

WYROK

Warszawa, dnia 18 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

B. Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi

C. STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów odwołania dotyczących warunków udziału w postępowaniu;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2266/24

Uzasadnienie

Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82”, numer referencyjny: ZIMDZ.2621.6.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2024 roku pod numerem 358613-2024. W tej samej dacie została opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej postępowania Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Wykonawca Trakcja S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści SWZ w zakresie dotyczącym postanowień z rozdziału VIII ust. 5 pkt 5.1 oraz ust. 5 pkt 5.2. ppkt 5.2.1. SWZ a także wobec postanowienia § 16 ust. 4 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1, art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez sformułowanie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny i nadmierny względem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności wykonawcy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tj.:

- a) poprzez określenie w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ warunku wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert dwóch robót budowlanych o łącznej wartości

150 mln złotych (przy wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 75 mln złotych) w sytuacji, gdy z uwagi na (i) treść Opisu Przedmiotu Zamówienia, (ii) wymóg, aby każda z referencyjnych inwestycji obejmowała torowisko tramwajowe o długości nie mniejszej niż 1 km toru podwójnego oraz (iii) liczbę inwestycji o wymaganej przez Zamawiającego wartości wystarczającym i adekwatnym do powyżej wymienionych okoliczności jest żądanie wykonania się dwoma robotami budowlanymi o łącznej wartości 80 mln złotych (przy wartości każdej z robót wynoszącej 40 mln złotych) lub sumy 130 mln złotych, pozostawienie wykonawcom swobody co do wartości poszczególnych inwestycji (a więc brak narzucenia, aby każda referencyjna inwestycja dotyczyła zadania o wartości min. 75 mln złotych);

b) poprzez określenie w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ warunku udziału w Postępowaniu w zakresie dot. osób delegowanych przez wykonawcę do wykonania zamówienia w sposób nieadekwatny i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, ograniczający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, z uwagi na postawienie wymagania, aby osoby predestynowane do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych musiały wykazać się doświadczeniem nabytym w pełnieniu funkcji kierownika budowy i jednocześnie narzucenie wymogu, aby kierownicy robót drogowych pełnili jednocześnie funkcję kierownika budowy;

2) art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez zawarcie w projektowanym postanowieniu umowy postanowienia § 16 ust. 4, zgodnie z którym „za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie” skutkującego pozbawieniem wykonawcy uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane – jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. k.c. - jak również zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz celowi społeczno - gospodarczemu, naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane w relacji inwestor – wykonawca; a w konsekwencji powyższych:

3) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) zmianę treści warunku określonego w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ poprzez zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż 80 000 000,00 zł brutto i o wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 40 000 000,00 zł brutto. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego;

lub warunkiem o następującej treści:

w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż 130 000 000,00 zł brutto. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego;

2) zmianę treści warunku określonego w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ poprzez zastąpienie jej warunkiem o następującej treści:

3) 5.2.1.: dwiema (2) osobami na stanowisko kierownika robót drogowych (z których każda będzie pełniła funkcję kierownika budowy odrębnie dla Zadania 1 i Zadania 2), każda posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego;

4) usunięcie § 16 ust. 4 projektowanych postanowień umowy (zał. nr 2 do SWZ).

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że zgodnie z treścią Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), stanowiącego załącznik numer 1 do SWZ do obowiązków wykonawcy zamówienia należy m.in. budowa / przebudowa / remont jezdni lub ulic, budowa i przebudowa torowiska tramwajowego oraz budowa i przebudowa kanalizacji deszczowej odwodnienia jezdni i torowiska, a także budowa budynku socjalnego na pętli tramwajowo-autobusowej. Inwestycja ma charakter typowy i nie wyróżnia się spośród innych, podobnych inwestycji realizowanych przez Zamawiającego. W szczególności nie wyróżnia się ona na tle innych inwestycji tramwajowych stopniem lub skalą złożoności. Wpływ na ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na tak wysokim poziomie ma to, że nie zostało ono podzielone na części. W jego ramach należy wykonać dwa zadania. W ocenie Odwołującego w ramach postępowania istniała możliwość podziału zamówienia na części i umożliwiała wykonawcom złożenia ofert na daną część zamówienia. Wprowadzone przez Zamawiającego warunki udziału powinny zostać urealnione bowiem w zakresie dotyczącym posiadania doświadczenia w zrealizowaniu podobnych inwestycji oraz dysponowania określoną kadrą zostały sformułowane w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Powołując się na orzecznictwo Izby Odwołujący stwierdził, że związanie warunku z przedmiotem zamówienia rozumieć należy jako takie jego sformułowanie, które w swojej treści nawiązuje wprost do nabywanego przez instytucje zamawiające przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych. Istotne jest, aby stopień powiązania nie określał konieczności wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia. Z punktu widzenia zamawiającego wystarczające powinno być bowiem ustalenie, iż wykonawca zrealizował zamówienia, których zasadnicze cechy zbieżne są tym, które powierzyć zamierza zamawiający. Dlatego też, że „związek z przedmiotem zamówienia” rozpatrywać należy przez pryzmat punktów styecznych pomiędzy treścią warunku a przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie art. 112 ust. 1 Pzp w zakresie „związku z przedmiotem zamówienia” zatem polega na takim sformułowaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który, poprzez nadmierne nawiązanie do szczegółów przedmiotu zamówienia, stanowi istotne ograniczenie w dostępie do postępowania. Taki opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku sprowadza się bowiem w swej istocie do wymagania od wykonawców wykazania się doświadczeniem czy potencjałem posiadającym cechy tożsame z przedmiotem zamówienia. Tymczasem istota warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji przyszłego zamówienia, nie natomiast weryfikacji czy w swoim portfolio posiada on doświadczenie czy potencjał zbieżny z przedmiotem zamówienia w zakresie elementów niemających znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia. Zamawiający nie jest zobligowany do zastosowania odniesienia 1:1 w stosunku do przyszłego świadczenia wykonawcy. Każdorazowo konstrukcja warunku winna być skorelowana nie tylko z uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego, ale i oceną czy zastosowanie prostej analogii do przedmiotu zamówienia nie będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności.

Zdaniem Odwołującego odrębnej ocenie podlega wywiązanie się przez Zamawiającego z postawienia warunku uwzględniającego regułę proporcjonalności. To pojęcie oznacza, iż opis oceny spełnienia warunków powinien być adekwatny od osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność (adekwatność) utożsamiana jest w orzecznictwie z uprawnieniem do wyznaczenia warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś - nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy - ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Prawo zamawiającego, jakim jest określanie poziomu warunków w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ogranicza się więc do ustalenia poziomu zapewniającego, że wybrany wykonawca, który spełni opisane warunki udziału w postępowaniu, wykona zamówienie zgodnie z jego warunkami. Zamawiający, decydując się na jakiegokolwiek uszczegółowienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadza do ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Uprawnienie gospodarza postępowania w tym zakresie nie budzi wątpliwości. Te pojawiają się dopiero w momencie, w którym poziom ustalonych przez zamawiającego wymogów narusza omówione powyżej dyrektywy dotyczące powiązania treści warunku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności. Warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane przez Zamawiającego z naruszeniem ww. zasad, a więc zostały określone w sposób nieproporcjonalny, bezpodstawnie ograniczający krąg podmiotów, który może uzyskać i wykonać przedmiotowe zadanie.

Odwołujący przywołał treść kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i stwierdził, że Zamawiający, w kluczowym elemencie, tj. długości wymaganego torowiska, referuje do wykonania przez wykonawcę robót budowlanych, w ramach których miały zostać wykonane torowiska tramwajowe o długości nie mniejszej niż 1 km toru podwójnego. W opinii Odwołującego, do tak skonstruowanego parametru powinny zostać

dostosowane pozostałe wymagania Zamawiającego (w tym również w odniesieniu do wartości referencyjnych inwestycji). Treść warunku powinna pozwolić na dopuszczenie do udziału w zamówieniu tych wykonawców, którzy dają rękojmię jego należytego wykonania – w tym celu nie jest koniecznym wykonanie identycznych zamówień (robót budowlanych / dostaw / usług) do tych objętych przedmiotem postępowania. Cała inwestycja nie ma charakteru wyjątkowego. W jej ramach nie są wykonywane chociażby obiekty mostowe lub złożone roboty budowlane. W ramach zadania zostaną wykonane standardowe konstrukcje jezdni bitumicznej oraz samego torowiska. Zamawiający w treści OPZ nie przewidział niestandardowych warunków realizacji zadania, które mógłby skutkować wprowadzeniem ekstraordynaryjnych wymogów względem doświadczenia przyszłego wykonawcy. Konsekwencją tego jest więc brak dalszych, szczegółowych parametrów inwestycji wymaganych w treści warunku (np. właśnie w odniesieniu do budowy obiektów). Tym bardziej więc winno to przełożyć się także na wymagania dotyczące wartości inwestycji. W treści załącznika nr 6 do odwołania Odwołujący wskazał inwestycje realizowane na rzecz Zamawiającego i stwierdził, że skoro Zamawiający kładzie szczególny nacisk na długość torowiska podwójnego, warto zwrócić uwagę, że inwestycje charakteryzujące się co do zasady większą długością torowiska podwójnego wyceniane były na niższym od oczekiwanego przez Zamawiającego poziomie. Koszt realizacji inwestycji odpowiadających wymogom ustalonym przez Zamawiającego kształtuje się nie na poziomie 75 mln złotych, lecz na pułapie ok. 40 mln złotych, który jest progmem umożliwiającym należyte wykonanie danego zamówienia (a więc to jego wykazanie powinno być gwarantem uzyskania zamówienia). Zdaniem Odwołującego analiza samych już tylko postępowań prowadzonych przez Zamawiającego pozwala na twierdzenie, że określony w SWZ próg wartości referencyjnych inwestycji jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że na wartość robót ujętych w ramach zadania nr 1 i 2 wpływ ma m.in. długość torowiska i drogi planowanej do wybudowania. Nie są to elementy, których wykonanie jest w szczególności sposób skomplikowane, więc nie powinny mieć one istotnego wpływu na ukształtowanie treści warunku. O treści danego warunku decydować powinien stopień skomplikowania i złożoności inwestycji, a nie wyłącznie aspekt ceny. Czym się różni bowiem budowa „na prostej drodze” chodnika o długości 1 km od budowy (tego samego) chodnika o długości 5 km? Jakkolwiek oczywiście „efekt skali” generowany przez wielkość zamówienia może być okolicznością istotną z perspektywy Zamawiającego, to nie sposób nie dostrzec, że zasadniczą różnicą pomiędzy takimi inwestycjami jest ich wartość, która nie jest idealnym miernikiem wyznaczającym poziom doświadczenia wykonawcy (a przynajmniej, od pewnego poziomu, nie wpływa na faktyczny zakres nabytego doświadczenia). Podobnie jest w przypadku niniejszego postępowania - to nie wartość torowiska lub drogi powinna mieć decydujący wpływ na treść warunku, lecz jej złożoność i stopień skomplikowania, który w analizowanym przypadku jest stosunkowo niewielki. Tymczasem treść analizowanego warunku zmusza wykonawców do wykazania się albo doświadczeniem o porównywalnej do żądanej przez Zamawiającego długości torowiska, lecz znacznie wyższym poziomie skomplikowania (tylko w takim przypadku wartość 1 km podwójnego toru przekraczać będzie 75 mln złotych), albo zadania nieskomplikowanego (podobnego przedmiotowo do zlecanego w postępowaniu) lecz mającego za przedmiot znacznie dłuższe torowisko. W obu jest to wymaganie nadmierne, nieadekwatne do potrzeb Zamawiającego i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego wymóg wykonania dwóch robót budowlanych, każda o wartości min. 75 mln złotych, jest wymogiem nieadekwatnym, wręcz zawyżonym – który niezasadnie ogranicza dostęp do zamówienia innym podmiotom i jako taki winien zostać zmodyfikowany zgodnie z jedną z propozycji wskazanych przez Odwołującego w petitum odwołania. Zasadne jest więc obniżenie łącznej sumy do 80 mln (przy obu referencyjnych zadaniach o wartości min. 40 mln). W ramach niniejszego Postępowania opisany powyżej warunek mógłby zostać spełniony także poprzez wskazanie inwestycji o różnej wartości nominalnej (bez wymogu 75 mln), która daje sumę 130 mln. złotych, dając jednocześnie rękojmię posiadania doświadczenia niezbędnego do należytego wykonania tego konkretnego zamówienia, a temu ma właśnie służyć bowiem warunek udziału w Postępowaniu. Odwołanie się do kwoty 150 mln złotych w realiach niniejszej sprawy nie powinno mieć miejsca, bowiem „próg wejścia” do realizacji tego zamówienia wyznacza rynkowa wartość danego zadania, która kształtuje się w granicach 130 mln złotych. Odwołujący stwierdził, że nie jest jego celem narzucanie Zamawiającemu dosłownej treści warunku udziału, lecz uniknięcie sytuacji, w której warunek ten nadmiernie wpływa na konkurencyjność. Dlatego też wskazuje w petitum dwa możliwe warianty doprowadzenia warunku do zgodności z przepisami prawa. Po pierwsze – obniżenie łącznej wartości referencyjnych inwestycji do 80 mln, przy założeniu, że każda przekracza wartość 40 mln złotych. Po drugie – określenie wartości obu robót w łącznej wartości 130 mln złotych, bez narzucania minimalnej wartości dla każdego z dwóch zadań. W opinii Odwołującego druga koncepcja, jakkolwiek utrzymuje bardzo wysoką łączną wartość zadań, umożliwia takie skomponowanie wykazywanych inwestycji, w którym tylko jedna z nich obejmować będzie zadania o wartości wyjątkowo wysokiej, druga natomiast może być zadaniem standardowo wycenionym. Zasadnym jest również wydłużenie okresu, za jaki mogą zostać przedstawione odpowiednie inwestycje na potrzeby spełnienia opisanego powyżej warunku. W ocenie Odwołującego większy stopień konkurencyjności (który przełoży się na większą liczbę ofert złożonych w postępowaniu) zapewni umożliwienie wykonawcom powołanie się na doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa

termin składania ofert. Wprowadzenie rzeczowej zmiany łącznie z dostosowaniem warunku pod faktyczny przedmiot zamówienia umożliwi złożenie ofert większej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania.

W odniesieniu do wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy Odwołujący postanowienia rozdziału VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ i stwierdził, że Zamawiający wymaga dysponowaniem osobami, które będą (odrębnie) dla zadania 1 i 2 pełniły funkcję kierownika robót drogowych oraz funkcję kierownika budowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że na rynku infrastrukturalnym związanym z przedmiotem zamówienia istnieje bardzo ograniczona liczba osób, które pełniły funkcję kierownika budowy przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego oraz posiadają uprawnienia odpowiadające tym, którymi dysponuje kierownik robót drogowych. Okoliczność ta ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są co prawda zdolni do wykonania przedmiotu zamówienia (w tym posiadają niezbędny personel), ale z uwagi na sposób ukształtowania powyższego warunku nie mogą złożyć oferty w postępowaniu. Przy realizacji tego typu projektów infrastrukturalnych zasadą jest, że stanowisko kierownika robót drogowych oraz kierownika budowy jest rozdzielone (w tym m.in. z uwagi na zakres odpowiedzialności oraz uprawnień w toku realizacji umowy).

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego postanowień projektu umowy, Odwołujący podał, że Zamawiający usiłuje pozbawić wykonawcę uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w sytuacji przedłużenia terminu realizacji zamówienia przewidując w projektowanych postanowieniach umowy § 16 ust. 4, zgodnie z którym: „4. Za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie”. Powyższe jest niezgodne z art. 647 k.c., art. 353 k.c., art. 354 § 1 k.c. mającymi odpowiednie zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego stoi ono w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane – jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. k.c. – jak również zasadami współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz celem społeczno – gospodarczym naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane (inwestora – wykonawcy). Umowa o roboty budowlane stanowi umowę wzajemną, w której podstawowym obowiązkiem inwestora – w zamian za otrzymanie świadczenia w postaci obiektu budowlanego – jest zapłata na rzecz wykonawcy umówionego wynagrodzenia będącego świadczeniem wzajemnym. Z kolei, wynagrodzenie wykonawcy – niezależnie od jego charakteru obejmuje również tzw. koszty pośrednie (koszty ogólne budowy i koszty zarządu) bezpośrednio związane m.in. z planowanym czasem realizacji danej umowy o roboty budowlane, które stanowią uznany przez ustawodawcę element wynagrodzenia wykonawcy w umowie o roboty budowlane w zamówieniach publicznych i jako takie są przez wykonawcę uwzględniane w ramach jego kalkulacji. Świadczy o tym chociażby brzmienie § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, zgodnie z którym pod pojęciem kosztów pośrednich należy 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”. Zgodnie z powyższym przepisem oraz poglądami doktryny „do kosztów ogólnych budowy można zakwalifikować wydatki związane z organizacją i obsługą procesów produkcyjnych na placu budowy”. Przez koszty ogólne budowy rozumieć należy takie koszty ponoszone przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej budowy, które nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Koszty te obejmują przykładowo takie – zależne od czasu realizacji umowy – wydatki jak:

- a) płace i narzuty na płace stałego personelu budowy (płace kierownictwa budowy, personelu technicznego i administracyjnego budowy);
- b) koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego budowy oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów;
- c) koszty wyposażenia tymczasowego w urządzenia placu budowy (tymczasowe drogi, tymczasowe sieci energetyczne, wodociągowe, kanalizacyjne, oświetlenie placu budowy, zastępcze źródła ciepła do ogrzewania obiektów i robót, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed deszczem, słońcem mrozem itp.);
- d) koszty narzędzi i drobnego sprzętu, koszty zużycia, remontów i konserwacji lekkiego sprzętu budowlanego;
- e) koszty BHP (koszty zużycia odzieży roboczej i ochronnej, sprzętu ochrony osobistej, urządzeń i środków higieniczno-sanitarnych);
- f) koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych;
- g) koszty zużycia materiałów i energii na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy;

- h)koszty ubezpieczeń majątkowych budowy, koszty finansowania;
- i)koszty likwidacji placu budowy i uporządkowania terenu po zakończeniu robót;
- j)koszty składowania i konserwacji materiałów na budowie;
- k)koszty zużycia energii i wody, ogrzewania obiektów zaplecza, dozoru budowy itp.

W konsekwencji, przez koszty ogólne budowy rozumieć należy takie koszty ponoszone przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej budowy, które nie są objęte kosztami bezpośrednimi w jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej. Koszty ogólne są związane i ponoszone przez wykonawcę zawsze w związku z realizowaniem konkretnej inwestycji, a koszty zarządu (administracyjne) związane są z utrzymywaniem i funkcjonowaniem struktur danego przedsiębiorstwa. W każdym przypadku zarówno w kosztach ogólnych, jak i kosztach zarządu uwzględnione są wartości adekwatne i związane z realizacją poszczególnych inwestycji. Koszty te stanowią bezspornie składnik należnego wykonawcy wynagrodzenia, które uwzględnia w swojej istocie również planowany czas realizacji konkretnej umowy. Próba pozbawienia wykonawcy uprawnienia do domagania się wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w projektowanym § 16 ust. 4 umowy stoi zatem w rażącej sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń – co narusza zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.). Odwołujący wskazał, że zasada swobody umów nie ma charakteru absolutnego, jej ograniczeniem są bowiem przepisy prawa, natura stosunku prawnego oraz zasady współżycia społecznego. Sprzeczność z tymi zasadami może wyrażać się m.in. w skrajnym naruszeniu zasady równości stosunków, naruszeniu zasady ekwiwalentności prowadzącym do rażącego pokrzywdzenia jednej ze stron, rażącej dysproporcji świadczeń, ograniczeniu wolności działalności gospodarczej jednej ze stron, naruszeniu zasad uczciwego obrotu i lojalności wobec kontrahenta (por. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 6 marca 1992 r., III CZP 141/91; wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 30 listopada 1971 r., II CR 505/71; 30 maja 1980 r., III CRN 54/80). Odwołujący zwrócił także uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 września 2017 roku. Projektowany § 16 ust. 4 umowy nie różnicuje w jakikolwiek sposób sytuacji przedłużenia terminu realizacji w zależności od przyczyn takiego przedłużenia, lecz przerzuca na wykonawcę robót w całości ryzyko finansowe przedłużenia jej realizacji w sytuacjach, w których konieczność ta wynika z działań i zaniechań samego Zamawiającego (np. wady dokumentacji projektowej) jak również w przypadkach, w których konieczność wydłużenia terminu realizacji wynika z okoliczności od wykonawcy niezależnych (np. niekorzystne warunki atmosferyczne), co, abstrahując od naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron, jest również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Do odwołania został załączony Wykaz inwestycji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o

- 1)umorzenie postępowania odwoławczego w części wyznaczonej: pkt 1 (1) odwołania, zarzutami wskazanymi w pkt II (1) (a) i (b) odwołania oraz wnioskami z pkt III (1), (2) i (3) odwołania, ewentualnie – w razie nieuwzględnienia w/w wniosku o umorzenie – wnosi o oddalenie odwołania w powyższym zakresie;
- 2)oddalenie odwołania w pozostałej części - w zakresie wyznaczonym pkt 1 (2) odwołania, w zakresie zarzutów wskazanych w pkt II (2) i (3) odwołania oraz wniosków z pkt III (4) odwołania;
- 3)przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści pisma, na okoliczności tam wymienione;
- 4)w konsekwencji stanowiska zawartego w pkt 1 i 2 powyżej Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku Odwołującego zawartego w pkt IV odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., że już pierwotne wymagania SWZ w kształcie, w jakim zostały zaskarżone odwołaniem, nie wykroczyły poza granice proporcjonalności i adekwatności określonej w art. 116 ust. 1 Pzp. Określone w rozdziale VIII pkt 5.1 SWZ warunki udziału w postępowaniu miały na celu weryfikację posiadania przez Wykonawców zdobytego i ugruntowanego w trakcie praktyki doświadczenia w realizacji konkretnych zadań. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić swoje potrzeby przy określaniu warunków i wybrać wykonawcę w ten sposób, aby zagwarantowane było należyte wykonanie zadania i uzyskanie oczekiwanego efektu. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postrzegane wyłącznie jako formalność, lecz przede wszystkim winny być narzędziem oceny zdolności Wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. W konsekwencji warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymagania od wykonawców doświadczenia w dwu- czy nawet wielokrotnym wykonaniu zamówienia o cechach określonych przez Zamawiającego w ramach opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu, umożliwia prawidłową weryfikację posiadanej przez nich wiedzy i doświadczenia. Doświadczenie z zasady zdobywa się poprzez wielokrotne, powtarzalne wykonywanie czynności i jest to okoliczność, która odróżnia zdobyte doświadczenie od incydentalnie podjętej czynności. Powtarzalność wykonania określonej roboty budowlanej o znacznej wartości powoduje bowiem, że posiadane doświadczenie jest większe. Ponadto przy

wykonywaniu dwóch robót budowlanych, szczególnie o wysokim stopniu złożoności zamówienia – co zazwyczaj przekłada się również na wysoką jej wartość - każdorazowo może wystąpić odmienny stan faktyczny, wpływający na przebieg realizacji zamówienia, uwzględniający szereg okoliczności zależnych lub niezależnych od wykonawcy. Zrealizowanie przez wykonawcę jednego zamówienia o istotnej wartości może nie gwarantować profesjonalizmu i wymaganej jakości robót. Ograniczenie doświadczenia do jednokrotnej realizacji roboty budowlanej o takich cechach nie daje pozytywnej oceny przygotowania zawodowego i aktywności zawodowej podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne. Wykonując dane zamówienie jednorazowo, wykonawca mógł znaleźć się w wyjątkowo sprzyjających okolicznościach, które umożliwiły jego realizację bez jakichkolwiek przeszkód. Przedmiotowe zamówienie ma być realizowane w ramach projektu „Kompleksowy program integracji sieci niskoemisyjnego transportu publicznego w metropolii łódzkiej wraz z zakupem taboru do obsługi trasy W-Z oraz innych linii komunikacyjnych i modernizacją zajezdni tramwajowej w Łodzi”, co wymusza na Zamawiającym konieczność realizacji zamówienia w określonych terminach i zgodnie z przyjętymi harmonogramami. Ponadto, ze względu na dużą liczbę inwestycji prowadzonych w tym samym horyzoncie czasowym, Zamawiający musi skoordynować realizację wszystkich kluczowych kontraktów. Z tego powodu przedmiotowe zamówienie może być realizowane wyłącznie przez wykonawcę posiadającego adekwatną do stopnia złożoności przedmiotowego zamówienia wiedzę i doświadczenie w realizacji podobnych zadań. Jednocześnie zestawienie wartości wskazanych w warunku z szacowaną wartością zamówienia podstawowego w wysokości 154 718 574,08 zł, która w zakresie Zadania 1 wynosi 104 225 442,43 zł, natomiast Zadania 2 - 50 493 131,65 zł, wskazuje, iż warunek udziału w postępowaniu nie został ustalony w sposób nieproporcjonalny (Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w części określającej wartość szacunkową zamówienia). W ocenie Zamawiającego również warunek wskazany w rozdziale VIII pkt 5.2.1 nie został określony w sposób nadmierny. Jego kształt uzasadniony jest rodzajem inwestycji, jej znacznym zakresem i stopniem jej złożoności.

Następnie Zamawiający podał, że dokonał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale VIII pkt 5.1 i 5.2.1 SWZZmiana ta została opublikowana na stronie Zamawiającego w 8 lipca 2024 r. (Dowód: informacja o zmianie SWZ, datowana 5 lipca 2024 r., opublikowana w tej dacie na stronie BIP Zamawiającego; zmiana ogłoszenia, nr publikacji ogłoszenia 405886-2024 OJ S 131/2024 08/07/2024). Aktualne brzmienie kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale VIII SWZ, jest następujące:

- „5.1. w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o wartości jednej z tych robót nie mniejszej niż 70 000 000,00 zł brutto i wartości drugiej nie mniejszej niż 60 000 000,00 zł brutto. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 2 km toru pojedynczego;”
- „5.2.1. dwiema (2) osobami na stanowisko kierownika robót drogowych (z których każda będzie pełniła funkcję kierownika budowy odrębnie dla Zadania 1 i Zadania 2), każda posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji: kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 2 km toru pojedynczego;”

W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego ukształtowania postanowień wzoru umowy Zamawiający stwierdził, że ogniskuje się on na § 16 ust 4 wzoru umowy. Jednocześnie przeprowadzona przez Odwołującego analiza pomija pozostałe postanowienia umowne. Tymczasem zawarte w umowie rozwiązania, kształtujące wzajemne prawa i obowiązki stron umowy, należy postrzegać w sposób kompleksowy. Taka analiza, na gruncie przedmiotowego wzoru umowy, prowadzić musi do wniosku, iż postanowienia umowne, w tym kwestionowany § 16 ust 4 wzoru umowy, zostały ukształtowane w sposób prawidłowy, zgodny zarówno z Pzp jak i Kodeksem cywilnym. Wzór umowy zawiera szereg rozwiązań wzmocniających pozycję wykonawcy i chroniących jego interes finansowy, również w sytuacji przedłużenia terminu realizacji umowy. Wskazać tu można przewidziany we wzorze umowy mechanizm waloryzacyjny zawarty w § 20 wzoru umowy. Pozwala on – w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy – dokonywać przeliczenia jej wartości i zwiększania wynagrodzenia Wykonawcy. Mechanizm ten można znaleźć zastosowanie również w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy. Nieco zbliżony mechanizm chroniący wykonawcę przed zwiększonymi kosztami realizacji zamówienia, także w przedłużonym terminie realizacji umowy, zawarty został w § 16 ust 1 pkt. 1.5 Ponadto, wzór umowy w § 9 przewiduje możliwość udzielenia wykonawcy zaliczki. Jej rozliczenie ma następować wraz z postępowaniem inwestycji poprzez potrącanie jej wartości z kolejnych faktur częściowych (§ 9 ust.7). Należy zauważyć, iż w sytuacji przedłużenia terminu realizacji prac, prawdopodobne jest

również późniejsze rozliczenie – zwrot – zaliczki. Co oznacza, że wykonawca przez dłuższy czas będzie obracał środkami Zamawiającego i pobierał z tego tytułu korzyści. Wreszcie, w przypadku zaistnienia części okoliczności dających podstawę do przedłużenia terminu realizacji umowy, a wskazanych w § 16 ust 2 lit. f) i i) wykonawcy może przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie (np. w sytuacji wskazanej w § 16 ust. 1. pkt 1.2), które – przynajmniej do pewnego stopnia - może pokrywać koszty związane z wydłużoną realizacją prac. W rezultacie uzasadnionym jest wniosek, że projektowane zapisy umowy uwzględniają również interesy wykonawcy i rozkładają ryzyka związane z jej wykonaniem, w tym, w sytuacji przedłużenia terminu jej realizacji. Ewentualny brak symetrii praw i obowiązków stron w ramach projektowanej umowy, a nawet nieekwiwalentność świadczeń nie stanowi przekroczenia zasady swobody umów (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.09.2016 r., KIO 1647/16, LEX nr 2152719. Szeroką i wyczerpującą analizę tego zagadnienia przeprowadziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 04.07.2022, KIO 1567/22, LEX nr 3438315: „W pierwszej kolejności należy uczynić zastrzeżenie, że zdaniem Izby art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego nie może stanowić wzorca kontroli ekwiwalentności świadczeń stron umowy. Przepis ten zawiera jedynie definicję umowy wzajemnej (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2019 r. w sprawie o sygn. akt I NSNc 7/19). Poza tym w orzecznictwie sądowym zostało powszechnie przyjęte, że przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umów wzajemnych nie wymagają, aby świadczenia stron były obiektywnie równoważne. Interesy stron przed skutkami kwalifikowanej dysproporcji świadczeń zabezpiecza art. 388 Kodeksu cywilnego dotyczący wyzysku. W świetle tego przepisu strona może żądać unieważnienia umowy jedynie wówczas, gdy wartość jej świadczenia w rażącym stopniu przewyższa wartość świadczenia strony przeciwnej. Oczywiście jest to możliwe dopiero w przypadku spełnienia pozostałych przesłanek zawartych w tym przepisie. Dodać tu trzeba, że treść umów wzajemnych podlega takim samym ograniczeniom, jakim podlegają wszystkie czynności prawne z mocy art. 58 Kodeksu Cywilnego (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2004 r. w sprawie o sygn. akt III CK 47/03) (...). Z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron, a więc brak ekwiwalentności ich wzajemnej sytuacji prawnej. Akceptacja przez strony takiej nieekwiwalentnej ich sytuacji, głównie negocjacyjnej, nie oznacza, że każdorazowo należy chronić podmiot, który zdecydował się jednak na zawarcie umowy, a więc umowy na warunkach częściowo niezgodnych z jego oczekiwaniami, w tym założeniami ekonomicznymi. Z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu Cywilnego nie wynika też uprawnienie jednej z jej stron do domagania się, żeby umowa była zawarta na warunkach oczekiwanych przez tą stronę, w szczególności co do ceny (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 339/17). Poza tym autonomia woli stron nie wyklucza zawarcia umowy, w której nie występuje pełna ekwiwalentność świadczeń. Istotne jest jednak, aby słabsza strona umowy obejmowała swoją świadomością brak ekwiwalentności oraz żeby dysproporcja w wysokości świadczeń nie była rażąca (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt V ACa 87/19). Także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wyraziła już pogląd, że założeniem ustawy Pzp jest, aby zamawiający otrzymał produkt zaspakajający jego uzasadnione potrzeby, uzyskany w wyniku realizacji zamówienia przez wykonawcę wybranego w warunkach uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp przewiduje jedynie odpłatność świadczenia wykonawcy za cenę, która nie może być rażąco niska (górną granicę ceny limitowana jest wyłącznie przez konkurencję rynkową), nie zakłada jednak bezwzględnej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych między zamawiającym a wykonawcą zamówienia (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 171/13) (...).

Następnie Zamawiający stwierdził, że nie podziela poglądu Odwołującego o naruszeniu art. 647 Kodeksu cywilnego, który nie formułuje szczegółowych wytycznych co do rozkładu ryzyk kontraktowych w ramach umowy o roboty budowlane. Nie reguluje też kwestii dodatkowego wynagrodzenia w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy. Trudno odnieść się do zarzutu naruszenia art. 354 § 1 Kodeksu cywilnego, gdyż nie znalazł on rozwinięcia w uzasadnieniu odwołania. Z ostrożności należy jedynie zauważyć, iż powoływanie tego przepisu w kontekście projektowanych postanowień umowy wydaje się chybione i bezprzedmiotowe. Wskazany powyżej przepis statuuje bowiem wzorzec zachowania dłużnika w trakcie realizacji zobowiązania. Nie stanowi zaś wyznacznika tego w jaki sposób strony, w tym zamawiający, mają ukształtować wzajemne prawa i obowiązki na etapie zawierania umowy. Nieco podobnie rzecz się ma z – tym razem nie zawartym w samym petitum Odwołania, ale zasygnalizowanym w końcowej części jego uzasadnienia, zarzutem, iż kwestionowane postanowienie wzoru umowy „jest również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Zamawiający ograniczył się tu do konstatacji, iż dla skutecznego formułowania zarzutów naruszenia zasad współżycia społecznego (a więc jak można przypuszczać - art. 5 Kodeksu cywilnego) *conditio sine qua non* jest przynajmniej sprecyzowanie jaka zasada współżycia społecznego miałyby doznać uszczerbku. Zamawiający stwierdził również, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie doszło również do naruszenia art. 16 Pzp. Kwestionowane postanowienie wzoru umowy jest przejrzyste, proporcjonalne oraz nie narusza zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, Budimex S.A. z

siedzibą w Warszawie, STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłosili przestąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego stając się uczestnikami postępowania.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący cofnął zarzuty odwołania dotyczące warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia określonego: w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 SWZ w brzmieniu:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał dwie (2) roboty budowlane (każda w ramach odrębnej umowy), z których każda obejmowała budowę lub rozbudowę lub przebudowę drogi wraz z torowiskiem tramwajowym, siecią trakcyjną, oświetleniem ulicznym, odwodnieniem i sygnalizacją świetlną, o łącznej wartości robót nie mniejszej niż 150 000 000,00 zł brutto i o wartości każdej z tych robót nie mniejszej niż 75 000 000,00 zł brutto. Długość torowiska tramwajowego wykonanego w ramach każdej z ww. robót budowlanych nie może być mniejsza niż 1 km toru podwójnego”.

oraz

w rozdziale VIII ust. 5 pkt 5.1 ppkt 5.2.1. SWZ, gdzie Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować „dwoma (2) osobami na stanowisko kierownika robót drogowych (z których każda będzie pełniła funkcję kierownika budowy odrębnie dla Zadania 1 i Zadania 2), każda posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji torowisk tramwajowych o długości min. 1 km toru podwójnego.”

Odwołujący, który jest dysponentem odwołania, oświadczył, że wycofanie przez niego zarzutów dotyczących ww. postanowień SWZ następuje wobec stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz dokonanych przez Zamawiającego w tym zakresie zmian SWZ.

W związku z powyższym, w zakresie ww. zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp zgodnie z którym *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący podtrzymał zarzuty dotyczące postanowienia § 16 ust. 4 projektowanych postanowień umowy oraz naruszenia art.16 ustawy Pzp.

W związku z tym w tym zakresie odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania oraz ww. dowód załączony do odwołania, a także dowody złożone na rozprawie Zamawiającego w postaci pisma z 15 lipca 2024 r. wraz z dowodem jego upublicznienia, zawierającego dalszą zmianę SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz przez Odwołującego w postaci dokumentu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad: *Wzorcowe szczególne warunki kontraktu - Część B Postępowania Szczególne dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj”.*

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ:

1 Przedmiot Umowy

Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania zamówienie publiczne pod nazwą „Rozbudowa ul. Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską i ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji nr 40 do posesji nr 82”, w ramach projektu unijnego „Kompleksowy program integracji sieci niskoemisyjnego transportu publicznego w metropolii łódzkiej wraz z zakupem taboru do obsługi trasy W-Z oraz innych linii komunikacyjnych i modernizacją zajezdni tramwajowych w Łodzi” FAZA II, zgodnie z poniższym podziałem:

1) Zadanie I Rozbudowa drogi krajowej nr 14, ul. Władysława Broniewskiego na odcinku od skrzyżowania z al. Marszałka

Edwarda Śmigłego-Rydza do skrzyżowania z ul. Rzgowską w m. Łódź (od km 57+029 do km 58+070 DK14) wraz z rozbudowaną drogą publiczną drogi powiatowej ul. Kilińskiego na odcinku od skrzyżowania z ul. Mochnackiego do skrzyżowania z ul. Śląską w m. Łódź

2) Zadanie 2 Rozbudowa drogi powiatowej ul. Rzgowskiej na odcinku od posesji przy ul. Rzgowskiej 40 do wysokości posesji przy ul. Rzgowskiej 82 w mieście Łódź

Wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie zgodnie ze złożoną ofertą, dokumentacją projektową, Opiszem Przedmiotu Zamówienia (OPZ), Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), innymi wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ oraz niniejszej umowie, a także zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego zasadami dobrej praktyki budowlanej oraz z zastosowaniem należytej staranności i dbałości o prawidłowy przebieg realizacji.

Zamawiający planuje uzyskać dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027', (FENIKS).

Szczegółowy zakres Umowy przedstawiają następujące dokumenty, które będą uważane oraz odczytywane interpretowane jako część niniejszej Umowy, w następującej kolejności:

- a) Niniejszy dokument Umowy
- b) SWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami i wprowadzonymi zmianami
- c) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB)
- d) Dokumentacja projektowa Projekt Wykonawczy/Techniczny
- e) Dokumentacja projektowa - Projekt Budowlany
- f) Oferta Wykonawcy
- g) Zawiadomienie o wyborze oferty.

Wszelkie uzupełnienia i wyjaśnienia do powyższych dokumentów powinny być odczytywane i interpretowane w takiej samej kolejności.

W przypadku jakichkolwiek sprzeczności w zapisach zawartych w Umowie oraz dokumentach wymienionych w ust. 3, zaistniałe rozbieżności należy tłumaczyć zgodnie z celem niniejszej Umowy w sposób zapewniający prawidłową realizację Inwestycji.

.)

3 Termin realizacji

Termin realizacji umowy: 24 miesiące od jej zawarcia.

.)

3 Wynagrodzenie Wykonawcy i płatności

1. Strony zgodnie oświadczają, iż wynagrodzenie za należyte wykonanie przedmiotu niniejszej umowy na kwotę ryczałtową łącznie wynosi brutto..... (słownie złotych: zł 00/100), w tym należny podatek VAT. Wynagrodzenie z tytułu poszczególnych zadań zostało ustalone w następujący sposób:

2. Zadanie 1 i Zadanie 2:

Zadanie 1:

za należyte wykonanie przedmiotu niniejszej umowy w zakresie Zadania 1 Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie: netto zł (słownie złotych:), plus 23% podatek VAT, co łącznie stanowi brutto..... (słownie złotych:)

Zadanie 2:

Za należyte wykonanie przedmiotu niniejszej umowy w zakresie Zadania 2 Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie: netto zł (słownie złotych:), plus 23% podatek VAT, co łącznie stanowi brutto (słownie złotych:).

Rozliczenie za wykonane i odebrane roboty będzie się odbywać fakturami częściowymi za faktycznie wykonane i odebrane roboty odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2. Zapłata odbywać się będzie w okresach miesięcznych na podstawie faktycznie wykonanych i odebranych robót, Podstawą wystawienia faktur częściowych będą podpisane przez obie strony

protokoły odbioru częściowego oraz dowody zapłaty oraz pozostałe dokumenty, o których mowa w § 7 ust. 7 niniejszej umowy. Wykonawca przed końcem okresu częściowego rozliczenia przedłoży do Zamawiającego tzw. „materiał sprzedażowy” (Przejściowe Świadcstwo Płatności). Będzie on zawierał szkice geodezyjne potwierdzone przez geodetę wraz z przedstawieniem w sposób tabelaryczny procentowego zaawansowania i rodzaj wykonanych prac, Materiał sprzedażowy powinien być podpisany przez kierownika budowy przedłożony Zamawiającemu min. 7 dni przed datą wystawienia faktury, celem potwierdzenia wykonanych robót. Brak przygotowanego materiału do rozliczeń częściowych będzie skutkowało brakiem płatności.

W przypadku, gdy suma faktur częściowych przy płatności przekracza 90% wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 2, odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2, Wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć dowody zapłaty wszelakiego wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, którzy brali udział w realizacji robót.

Rozliczenie końcowe nastąpi fakturą końcową po zakończeniu całości robót, ich odbiorze i dostarczeniu przez Wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie / zgłoszenie o zakończeniu budowy odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2 Jedną z podstaw wystawienia faktury końcowej będzie podpisany przez obie strony protokół odbioru końcowego, wraz z dostarczeniem dowodów zapłaty wszelkiego wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawców i dalszych Podwykonawców i pozostałe dokumenty, o których mowa w § 7 ust 7 niniejszej umowy oraz oświadczenia Podwykonawców dalszych Podwykonawców o nie zaleganiu przez Wykonawcę i Podwykonawców z wymagalnymi płatnościami, W przypadku udokumentowanego braku możliwości uzyskania oświadczeń Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców Wykonawca przedłoży faktury/rachunki, wraz z dowodami zapłaty wszelkiego wymagalnego wynagrodzenia należnego Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom, którzy brali udział w realizacji wykonanych robót oraz pozostałe dokumenty wskazane w § 7 ust 7. Rozliczenie końcowe odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2 powinno uwzględniać:

.)

Wartości faktur częściowych i faktury końcowej nie mogą łącznie przekroczyć kwoty określonej w ust. 2 odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2.

.)

.) Płatność zaliczkowa

Zamawiający udzieli Wykonawcy zaliczki na poczet wykonania zamówienia w wysokości nie większej niż 25% Wynagrodzenia ryczałtowego brutto określonego w § 8 ust 2 odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2, w sytuacji gdy Wykonawca złoży pisemny wniosek o płatność zaliczkową a także ustanowi i wniesie zabezpieczenie płatności zaliczkowej. Zabezpieczenie zwrotu zaliczki ma wchodzić w życie w dniu otrzymania tej zaliczki przez Wykonawcę, Wysokość zabezpieczenia zaliczki odpowiadać ma wnioskowanej kwocie zaliczki i być wniesione w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, zgodnie ze wskazanymi poniżej postanowieniami Umowy.

Wyplata zaliczki nastąpi na wniosek Wykonawcy złożony po dacie rozpoczęcia realizacji robót budowlanych, lecz nie wcześniej niż w styczniu 2025 r.

Wniosek o wypłatę zaliczki będzie zawierał rachunek bankowy, na który zaliczka ma zostać wpłacona oraz projekt treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej mającej stanowić zabezpieczenie tej zaliczki, W treści projektu gwarancji, a następnie samej gwarancji, winny znaleźć się zapisy o jej nieodwołalności, bezwarunkowości, płatności na pierwsze żądanie Zamawiającego bez konieczności przedstawiania dodatkowych dokumentów, Treść projektu gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej i podmiot ją wystawiający muszą zostać, przed udzieleniem gwarancji, zaakceptowane przez Zamawiającego.

Wyplata zaliczki nastąpi w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego odpowiedniego zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej, której treść oraz podmiot ją udzielający zostały uprzednio zaakceptowane przez Zamawiającego.

Wykonawca w terminie 7 dni od daty otrzymania zaliczki wystawi i dostarczy Zamawiającemu fakturę na wpłaconą zaliczkę zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.

W przypadku zmian wartości Wynagrodzenia, wysokość udzielonej zaliczki nie ulega zmianie.

Płatność zaliczkowa będzie zwracana przez procentowe potrącenia z należności objętych fakturami częściowymi, wystawionymi w oparciu o Przejściowe Świadcstwa Płatności (PŚP):

potrącenia rozpoczną się od Przejściowego Świadcstwa Płatności, w którym suma wszystkich poświadczonych płatności przejściowych (z wyłączeniem płatności zaliczkowej oraz potrąceń) osiągnie czterdzieści procent (40%) wynagrodzenia określonego w § 8 ust. 1, oraz

potrącenia będą dokonywane zgodnie ze stopą spłaty równą jednej drugiej (50%) kwoty każdego Przejściowego Świadczenia Płatności (z wyłączeniem płatności zaliczkowej oraz potrąceń i zwrotów zatrzymania) do czasu aż płatność zaliczkowa zostanie zwrócona.

Wykonawca zapewni, że zabezpieczenie zwrotu kwoty wypłacanej zaliczki będzie ważne [wykonalne, aż do całkowitego zwrotu wypłacanej jemu zaliczki, ale jej kwota może być stopniowo zmniejszana o kwoty zwracane przez Wykonawcę]. Jeżeli warunki zabezpieczenia podają jego datę wygaśnięcia, a płatność zaliczkowa nie została zwrócona do daty o 30 dni wcześniejszej od tej daty wygaśnięcia, to Wykonawca będzie przedłużał lub składał nowe zabezpieczenie najpóźniej na 30 dni przed wygaśnięciem dotychczasowego zabezpieczenia, aż do czasu całkowitego zwrotu wypłacanej jemu zaliczki. W przypadku gdy Wykonawca nie przedłuży lub nie złoży nowego zabezpieczenia zgodnie z postanowieniami powyżej, Zamawiającemu przysługuje prawo do zrealizowania zabezpieczenia lub Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy. Uzyskana kwota zostanie zatrzymana tytułem spłaty zaliczki

Jeżeli zakończenie procesu spłaty zaliczki nie odbędzie się zgodnie z postanowieniami powyżej lub przed odstąpieniem od Umowy na podstawie § 14 lub § 19 Umowy, lub na 30 dni wcześniej od daty wygaśnięcia zabezpieczenia spłaty zaliczki, to całe niespłacone saldo zaliczki stanie się natychmiast wymagalne i należne od Wykonawcy i płatne Zamawiającemu a w tym zakresie Zamawiający uprawniony będzie do realizowania zabezpieczenia zaliczki lub Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy.

.)

16 Zmiany w Umowie

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian umowy w przypadkach określonych w art. 455 Prawo zamówień publicznych, a także jeżeli nastąpi:

1 a) zmiana obowiązujących przepisów — w tym przypadku Zamawiający będzie uprawniony do zmiany umowy tylko w tym zakresie, w jakim zmiana przepisów prawa wpływa na prawa i obowiązki stron umowy.

zmiana lub rezygnacja z podwykonawców, o których mowa w § 7 ust. 1a,

zmiana formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 17 umowy, na inną przewidzianą w art. 450 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych,

zmiany formy prawnej prowadzonej działalności gospodarczej przez Strony

2. Nastąpi zmiana wynagrodzenia dla Zadań 1 i 2, o którym mowa w § 8 ust. 1 i ust. 2, w wyniku:

robót zamiennych i/lub zmiany technologii jeżeli są konieczne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia lub innych robót (dodatkowych) nieujętych w zamówieniu, Dostrzegając celowość rozważenia w/w zmian Zamawiający/Inżynier Kontraktu może polecić Wykonawcy sporządzenie kosztorysów robót zamiennych i/lub zmianę technologii lub robót dodatkowych, Wymagają one zatwierdzenia przez Zamawiającego/Inżyniera Kontraktu. Kosztorysy te będą opracowane w oparciu o ceny jednostkowe określone na podstawie czynników produkcji nie wyższych niż średnie notowania krajowe z publikacji SEKOCENBUD, dla kwartału poprzedzającego podpisanie przez Strony Protokołu Konieczności/Protokołu z negocjacji tych robót Zamawiający/Inżynier Kontraktu każdorazowo dokona szczegółowej weryfikacji kalkulacji,

Zaakceptowane kosztorysy będą podstawą do sporządzenia protokołu konieczności, w którym strony określą rodzaj i zakres planowanych zmian. Zarówno protokoły konieczności jak i kosztorysy są traktowane wyłącznie jako dokumenty robocze. Do czasu zawarcia stosownego aneksu do umowy nie stanowią źródła zobowiązania dla żadnej ze stron, jak również podstawy do zmian w realizacji umowy. Dla wprowadzenia w/w zmian konieczne jest zawarcie aneksu do umowy

3 W przypadku, o którym mowa w ust. 1.2, Zamawiający może wezwać Wykonawcę do zawarcia aneksu do Umowy obejmującego wykonanie robót zamiennych i/lub zmiany technologii lub robót dodatkowych, za wynagrodzeniem ustalonym przez Strony na zasadach określonych w ust. 1,2 i przy odpowiedniej zmianie terminu wykonania przedmiotu Umowy, a Wykonawca jest zobowiązany taki aneks zawrzeć niezwłocznie, przy czym nie później niż w terminie 7 dni od otrzymania wezwania, o ile wykonanie tych robót nie przekracza jego zdolności technicznej lub zawodowej. Naruszenie przez Wykonawcę obowiązku, o którym mowa w poprzednim zdaniu, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od Umowy z winy Wykonawcy z zachowaniem wymogów określonych w § 14 (odstąpienie od Umowy).

4. Strony dopuszczają możliwość zmiany technologii robót na lepszą/nowocześniejszą o ile poprawi to parametry przedmiotu zamówienia i nie spowoduje zwiększenia wynagrodzenia.

5. W przypadku zmiany przepisów prawa zmianie ulegną te postanowienia umowy, do których będzie miała zastosowanie

powyższa zmiana, w szczególności:

zmiana stawki podatku VAT lub podatku akcyzowego,

zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, dopuszcza się zmianę wynagrodzenia, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i zostaną one udokumentowane przez Wykonawcę poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów wskazujących, jaki wpływ miał ten wzrost przedmiotowych wartości na koszty wykonania tego zamówienia, a Inwestor zaakceptuje powyższą kalkulację.

W treści kalkulacji Wykonawca zobowiązany jest w szczególności przedstawić zestawienie:

wynagrodzeń wszystkich pracowników oraz wszystkich osób zatrudnionych na podstawie umów cywilno-prawnych odelegowanych do realizacji umowy u Zamawiającego wraz ze składkami ZUS i innymi obciążeniami publicznoprawnymi,

wpływu zmiany stawki podatku od towarów i usług, zmiany stawki podatku akcyzowego lub wpływu zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych na koszty związane z wykonaniem umowy, w szczególności z wyspecyfikowaniem wszystkich tych kosztów na które ta zmiana miała wpływ, w którym zostanie wskazana wartość o jaką powinna wzrosnąć wartość wynagrodzenia W związku ze zmianami opisanymi powyżej wartości oraz jaki te zmiany miały wpływ na zakładany zysk. Strony zgodnie oświadczają, iż Zamawiający uprawniony jest do żądania dodatkowych wyjaśnień przez wykonawcę do złożonej kalkulacji, przedstawienia dodatkowych dokumentów potwierdzających prawdziwość przedstawionych danych oraz składania zastrzeżeń do złożonych dokumentów, żądania wprowadzania do przedstawionej kalkulacji uwzględniających zastrzeżenia Zamawiającego.

W przypadku złożenia w trybie określonym powyżej wniosku o dokonanie zmian opisanych w ust. 1 pkt. 1.5 lit. a)-d) niniejszego paragrafu, Zamawiający w terminie 4 dni od daty złożenia dokumentów zgłosi zastrzeżenia do złożonych dokumentów lub złoży wniosek o ich wyjaśnienie. Niezależnie od zastrzeżonego terminu Zamawiający uprawniony jest do żądania dalszych wyjaśnień i uzupełnień jeśli uzupełnione dokumenty lub wyjaśnienia są niewystarczające do podjęcia decyzji w przedmiocie wnioskowanej zmiany. Wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w terminie 7 dni od daty wystąpienia z takim wnioskiem przez Zamawiającego. Nieuzupełnienie dokumentów lub niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie powoduje, iż Zamawiający podejmie decyzję na podstawie posiadanych dokumentów. Decyzja w sprawie wnioskowanej złożonego wniosku o wprowadzenie zmian opisanych w ust. 1 pkt. 1.5 lit. a)-d) niniejszego paragrafu powinna zostać podjęta w terminie dwóch miesięcy od daty przekazania przez Wykonawcę wniosku o zmianę wraz z dokumentami uzasadniającymi tą zmianę. W przypadku uznania wniosku o wprowadzenie zmiany za zasadny Strony w terminie 7 dni zawrą aneks do umowy, Zmiana wysokości wynagrodzenia w oparciu o przesłanki określone w ust. 1 pkt. 1.5 lit. a)-d) niniejszego paragrafu obowiązywać będzie od dnia podpisania aneksu, o którym mowa w zdaniu powyżej.

W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt. 1.5 lit. a) niniejszego paragrafu wartość cen jednostkowych netto nie zmieni się, a określona w aneksie wartość cen brutto zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów,

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt. 1.5 lit. b) niniejszego paragrafu ceny jednostkowe ulegną zmianie proporcjonalnie do wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającego ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej;

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt. 1.5 lit. c) niniejszego paragrafu ceny jednostkowe ulegną zmianie proporcjonalnie do wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaki będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego;

W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 pkt. 1.5 lit. d) niniejszego paragrafu ceny jednostkowe ulegną zmianie proporcjonalnie do wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaki będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących

zamówienie na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku:

zmian będących następstwem okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy, tj.:

niekorzystnych warunków atmosferycznych takich jak intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe mrozy czy fale upału uniemożliwiających prowadzenie przedmiotowych robót budowlanych zgodnie ze STWiORB oraz sztuką budowlaną, które będą określone na podstawie średnich wartości dla danego miesiąca z ostatnich 5 lat dla rejonu Polski centralnej. Odchylenia od ww. średniej o ponad 50% w przypadku opadów atmosferycznych lub 0,5 stopni Celsjusza w przypadku temperatur będzie uznane za niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót,

nieprzewidzianych pozostałości archeologicznych, nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrologicznych, kolizji z sieciami infrastruktury, niewypały, niewybuchy uniemożliwiające terminowe wykonanie zamówienia,

zawieszenia robót przez Zamawiającego z powodu wystąpienia następujących okoliczności:

niezwykłych dla danego miesiąca warunków atmosferycznych, które będą określane na podstawie średnich wartości dla danego miesiąca z ostatnich 5 lat dla rejonu Polski centralnej. Odchylenia od ww. średniej o ponad 50% w przypadku opadów atmosferycznych lub o 0,5 stopni Celsjusza w przypadku temperatur będzie uznane za niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót zgodnie ze STWiORB oraz sztuką budowlaną,

nieprzewidzianych pozostałości archeologicznych, nieprzewidzianych warunków geologicznych, hydrologicznych, kolizji z sieciami infrastruktury, niewypały, niewybuchy uniemożliwiające terminowe wykonanie zamówienia,

przekroczenie określonych przez prawo terminów wydawania decyzji, zezwoleń,

zmian będących następstwem działania organów administracji lub osób indywidualnych:

gdy pomimo wystąpienia Wykonawcy lub Zamawiającego o wydanie decyzji administracyjnej lub warunków technicznych lub innego dokumentu niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, w terminie ustawowo przewidzianym dla danej czynności, w przypadku braku regulacji ustawowej w terminie zwyczajowo przyjętym, organ administracji publicznej lub inna upoważniona instytucja bądź osoba nie wydała stosownego dokumentu lub decyzji tylko w zakresie przedłużenia terminu realizacji inwestycji,

w przypadku odmowy wydania przez organy administracji wymaganych decyzji, zezwoleń, uzgodnień dotyczących usuwania błędów w dokumentacji projektowej, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę,

gdy nastąpi konieczność pozyskiwania stosownych uzgodnień z gestorami sieci, z innymi podmiotami lub osobami, których opinia lub zgoda będzie wymagana przepisami prawa tylko w zakresie przedłużenia terminu realizacji zamówienia o czas niezbędny do zakończenia Umowy,

brak udostępnienia przez właścicieli nieruchomości do celów realizacji inwestycji,

konieczności usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej, OPZ lub STWiORB, lub konieczności wykonania rozwiązań zamiennych w stosunku do zamieszczonych w dokumentacji projektowej, OPZ lub STWiORB,

konieczności koordynacji robót z innymi wykonawcami w zakresie prac projektowych i robót budowlanych,

konieczności zmiany umowy zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 3), pkt 4) lub ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zlecenia robót nieobjętych zamówieniem podstawowym, a koniecznych do prawidłowego zakończenia pierwotnego zakresu robót, których wykonanie wpływa na zmianę terminu wykonania zamówienia,

siły wyższej, to znaczy niezależnego od Stron losowego zdarzenia zewnętrznego, o charakterze nadzwyczajnym, które było niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy i któremu nie można było zapobiec mimo dochowania należytej staranności,

konieczność przesunięcia terminu przekazania terenu budowy - tylko o okres przesunięcia,

wystąpienie robót zamiennych;

przy czym zmiana terminów musi być udokumentowana, a pisemny wniosek o jej dokonanie strona występująca zobowiązana jest złożyć w terminie 7 dni od daty powzięcia informacji o takiej okoliczności,

przedłużenie terminu nastąpi o okres czasu, jaki wynika z okoliczności powodujących konieczność jego przedłużenia,

okoliczności wskazane wyżej mogą stanowić podstawę zmiany terminu wykonania zamówienia tylko w przypadku, gdy uniemożliwiają terminowe wykonanie umowy.

Konieczność lub celowość zmian, o których mowa w ust. 1 pkt, 1.2 i oraz ust. 2 musi zostać udokumentowana poprzez załączenie zdjęć, rysunków, raportów, szkiców, badań laboratoryjnych. Pismo (wniosek) dotyczące ww. zmian wraz z uzasadnieniem, strona występująca z wnioskiem zobowiązana jest złożyć drugiej stronie w terminie 7 dni od daty powzięcia informacji o takiej okoliczności oraz nie później niż 10 dni przed końcem terminu realizacji przedmiotu umowy,

za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie.

Zamawiający nie dopuszcza zmiany terminu wykonania zamówienia w przypadkach zawinionych przez Wykonawcę.

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 2 termin wykonania umowy może ulec odpowiedniemu przedłużeniu o czas niezbędny do zakończenia wykonania jej przedmiotu w sposób należyty.

Dopuszcza się zmiany Umowy, niezależnie od ich wartości, o ile nie są istotne w rozumieniu art. 454 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wprowadzenie zmiany postanowień umowy wymaga aneksu sporządzonego w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

.)

20 Klauzule waloryzacyjne

Strony mogą wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, po upływie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia Umowy, oraz nie częściej niż po upływie każdych następujących 6 miesięcy realizacji Umowy.

Z zastrzeżeniem ust. 1 Strony mogą wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia umownego, wskazanego w § 8 ust 1 w przypadku, gdy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów określony na podstawie zsumowanego wskaźnika zmiany cen robót budowlano – montażowych (wskaźnik ogólny) za ostatnie 6 miesięcy (zgodnie z wykresem pn. „Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej (...) w stosunku do okresu poprzedniego), ogłaszanego w comiesięcznej informacji sygnałnej Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego p.n. „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej (...)”(strona-komunikat ogłoszony najwcześniej od złożenia wniosku o waloryzację, obejmujący okres objęty wnioskiem waloryzacyjnym, ustalony w stosunku do miesiąca, w którym została zawarta Umowa (w przypadku pierwszej waloryzacji, a w przypadku każdej kolejnej waloryzacji w stosunku do miesiąca, w którym zawarto ostatni aneks), będzie wyższy niż 3%. Zmiana wynagrodzenia może polegać na jego wzroście jak i obniżeniu.

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała w odniesieniu do zsumowanego wskaźnika zmiany cen robót budowlano - montażowych (wskaźnik ogólny) za ostatnie 6 miesięcy ogłaszanego w comiesięcznej informacji sygnałnej Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego p.n. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej(<https://stat.gov.pl>), W przypadku zaprzestania ogłaszania ww. wskaźnika zostanie on automatycznie zastąpiony wskaźnikiem, który będzie ogłaszany w jego zastępstwie, W przypadku braku zastępczego wskaźnika i w razie gdyby Strony nie doszły do porozumienia odnośnie wyboru nowego wskaźnika, zostanie on zastąpiony innym najbardziej zbliżonym wskaźnikiem, który zostanie ustalony przez eksperta powołanego za zgodą obu Stron, a w przypadku braku zgody Stron, na podstawie orzeczenia sądu. Koszty eksperta lub koszty sądowe Strony poniosą po połowie.

Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji Umowy może wynieść 5% wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w dacie zawarcia niniejszej Umowy

Zmianie o której mowa powyżej podlega wyłącznie ta część wynagrodzenia Wykonawcy i które przysługiwać mu będzie za zakres rzeczowy Umowy niezrealizowany do dnia poprzedzającego złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w ust 7.

Wynagrodzenie Wykonawcy, w zakresie wskazanym w ust 5 i z uwzględnieniem limitów wskazanych w ust 4, zmienione zostanie o wskaźnik określony w ust 3 i wypłacone zostanie Wykonawcy proporcjonalnie do wartości wykonanych i odebranych Robót Budowlanych, objętych daną płatnością w okresie od zawarcia aneksu waloryzacyjnego do końca realizacji umowy.

Każda ze Stron w terminie nie dłuższym niż 30 dni od zakończenia pierwszych i każdych następujących 6 miesięcy realizacji Umowy może zwrócić się do drugiej Strony umowy z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia. Wraz z wnioskiem Wykonawca zobowiązany jest pisemnie przedstawić kalkulację uzasadniającą odpowiednio wzrost lub spadek cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy. Jeżeli Wykonawca nie złożył ww. wniosku w określonym terminie, wówczas Zamawiający przyjmuje, że wynagrodzenie pozostaje bez zmian.

Wraz z wnioskiem wskazanym w ust 7 Wykonawca zobowiązany jest pisemnie przedstawić: kalkulację potwierdzającą spełnienie przesłanki wprowadzenia zmiany wynagrodzenia, wskazanej w ust. 2, kalkulację wpływu wnioskowanej zmiany

wynagrodzenia na jego wysokość. Zamawiający w terminie 30 dni od daty wpływu wniosku Wykonawcy, o którym mowa powyżej, oceni zasadność tego wniosku. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji i żądania ewentualnych wyjaśnień od Wykonawcy w zakresie otrzymanych dokumentów. Aneks może zostać zawarty po ostatecznej akceptacji przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających zasadność wprowadzenia zmiany wynagrodzenia,

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy potwierdzona zostanie zawarciem aneksu do Umowy. Każdej kolejnej waloryzacji będzie podlegało wynagrodzenie Wykonawcy ustalone w ostatnim aneksie.

Zamawiający nie dopuszcza zwiększenia wynagrodzenia o wskaźnik, o którym mowa w ust. 3 w zakresie kosztów objętych zmianami możliwymi do przeprowadzenia na podstawie § 16 Umowy.

Jeśli okres czasu liczony od terminu składania ofert do dnia zawarcia Umowy wynosi ponad 180 dni, w celu ustalenia zmiany wynagrodzenia stosuje się odpowiednio postanowienia powyższych ustępów, z zastrzeżeniem, że wniosek o zmianę wynagrodzenia może zostać złożony nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od upływu terminu składania ofert.

W przypadku dokonania zmiany Umowy w powyższy sposób - zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę (na okres dłuższy niż 6 miesięcy), której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów i kosztów zobowiązania Podwykonawcy, niezwłocznie lecz nie później niż w terminie do 30 dni od daty podpisania z Zamawiającym aneksu którym mowa powyżej.

.)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały wycofane przez Odwołującego, tj. dotyczące naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. w zw. z art. 487 § 2 k.c. poprzez zawarcie w projektowanych postanowienia umowy postanowienia § 16 ust. 4, zgodnie z którym „za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie” oraz art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. art. 8 ust. 1 Pzp 1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. , i oraz z 2023 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w odwołaniu nie zostało podniesione i wykazane, że kwestionowane postanowienie § 16 ust. 4 umowy stanowi klauzulę abuzywną, o której mowa w jednym z pkt art. 433 ustawy Pzp, a zatem aby postanowienie to naruszało ten przepis Pzp. Dopiero na rozprawie, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie narusza ono przepis art. 433 pkt 1 Pzp.

Stosownie do art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp odwołanie powinno zawierać m.in. *zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.*

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

W świetle powyższych przepisów ustawy Pzp, wobec braku zawarcia w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp, nie mógł on być przedmiotem orzekania przez Izbę w niniejszej sprawie. Po upływie terminu na wniesienie odwołania Izba nie rozpatruje bowiem zarzutów dotyczących naruszeń ustawy Pzp, które nie zostały postawione w odwołaniu.

Przechodząc do zarzutów sformułowanych w odwołaniu, zauważenia wymaga, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż poprzez zawarcie w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia § 16 ust. 4, zgodnie z którym „za przedłużenie terminu realizacji zamówienia Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie” pozbawił wykonawcę uprawnienia do domagania się dodatkowego wynagrodzenia w związku z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane – jako umowy nazwanej uregulowanej w art. art. 647 k.c. i nast. k.c. - jak również zasadom współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.) oraz celowi społeczno - gospodarczemu, naruszając zasadę ekwiwalentności świadczeń stron umowy o roboty budowlane w relacji inwestor – wykonawca; a w konsekwencji powyższych naruszenie art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego

traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 7 pkt 32 Pzp przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną, co wynika z art. 8 Pzp, jest umową wzajemną, co oznacza, że obie strony są zobowiązane do wymiany świadczeń a świadczenie jednej z nich jest odpowiednikiem świadczenia drugiej (art. 487 § 2 k.c.) i odpłatną, co oznacza, że wykonawca otrzymuje określone wynagrodzenie za wykonane świadczenie.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, Zamawiający ma świadomość otrzymania droższych ofert w związku z postanowieniem § 16 ust. 4 umowy i uwzględnieniem przez wykonawców w cenach ofert ryzyka związanego z przedłużeniem umowy, jednak godzi się z takim stanem rzeczy.

Jakkolwiek nie sposób nie zauważyć, że godzenie się na zapłatę wyższego wynagrodzenia przez cały czas trwania umowy, które nie musi być uzasadnione realnymi potrzebami związanymi z rzeczywistym wykonaniem przedmiotu zamówienia, tylko z tego powodu, że ewentualnie może (a zatem nie musi) dojść do przedłużenia wykonania umowy na skutek okoliczności wskazanych w § 16 ust. 2 umowy, trudno uzasadnić względami ekonomicznymi, to jednak dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania zasadnicze znaczenie ma to, czy w sprawie zostało wykazane, czy sporne postanowienie umowy narusza wskazane w odwołaniu przepisy prawa.

Na gruncie przepisów ustawy Pzp, zamawiający jako gospodarz postępowania posiada prawo do ukształtowania postanowień umowy zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami, jednak prawo to nie ma charakteru absolutnego i nie może być nadużywane. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Izby obowiązkiem zamawiającego jest takie określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, aby cel postępowania, którym jest zaspokojenie jego określonych potrzeb poprzez nabycie usług, dostaw czy robót budowlanych został osiągnięty, a jednocześnie, aby nie doszło do nadużycia prawa. Ograniczenie prawa do jednostronnego kształtowania postanowień umowy wynika w szczególności z k.c., zgodnie z którym *treść umowy nie może sprzeciwiać się jej właściwości, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane, aby w okolicznościach analizowanej sprawy, postanowienie § 16 ust. 4 umowy naruszało wskazane w odwołaniu przepisy. Analiza postanowień umowy, dokonana z uwzględnieniem całej jej treści jak też jej celu, prowadzi do wniosku, iż w analizowanym postępowaniu kwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowy nie stanowi z przekroczenia zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c., jak też nie narusza przepisu art. 647 k.c., zgodnie z którym: *Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia, a także nie narusza przepisu art. 487 § 2 k.c., zgodnie z którym *Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej*.*

Po pierwsze, umowa pozostaje umową wzajemną i odpłatną. Jak wyżej ustalono umowa przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe, które z zasady jest niezmiennie. Zgodnie bowiem z art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.): *„Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”*. Zwraca przy tym uwagę, że Odwołujący w odwołaniu nie kwestionuje postanowienia § 8 ust. 6 umowy, zgodnie z którym: *„Wartości faktur częściowych i faktury końcowej nie mogą łącznie przekroczyć kwoty określonej w ust. 2 odpowiednio dla Zadania 1 i Zadania 2.”*

Po drugie, treść umowy wskazuje w jakiej sytuacji możliwe jest przedłużenie terminu jej obowiązywania. Nie zostało wykazane, aby treść dokumentacji postępowania nie pozwalała na oszacowanie kosztów jej realizacji, jak też ryzyka związanego z jej ewentualnym przedłużeniem.

Po trzecie, cel postępowania, rozumiany jako zaspokojenie potrzeb Zamawiającego poprzez nabycie określonych robót budowlanych zostaje osiągnięty.

Po czwarte, Odwołujący nie wskazał, jaka jego zdaniem zasada współżycia społecznego miałaby zostać naruszona poprzez wprowadzenie do umowy ww. postanowienia. Należy zatem uznać, że w tym aspekcie zarzut nie został prawidłowo postawiony.

Zauważenia również wymaga, że jak wyżej ustalono, umowa określa możliwość jej zmiany w przypadkach określonych w art. 455 Pzp, a także przewiduje m.in. uprawnienie dla wykonawcy do otrzymania zaliczki (§ 9),

waloryzacji wynagrodzenia (§ 20), odrębnie ustalonego wynagrodzenia za ewentualne roboty zamienne czy dodatkowe (§ 16 ust. 1 pkt 1.3.).

Każde postępowanie ma swoją specyfikę. W związku z tym złożony przez Odwołującego dowód w postaci Wzorcowych szczególnych warunki kontraktu - Część B Postępowania Szczególne dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj” Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, trudno uznać za potwierdzający zasadność postawionych w odwołaniu zarzutów. Zawarte w nim regulacje, w tym wskazywana przez Odwołującego definicja kosztu czy rozwiązania dotyczące roszczeń wykonawcy, dotyczą postępowania prowadzonego przez GDDKiA. Okoliczność, iż Zamawiający w analizowanym postępowaniu nie przyjął analogicznych rozwiązań, nie oznacza, że naruszył tym przepisy prawa wskazane w odwołaniu.

W ocenie Izby, powyższe wskazuje, że nie sposób uznać, aby w okolicznościach analizowanej sprawy za sprawą spornego postanowienia ust. 4 § 16 nastąpiło rażące naruszenie interesów wykonawców. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że umowa przewiduje mechanizmy wskazujące na rozłożenie na strony ryzyka jej realizacji. Nie zostało przy tym wykazane, aby profesjonalni wykonawcy, znający realia przedmiotu zamówienia oraz zasady kalkulacji ceny ryczałtowej oferty, nie mogli skalkulować ceny oferty w tym konkretnym postępowaniu.

Odnosząc się do wskazanego w odwołaniu przepisu art. 354 § 1 k.c., który stanowi: *Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom*, zauważenia wymaga, że jak zostało stwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie – IV wydział Cywilny Odwoławczy z 28 października 2022 r., IV Ca 1558/22 *przepis ten ma charakter klauzuli generalnej określającej kryteria należytego wykonania zobowiązania, które mają znaczenie dla oceny, czy zachodzą przesłanki odpowiedzialności ex contractu (...)*. Odwołujący nie podał uzasadnienia jego naruszenia. Należy zatem uznać, że także w tym aspekcie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za niepotwierdzony należy uznać także odrębnie postawiony zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny*.

W odwołaniu Odwołujący, wskazując na ww. przepis, nie uzasadnił, co jego zdaniem miałyby wskazywać na jego naruszenie, nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w tym przepisie zasad.

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że jest to zarzut wynikowy.

Zarzut dotyczący spornego postanowienia § 16 ust. 4 umowy nie znalazł potwierdzenia, w związku z tym także ten zarzut nie może być uznany za zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: