych kosztów ogólnych takich jak koszt ubezpieczeń, koszt organizacji zaplecza budowy w relacji do ceny ofertowej, nie można wykluczyć, że najwyższe wartości składowych kosztów ogólnych z ofert były celowo zawyżone obejmując także inne pozycje kosztowe tj. stosowana była tzw. „inżynieria kosztowa”. Takich sytuacji Zamawiający chce uniknąć ustalając górny limit procentowy kosztów ogólnych.

(84) Należy wyjaśnić, że wzór przyjęty we wprowadzonych zasadach wyliczenia limitu kosztów ogólnych w postępowaniach Zamawiającego jest wynikiem przeprowadzonej analizy w tym zakresie.

(85) Zamawiający mając na uwadze stosowany przez wykonawców mechanizm „inżynierii cenowej” za punkt wyjścia przyjął koszty ogólne faktycznie wypłacone.

Dowód: Tabela nr 3 – tabela Excel wyliczenia limitu kosztów ogólnych

(86) Limity kosztów ogólnych zostały przyjęte na podstawie średnich wartości wypłaconych przez Zamawiającego z tego tytułu. Są to zasadniczo koszty, których wysokość zależna jest od czasu, limity są odpowiednio wyższe dla postępowań o dłuższym okresie realizacji.

(87) Przy ustalaniu zasad liczenia limitu kosztów ogólnych przeanalizowano również wpływ wielkości zadań na koszty ogólne, definiowane w zależności od czasu, poprzez przyjęcie wyższego współczynnika dla większych zadań. W konsekwencji dla takiego samego czasowo zadania, ale o większym zakresie limit zamiast 1,4 % wynosić będzie 2,1%.

(88) Powyższy mechanizm obrazuje tabela z wariantami:

Czas [miesiące]	Zadanie małe poniżej 500 mln.	Zadanie duże powyżej 500 mln.
121,2%	1,8%	
181,8%	2,7%	
242,4%	3,6%	
303,0%	4,5%	
363,6%	5,4%	
424,2%	6,3%	
484,8%	7,2%	
606,0%	9,0%	

(89) Jak wynika z metodyki przyjętej przez Zamawiającego, nawet gdyby pominąć fakt, iż koszty ogólne związane z produkcją budowlaną – montażową nie są uwzględniane w nowych pozycjach w ofercie to widać, że limity dla zadań wskazanych w Odwołaniu byłyby następujące:

A1 – 2,4% D – 4,65 % A2 – 2,4 % LK 201 – 6,3 %

co daje średnią dla tych postępowań 3,94 %, bardzo zbliżoną wartość jakiej wskazano jako średnią kosztów ogólnych w Odwołaniu na str. 16.

(90) Dodatkowo wskazać należy, że średnia liczona przez Odwołującego w postępowaniach przykładowych przywołanych w Odwołaniu (Tabela nr 2) jest zawyżona, ponieważ do obliczeń uwzględniono także pozycje 1.1.7; 1.1.9; 1.1.9.1-3; 1.1.15-19 oraz w większości wykazane koszty w pozycjach 1.1.2; 1.1.8; 1.1.10; 1.1.11; 1.1.11.1-3; 1.1.13, które

zgodnie z definicją kontraktową nie wchodzi do kosztów ogólnych, są ujęte w innych pozycjach RCO/Przedmiaru Robót tj. w części opisanej jako Wymagania Ogólne.

(91)Na podstawie analizy wydatkowanych kosztów ogólnych (Tabela nr 3) ustalono, że średnio miesięcznie wypłacone koszty ogólne wynosiły 0,09% w stosunku do ceny kontraktu przy mniej kosztowych inwestycjach i 0,15% w stosunku do ceny kontraktu przy inwestycjach droższych. Biorąc

pod uwagę powyższe iloraz współczynnika i ilości miesięcy realizacji kontraktu powinien odpowiadać średnim kontraktowym kosztom ogólnym inwestycji zdefiniowanym w §9 ust. 14 wzoru Umowy.

(92)Zaznaczyć przy tym należy, że w wyliczeniach wzięto pod uwagę także nietypowe inwestycje, gdzie koszty ogólne są wyższe niż przeciętne jak inwestycja pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i buduj” w ramach projektu POLiŚ 5.1-15 „Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T), etap I odcinek Łódź Fabryczna – Łódź Kaliska / Łódź Żabieniec”, gdzie koszty zużycia energii elektrycznej są niewspółmiernie wyższe niż w innych inwestycjach. Ujęcie ww. zadania w wyliczeniach zawyża limit kosztów ogólnych, który ostatecznie przy tej kategorii droższych zadań wyniósł średnio 0,15% na miesiąc.

(93)Odwołujący zgłaszając zastrzeżenia, co do wysokości limitu kosztów ogólnych przyjętym w Postępowaniu wskazuje, że powinno się do tych kosztów doliczać koszty ujemowane w pozycjach

Wymagania Ogólne RCO/Przedmiarze Robót jak koszty plac bezpośrednich, koszty ogólne budowy (str. 17 Odwołania). Nie można jednak powołując się na pozycje z kategorii RCO/Przedmiaru Robót oznaczonych jako „Wymagania Ogólne” wykazać, że limity Zamawiającego w odniesieniu do mniejszego zakresu pozycji zaliczanych do zdefiniowanych kontraktowo kosztów ogólnych są rzekomo zbyt niskie.

(94)Reasumując okoliczności opisane w niniejszym piśmie wskazać należy, że postanowienia IDW wprowadzające limit kosztów ogólnych są zgodne z Pzp. Wskazanie w SWZ limitu kosztów ogólnych, które są wyliczone w oparciu o określony wzór, wypracowany w oparciu o realnie ponoszone koszty ogólne, nie prowadzi do naruszenia równowagi stron, która byłaby sprzeczna z przepisami prawa. Wprowadzenie limitów kosztów ogólnych nie jest wyrazem wykorzystania i nadużycia pozycji dominującej, nie jest to także wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego, tym bardziej nie jest to rażące wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego. Nie ma podstaw do zarzucania Zamawiającemu naruszenia równowagi stron. Wprowadzenie limitu kosztów ogólnych nie jest sprzeczne zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego.

(95)Z uwagi na powyższe, wszystkie zarzuty objęte Odwołaniem zasługują na oddalenie.

Załączono:

2.decyzja Członka Zarządu - dyrektor ds. realizacji inwestycji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nr 2/2024 z dnia 10 lipca 2024 r. z załącznikami tj. wzorami umów i IDW

3.Tabela nr 1 - tabele Excel dotyczące kosztów organizacji zaplecza i kosztów zapewnienia wymaganych ubezpieczeń

4.Tabela 2 – tabele Excel stosunek wszystkich kosztów ogólnych do ceny

5.Tabela nr 3 – tabela Excel wyliczenia limitu kosztów ogólnych

6.Wykaz płatności z SWZ w postępowaniu na Zaprojektowanie i wykonanie remontu mostu przez rz. Trzebośnica w m. Ruda Łańcucka w ciągu DK nr 77 w km 85+411,

7.IDW 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”.

Strony i obecni uczestnicy przedstawili i poparli swoje dotychczasowe stanowiska, które zostały utrwalone w protokole rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławczauwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego, do której oprócz stanowisk stron zalicza się dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy PZP.

Jak wynika z odwołania, aktualne brzmienie dokumentów zamówienia utrudnia lub uniemożliwia odwołującemu, jako potencjalnemu wykonawcy, jak i przystępującym do postępowania odwoławczego po jego stronie, przygotowanie, rzetelną wycenę oferty oraz jej złożenie, a co za tym idzie wybór oferty jako najkorzystniejszej.

W konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści materialnych wynikających z możliwości uzyskania i wykonania przedmiotowego zamówienia. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy wymienieni w sentencji wyroku.

Podniesione przez odwołującego i stanowiące przedmiot rozpatrzenia zarzuty dotyczą treści Instrukcji Dla Wykonawców („IDW”) udostępnionych w ramach załącznika do SWZ. Skład orzekający potwierdza i akceptuje, że Zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jego gospodarz, ma prawo ustalać warunki realizacyjne planowanego zamówienia, opisywać przedmiot zamówienia i pozostałe warunki udziału w postępowaniu, w tym wzory dokumentów, nie wyłączając wzoru umowy, jaka zostanie zawarta z wybranym w wykonawcą, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza. Swoboda w formułowaniu warunków realizacyjnych nie jest oczywiście nieograniczona, bowiem jej ramy zakreślają przepisy ustawy, w szczególności Prawa zamówień publicznych, a przez odesłanie z art. 8 ustawy pzp, kodeksu cywilnego.

Wskazana swoboda nie ma charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – pozycji dominującej. Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma zapewnić zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, który co do zasady, zaspokaja potrzeby społeczne w obszarze będącym jego przedmiotem działania. Należy zauważyć, że umowa nie jest stricte umową adhezyjną, jakkolwiek w wyniku postępowania prowadzonego przez zamawiającego zawierana jest umowa o treści określonej przez zamawiającego po ewentualnym uwzględnieniu wniosków uczestników i rozstrzygnięciach postępowań odwoławczych. Celem Zamawiającego powinno być dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może jednak przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę, a taki wstępny wniosek wynika z treści kwestionowanych zapisów specyfikacji warunków zamówienia. Postanowienia dokumentacji postępowania powinny być określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie skalkulować i określić swoją cenę ofertową. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego (art. 5 kc) oraz zasady zobowiązań wzajemnych, w tym art. 353¹ KC.

Negatywnej ocenie powinna podlegać dokumentacja postępowania, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego naturalnie silniejszej pozycji, gdyż w stosunku zobowiązaniowym nie chodzi tylko o ochronę interesów Zamawiającego, ale zgodności z zasadami i przepisami prawa.

W sprawie będącej przedmiotem oceny Zamawiający ustalił na nowo treść Instrukcji Dla Wykonawców dodając nowe brzmienie do pkt 12.5. W tych postanowieniach wskazano na obowiązujący maksymalny limit kosztów ogólnych, ingerując znacząco w sposób, w jaki wykonawca kształtuje wycenę swojej oferty. W ocenie Izby zaproponowany przez Zamawiającego poziom jest ustalony w sposób sztuczny, nierealny, nie wynikający z konkretnych wyliczeń, a sankcja za niezachowanie w ofercie wymagania, kategorię. Niezastosowanie się do wskazanych przez Zamawiającego wytycznych skutkuje odrzuceniem oferty.

W § 9 ust. 14 Umowy Zamawiający zdefiniował pojęcie „kosztów ogólnych” wskazując, że w ich ramy wchodzi:

„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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres utrzymania wynikający z zatwierdzonego HRF); d) koszt zabezpieczania Terenu Budowy; e) koszty czasowego zajęcia chodników, pasów drogowych i innych terenów na cele budowy (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na czas 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 (jeżeli okoliczność skutkująca wydłużeniem terminu realizacji Umowy lub Etapu wpłynęła na okres prowadzenia Robót wymagający sprawowania nadzoru, wynikający z zatwierdzonego HRF); 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 ew. 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."

Ponadto W ramach załącznika do wskazanej zmiany, Zamawiający załączył tabelę z wierszami odnoszącymi się do części R z Przedmiaru robót z wymienionymi w poszczególnych wierszach konkretnymi zbiorczymi kategoriami bardziej szczegółowo zdefiniowanymi w treści § 9 ust. 14 Umowy, co dotyczyło czterech kategorii kosztów wskazanych.

Powyższe zostało wskazane w orzeczeniu, jakkolwiek stosowanie i rodzaje kosztów ogólnych nie było przedmiotem zarzutów odwołania i zasadniczo nie są kwestionowane, jednakże właśnie te koszty, a w istocie ich poziom mają istotne znaczenie o tyle, że Zamawiający w ramach dokonanej zmiany SWZ w sposób znaczący nakazuje wykonawcy określić poziom kosztów ogólnych na sobie właściwym poziomie. Taka decyzja zamawiającego nie została poparta przekonującym uzasadnieniem i wskazuje wprost na jednoznaczne ograniczenie dopuszczalnego poziomu kosztów do wysokości 1,4% z sankcją definitywną w postaci odrzucenia oferty, w razie przekroczenia nakazane limitu.

Wobec powyższego wskazania o granicach sporu zbędne są, w ocenie Izby rozważania, o możliwych rodzajach kosztów, w tym ogólnych i ich definicji, w tym także wynikających z doświadczeń zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Nie sposób jednak pominąć okoliczność, że chęć zapobieżenia odrzuceniu ewentualnej oferty w postępowaniu, z uwagi na wskazany zapis, wprost doprowadzi do pozbawionej realności kalkulacji ceny oferty w wyniku zastosowania swoistej inżynierii cenowej nastawionej na utrzymanie się w narzuconym przez zamawiającego limicie kosztów ogólnych.

Należy przy tym zauważyć, że opisany limit w swojej wysokości nie wynika z analogicznych postępowań prowadzonych przez zamawiającego, co zasadnie przedstawił odwołujący w piśmie nie zaprzeczonym przez drugą stronę.

Zamawiający zamierza na wszystkie koszty (i więcej, ponieważ cztery wskazane wyżej kategorie nadal nie wyczerpują wszystkich elementów składających się na koszty ogólne zdefiniowane przez Zamawiającego) nałożyć limit 1,4%. Limit ten miałby być nieprzekraczalny i grożący sankcją odrzucenia w przypadku niedostosowania się do niego. Już na pierwszy rzut oka widać, że wymaganie to jest nierealne i sprzeczne z obowiązującą praktyką, a na podstawie przekazanych przez GUS danych – również ze wszech miar nierynkowe.

W ocenie składu orzekającego, nowe brzmienie pkt 12.5 IDW w zakresie limitu sumarycznej wartości pozycji Przedmiaru robót dotyczącej kosztów ogólnych dla pozycji R1-R4 jest postanowieniem nadmiernym, sprzecznym z zasadami współzycia społecznego, naruszającym zasady swobody umów i współdziałania stron umowy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone, a zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron, co daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i wykonawcy zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem 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.

Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współzycia społecznego oraz nie może on czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zws (art. 353¹ oraz art. 5 KC). 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.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że zastrzeżenia odwołującego do Instrukcji dla wykonawców za uzasadnione wobec nowo wprowadzonej treści naruszającej zasady ustalania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego określone zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i kodeksie cywilnym.

Reasumując należy stwierdzić, że głównym zastrzeżeniem z punktu widzenia zarzutu prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji (art. 99 ust. 4) jest wkraczanie przez Zamawiającego w obszar kalkulacji ceny, który wykracza poza opis przedmiotu zamówienia i choć nawiązuje do projektowanych postanowień umowy, to prowadzi do narzucenia sztywnego limitu kosztów, które dla różnych podmiotów mogą kształtować się inaczej, co jest uzależnione od sytuacji gospodarczej i możliwości faktycznych ograniczania kosztów ogólnych.

Wprowadzenie skutku dla oferty, w której miałyby dojść do przekroczenia limitu wprowadzonego na poziomie 1,4%, w postaci jej odrzucenia, będzie prowadziło i zmuszało wykonawców do sztucznego wskazywania kosztów w granicy wyznaczonej przez zamawiającego, co nie musi odzwierciedlać rzeczywistych kosztów wykonawcy.

Warunki uczciwej konkurencji wymagają stworzenia takich zasad, które pozwolą konkurować realnie, a nie w sposób sztuczny. Na cenę wpływa szereg czynników, co wynika z pozycji na rynku, ogólnej sytuacji na rynku robót budowlanych, sytuacji bieżącej wykonawcy, a te okoliczności mogą istotnie wpływać na możliwość ograniczenia określonych kosztów. Z jednej strony zamawiający dąży do ograniczenia inżynierii cenowej, z drugiej sam wprowadza barierę, która może właśnie prowokować do sztucznego zaniżania kosztów lub ich ukrywania w innych pozycjach kosztorysowych, czego nie da się w żaden sposób zweryfikować. Zamawiający chciał mieć możliwość kontroli nad potrzebą i metodą aneksowania umów w przypadku wydłużenia terminu realizacji kontraktu, co na rozprawie uzasadniał argumentem o zamiarze ułatwienia weryfikowania wielkości rzeczowych i kwotowych podlegających aneksowaniu. Należy jednak zauważyć, wprowadzone klauzule umowne nie zwalniają z konieczności wykazania uzasadnienia dla zmiany ceny.

Istotnym jednak pozostaje przyjęcie jako podstawy dla ustalenia wysokości limitu danych z aneksów umów, co prezentuje w tabeli nr 3, w której wyłącznie uwzględniono cztery rodzaje kosztów ogólnych zaliczonych w postępowaniu do tej kategorii. Prowadzi to do wniosku, iż dla opisu przedmiotu zamówienia w zakresie ustalenia limitu kosztów ogólnych obrazującymi rzeczywiste zmiany na etapie realizacji różnych kontraktów miały miejsce aneksy podyktowane konkretnymi uwarunkowaniami kontraktowymi, a nie rzeczywistą analizą przedmiotu zamówienia. Same aneksy obrazowały wyłącznie poziom zmiany kosztów ograniczonych rodzajowo, co nie może być odnoszone do poziomu kosztów przyjmowanych na etapie kalkulacji ceny oferty. Ponadto, taka analiza nie uwzględnia istotnej różnicy wynikającej ze sposobu prezentacji ceny ofertowej w poprzednich kontraktach, w których nie było odrębnej pozycji dedykowanej kosztom ogólnym. Tym samym przykłady przedstawione przez zamawiającego, abstrahując od popełnionych w niektórych z nich pomyłek, co zostało przyznane na rozprawie, nie mogą być uznane za miarodajne i adekwatne do przedmiotu rozpatrywanej sprawy.

Ponadto porównywanie wprowadzonego limitu do stosowanego na rynku wskaźnika kalkulacji dla dokumentacji projektowej, co zostało podniesione w trakcie rozprawy, nie jest właściwe, co najmniej z tego powodu, że na potrzeby kalkulacji kosztów prac projektowych, praktyka wskazuje na wskaźnikową metodę. Co należy również podkreślić, to istotna różnica obu kategorii cenotwórczych. W przypadku dokumentacji projektowej ma ona odniesienie wprost do opisu przedmiotu zamówienia, natomiast koszty ogólne to wypadkowa wielu czynników, w tym przede wszystkim sytuacji gospodarczej wykonawcy. Uprawnienie do kształtowania warunków zamówienia przez zamawiającego ma na celu stworzenie równych i uczciwych warunków konkurencji, dla których wyznacznikiem są warunki realizacji świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Koszty ogólne nie muszą być wyłącznie podyktowane zakresem świadczenia.

Wskazując limity z drastyczną sankcją w postaci odrzucenia oferty, w razie ich niedotrzymania, zamawiający pośrednio ingeruje w uprawnienia wykonawcy do organizacji zaplecza budowy, wykorzystania zasobów kadrowych i innych aspektów leżących wyłącznie w gestii wykonawcy, który mierzy własne koszty i powinien mieć możliwość ich realnego wyliczenia.

Mając na uwadze dokonane ustalenia orzeczono, jak w sentencji nakazując zamawiającemu wykreślenia postanowienia specyfikacji o treści naruszającej powołane przepisy prawa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....