Sygn. akt: KIO 2637/23

POSTANOWIENIE
z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2023 r. przez wykonawcę **Victor Energy sp. z o.o. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziorna**
przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Badawczo-Wdrożeniowe „OLMEX" S.A. w Wójtowie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1.**umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2.znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty**20.000,00 zł** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Victor Energy sp. z o.o. w Warszawie,** stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 2637/23

U z a s a d n i e n i e

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. w Konstancinie-Jeziorna, zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „rozbudowa rozdzielni 400 kV i 110 kV w stacji 400/220/110 kV Dunowo wraz z instalacją transformatorów 400/110 kV - Etap 1B".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 sierpnia 2023 r., nr 2023/S 164-518887.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 7 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Victor Energy sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 353^1 k.c. i art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 Pzp, art. 7 pkt 32 Pzp w zw. z art. 16 pkt Pzp przez ukształtowanie stosunku prawnego (Projektowanych Postanowień Umownych) w sposób sprzeczny z jego właściwością (naturą) oraz zasadami współżycia społecznego, a to z uwagi na wprowadzenie do wzoru umowy postanowień określających sposób modyfikacji wynagrodzenia przysługującego wykonawcy (m.in. z tytułu wykonania przez niego dodatkowych robót lub udzielenia mu przez Zamawiającego innych zamówień) w sposób rażąco odbiegający od warunków rynkowych związanych z ustalaniem wysokości wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych dla branży elektroenergetycznej, specjalizującej się w budowie stacji elektroenergetycznych lub innych złożonych obiektów infrastruktury krytycznej, co stanowi naruszenie i jest sprzeczne nie tylko z odpłatnym charakterem umowy o zamówienie publiczne (art. 7 pkt 32 Pzp), ale także z art. 66 § 1 k.c. oraz art. 16 Pzp, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny (wynagrodzenia), jest domeną wykonawcy a nie zamawiającego,

a w konsekwencji powyższych

2)art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) usunięcia (wykreślenia) Projektowanych Postanowień Umowy pkt 25.2 w następującym brzmieniu:

25.2 W odniesieniu do robót budowlanych ceny nakładów rzeczowych nie mogą przekraczać średnich cen krajowych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z dnia obliczania wynagrodzenia, przy czym obowiązkowe jest wykonanie przez Wykonawcę:

a) Przedmiaru (obmiaru) robót budowlanych, który Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji przed dokonaniem kalkulacji; oraz następnie

b) na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego zgodnie z lit. a powyżej przedmiaru (obmiaru) - kalkulacji wynagrodzenia, która zostanie wykonana metodą uproszczoną polegając na obliczeniu wartości kosztorysowej robót budowlanych lub obiektów, jako suma iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) robót i cen jednostkowych zgodnie z zasadami przyjętymi w „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych" SKB, wydanie z 2017 r. (z zastrzeżeniem, że kalkulacja ma zostać wykonana zgodnie z zasadami jak dla postępowań w zamówieniach publicznych).

oraz pkt 25.3 lit. a) Projektowanych Postanowień Umowy, w brzmieniu:

25.3

Ceny jednostkowe robót, o których mowa w pkt 25.1 oraz pkt 25.2 b) zostaną ustalone na podstawie cen rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych aktualnych publikacji (Wykonawca każdorazowo precyzyjnie wskaże źródło pochodzenia ceny), a w przypadku gdy dla danego zakresu rzeczowego nie da się ustalić cen rynkowych, ceny jednostkowe dla danego zakresu zostaną ustalone na podstawie kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, która polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, w szczególności wycena nakładów rzeczowych obejmuje:

a) godzinową stawkę robocizny kosztorysowej (R), która obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe i inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody i inne), obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,

b) wprowadzenia w miejsce powyższych Projektowanych Postanowień Umowy, nowej treści, tj.:

w zakresie pkt 25.2 Projektowanych Postanowień Umowy:

25.2 W odniesieniu do robót budowlanych obowiązkowe jest:

a) wykonanie przez Wykonawcę Przedmiaru (obmiaru) robót budowlanych, który Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji przed dokonaniem kalkulacji; oraz następnie

b) na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego zgodnie z lit. a powyżej przedmiaru (obmiaru) - kalkulacji wynagrodzenia, która zostanie wykonana metodą uproszczoną polegając na obliczeniu wartości kosztorysowej robót budowlanych lub obiektów, jako suma iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) robót i cen jednostkowych zgodnie z zasadami przyjętymi w „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych" SKB, wydanie z 2017 r. lub stawek faktycznie stosowanych przez Wykonawcę podczas realizacji Umowy, ewentualnie zaś na podstawie dwóch ofert od podwykonawców powiększonych o koszty ogólne Wykonawcy (z zastrzeżeniem, że kalkulacja ma zostać wykonana zgodnie z zasadami jak dla postępowań w zamówieniach publicznych i założeniami przyjętymi w pkt 25.3. Umowy).

c) zatwierdzenie przez Zamawiającego kalkulacji wynagrodzenia, sporządzonej metodą określoną w pkt 25.2 lit. (b), przed rozpoczęciem realizacji prac przez Wykonawcę.

w zakresie pkt 25.3 lit. a) Projektowanych Postanowień Umowy:

25.3 Ceny jednostkowe robót, o których mowa w pkt 25.1 oraz pkt 25.2 b) zostaną ustalone na podstawie cen rynkowych, w tym cen jednostkowych robót budowlanych, cen/stawek czynników produkcji budowlanej i wskaźników narzutów kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku określonych w: (i) Ofercie Wykonawcy (Formularzu Oferty) na podstawie, której zawarto Umowę lub (ii) ofertach od co najmniej dwóch podwykonawców, powiększonych o współczynnik pełnienia funkcji generalnego wykonawcy odpowiadający wskaźnikowi narzutu zysku określonego w Ofercie Wykonawcy na podstawie, której zawarto Umowę, przy czym Zamawiający będzie uprawniony do przedstawienia kontrofert lub (iii) powszechnie stosowanych aktualnych publikacji (Wykonawca każdorazowo precyzyjnie wskaże źródło pochodzenia ceny), w przypadku braku możliwości sporządzenia kalkulacji wartości robót budowlanych zgodnie z metodą określoną w tirem (i) lub (ii). W przypadku gdy dla danego zakresu rzeczowego nie da się ustalić cen rynkowych, ceny jednostkowe dla danego zakresu zostaną ustalone na podstawie kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, która polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku, w szczególności wycena nakładów rzeczowych obejmuje:

a) godzinową stawkę robocizny (R), która obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe i inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody i inne), obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na

zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,

[…]

- w przypadku zastosowania cen jednostkowych z daty złożenia oferty, stawki te będą podlegałby waloryzacji na zasadach i warunkach przewidzianych w Umowie i w przypadku zastosowania powyższego mechanizmu, zastosowanie znajdowała będzie stawka uwzględniająca dokonaną zgodnie z Umową waloryzację.

Ustalono także, że 22 września 2023 r., po wniesieniu odwołania, zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej informację o następującej modyfikacji pkt 25 część IV SWZ (wzór umowy).

25.1. W przypadku zmian Umowy, skutkujących zmianą wysokości Wynagrodzenia, a w szczególności w przypadku udzielenia Wykonawcy, w granicach i zgodnie z obowiązującymi przepisami, jakichkolwiek innych zamówień, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie, które zostanie obliczone w drodze kalkulacji uproszczonej, opartej na cenach jednostkowych, z uwzględnieniem poniższych zasad.

25.2. W przypadku, o którym mowa w pkt 25.1. w odniesieniu do prac i robót budowlanych obowiązkowe jest wykonanie przez Wykonawcę:

a) przedmiaru (obmiaru), który Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji, przed sporządzeniem kalkulacji; oraz następnie

b) na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego, zgodnie z lit. a) powyżej przedmiaru (obmiaru) - kalkulacji wynagrodzenia, która zostanie wykonana metodą uproszczoną polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej prac lub robót budowlanych, jako suma iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) i cen jednostkowych.

25.3 Ceny jednostkowe prac i robót budowlanych zostaną ustalone na podstawie:

a) cen rynkowych, w tym danych z umów zawartych wcześniej z zamawiającymi w rozumieniu Prawa Zamówień Publicznych, powszechnie stosowanych aktualnych publikacji lub pozyskanych ofert (Wykonawca każdorazowo precyzyjnie wskaże źródło pochodzenia ceny), przy czym w tym ostatnim przypadku Zamawiający zastrzega sobie prawo pozyskania kontroferty lub

b) kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej, zgodnie z zasadami przyjętymi w „Polskich standardach kosztorysowania robót budowlanych" SKB, wydanie z 2017 r. (z zastrzeżeniem, że kalkulacja ma zostać wykonana zgodnie z zasadami obowiązującymi w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego), z uwzględnieniem poniższych zasad.

25.4 W przypadku kalkulacji opartej na cenach jednostkowych ustalonych na podstawie pozyskanych ofert, wynagrodzenie Wykonawcy uwzględniało będzie zysk, nieprzekraczający wskaźnika narzutu zysku na poziomie średnim dla robót inżynieryjnych publikowanego przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWI sp. z o.o. w Poznaniu) z kwartału poprzedzającego dzień obliczania wynagrodzenia.

25.5 Kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej będzie polegała na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich) oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku. Wycena nakładów rzeczowych obejmuje:

a) godzinową stawkę robocizny kosztorysowej (R), która obejmuje wszystkie składniki zaliczane do wynagrodzenia oraz koszty pochodne naliczane od wynagrodzeń, a w szczególności płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe (dodatki stażowe i inne dodatki regulaminowe), płace uzupełniające (wynagrodzenia za urlopy i inne płatne nieobecności, zasiłki chorobowe, odprawy emerytalne, nagrody i inne), obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych,

b) koszty jednostkowe materiałów (M), które są cenami nabycia materiałów łącznie z kosztami zakupu, bez podatku od towarów i usług; Wykonawca na wezwanie Zamawiającego każdorazowo udokumentuje wysokość poszczególnych przyjętych cen materiałów,

c) ceny jednostkowe pracy sprzętu lub środków transportu technicznego (S), które obejmują koszty najmu jednostki sprzętowej lub transportowej wraz z kosztami obsługi etatowej oraz kosztami jednorazowymi, jeśli nie zostały one już uwzględnione w kosztach najmu,

d) koszty pośrednie (Kp), które są składnikami kalkulacji wartości kosztorysowej, uwzgledniającymi nieujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodu, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu; oblicza się je jako iloczyn wskaźnika kosztów pośrednich i ustalonej podstawy ich naliczenia; za podstawę kosztów pośrednich przyjmuje się koszty robocizny (R) i koszty pracy sprzętu (S),

e) zysk (Z), który oblicza się jako iloczyn wskaźnika narzutu zysku i ustalonej podstawy jego naliczenia; za podstawę zysku przyjmuje się koszty robocizny (R), koszty pracy sprzętu (S) oraz koszty pośrednie (Kp).

25.6 W przypadku kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej w odniesieniu do prac i robót budowlanych ceny nakładów rzeczowych oraz wskaźników cenotwórczych nie mogą przekraczać średnich cen krajowych dla robót inżynieryjnych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z kwartału poprzedzającego dzień obliczania wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że godzinowa stawka robocizny kosztorysowej będzie odpowiadała stawce określonej w Ofercie Wykonawcy, ale nie może przekroczyć dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 27 września 2023 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp. Odwołujący wnosił o merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć odwoławcze, gdyż dalsze postępowanie stało się zbędne. Stosownie do art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

Zbędność postępowania odwoławczego wynikała z faktu, że po wniesieniu odwołania zamawiający 22 września 2023 r. dokonał modyfikacji treści SWZ w zakresie zakwestionowanych przez odwołującego w odwołaniu postanowień pkt 25.2 i 25.3 lit. a wzoru umowy co spowodowało, że treść warunków zamówienia, wobec których odwołujący wniósł odwołanie już nie istnieje.

Dostrzeżenia wymaga również, że zgodnie z art. 513 ust. 1 ustawy Pzp *odwołanie przysługuje na:*

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec historycznych, nieistniejących na moment wyrokowania, czynności zamawiającego stało się zbędne.

Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, *wydając wyrok, Izba bierze ba podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.* Jak wynika z powyższego przepisu Izba przy wyrokowaniu ma obowiązek wzięcia pod uwagę okoliczności istniejące na moment wyrokowania. W analizowanej sprawie stan faktyczny był zaś taki, że na moment wyrokowania zamawiający dokonał już zmiany postanowień pkt 25 SWZ, kwestionowanych przez odwołującego w odwołaniu.

W wyniku dokonanej w dniu 22 września 2023 r. zmiany w nowoprojektowanym pkt 25.6 wzoru umowy wprowadzono zasadę, że *godzinowa stawka robocizny kosztorysowej będzie odpowiadała stawce określonej w Ofercie Wykonawcy, ale nie może przekroczyć dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych.* Ponadto zmienił się sposób ustalania cen jednostkowych w przypadku zmian Umowy, skutkujących zmianą wysokości Wynagrodzenia. Ceny jednostkowe prac i robót budowalnych obecnie będzie można ustalić na podstawie cen rynkowych lub na podstawie kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych (por. pkt 25.3 obecnego brzmienia wzoru umowy) i tylko w tym drugim przypadku zastosowanie znajdzie limit dla stawki robocizny kosztorysowej w wysokości dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych. Zamawiający dodał także możliwość ustalania cen jednostkowych alternatywnie to jest pozyskania ich z ofert, zwłaszcza od podwykonawców. Co do tego zakresu zamawiający zastrzegł sobie możliwość pozyskania kontroferty. Ponadto zamawiający wprowadził obecny zapis pkt 25.4 postanowień, w którym w przypadku kalkulacji opartej na ofertach wynagrodzenie będzie uwzględniało zysk wg stawek wynikających z tych ofert, który nie będzie przekraczał wskaźnika zysku o charterze średnim dla robót inżynieryjnych.

Postanowienia te już obowiązywały i powodowały dezaktualizację części argumentacji przedstawionej w odwołaniu. Przykładowo odwołujący w treści odwołania formułując zarzuty wskazywał, że *Zamawiający postanowił, że co do zasady roboty dodatkowe powinny być rozliczane po cenach rynkowych, jednakże w przypadku gdy taka możliwość nie istnieje to wykonawca powinien przygotować kalkulację szczegółową, która będzie odnosiła się m.in. do wyceny nakładów rzeczowych, które nie mogą jednak przekraczać średnich cen krajowych publikowanych przez Sekocenbud lub Orgbud.*

Powyższe uzasadnienie faktyczne zarzutu na moment wyrokowania okazało się nieaktualne, gdyż przygotowanie

kalkulacji szczegółowej, w świetle obecnych zapisów pkt 25. 3 SWZ jest formalnie rzecz biorąc alternatywną do rozliczania po cenach rynkowych metodą ustalania cen jednostkowych. Obecnie kalkulacja szczegółowa nie znajduje zastosowania tylko w tedy, gdy ceny rynkowe są niemożliwe do ustalenia, tak jak odwołujący podnosił w odwołaniu w odniesieniu do pierwotnych zapisów wzoru umowy.

Ponadto, jak wskazano wcześniej, zamawiający w pkt 25. 6 postanowił, że *W przypadku kalkulacji szczegółowej ceny jednostkowej w odniesieniu do prac i robót budowlanych ceny nakładów rzeczowych oraz wskaźników cenotwórczych nie mogą przekraczać średnich cen krajowych dla robót inżynieryjnych, publikowanych przez Sekocenbud (Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa PROMOCJA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) lub Orgbud („ORGBUD – SERWIS" sp. z o.o. w Poznaniu) z kwartału poprzedzającego dzień obliczania wynagrodzenia, z zastrzeżeniem, że godzinowa stawka robocizny kosztorysowej będzie odpowiadała stawce określonej w Ofercie Wykonawcy, ale nie może przekroczyć dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych.*

Omawiana zmiana SWZ zdezaktualizowała kolejną podstawę faktyczną zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że odwołujący w pkt 24, 25 i 26 odwołania przedstawiał argumentację powołując się na to*, że rynkowa wycena nakładów rzeczowych odbiega znacząco od tej określonej przez SEKOCENBUD lub Orgbud – nawet do 72%,* wskazując, że dysproporcje tego rzędu występują w odniesieniu do stawki robocizny kosztorysowej. Jednakże dokonana zmiana i wprowadzenie w pkt 25.6 wzoru umowy limitu na poziomie dwukrotności opublikowanej średniej stawki kosztorysowej dla robót inżynieryjnych powodowało, że wyliczenia odwołującego zawarte w pkt 24-26 odwołania, stanowiące podstawę faktyczną sformułowanych zarzutów, stały się na moment wyrokowania nieaktualne.

W tej sytuacji, odwołujący usiłując w dalszym ciągu popierać wniesione odwołanie, musiałby wykazać, że nawet przy zmianie wprowadzonej przez zamawiającego, polegającej na tym, że kalkulacja szczegółowa jest obecnie jedynie alternatywną wobec ustalania cen rynkowych metodą ustalania cen jednostkowych i nawet przy zwiększonym dwukrotnie limicie dla stawki robocizny kosztorysowej, w dalszym ciągu jest to rozwiązanie sprzeczne z przepisami prawa. Jednakże przedstawienie tego nowego uzasadnienia faktycznego zarzutów byłoby w ramach tego postępowania odwoławczego niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie był zawarte w odwołaniu.* Za zarzut zaś uznaje się nie tylko wskazanie przepisów prawa ale i towarzyszące im uzasadnienie faktyczne, które świadczy o naruszeniu przez zamawiającego przepisów Pzp. Wskazanie nowego uzasadnienia faktycznego, nawet wpisującego się w ten sam przepis ustawy Pzp, świadczy o formułowaniu na etapie rozprawy nowego zarzutu, co jest niedopuszczalne.

W ocenie Izby rozpoznanie odwołania wobec historycznych postanowień SWZ, w sytuacji, w której Izba z jednej strony ma obowiązek, zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp wziąć pod uwagę obecne brzmienie postanowień SWZ, a z drugiej strony, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie może dopuścić do formułowania przez odwołującego nowych zarzutów wobec tych nowych postanowień, mogłoby dorowadzić do sytuacji, w której naruszona zostałaby w trakcie rozprawy zasada równości stron postępowania odwoławczego, a odwołujący mógłby zostać częściowo pozbawiony możliwości obrony swych praw. Odwołujący, aby osiągnąć swój cel, musiałby bowiem zwalczać przy pomocy nowych zarzutów obecne postanowienia SWZ, co jest z przyczyn formalnych, niedopuszczalne w ramach tego postępowania odwoławczego.

Odwołującemu przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania wobec nowosformułowanych przez zamawiającego w dniu 22 września 2023 r. postanowień SWZ. W ramach nowego postępowania odwoławczego, odwołujący, nie będąc związany ograniczeniami procesowymi, przy pełnym poszanowaniu zasad równowagi stron postępowania odwoławczego, będzie miał prawo do sformułowania precyzyjnych zarzutów przystających do nowych postanowień SWZ.

Ponadto podkreślenia wymagało, że zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, jeżeli umowa nie została zawarta, Izba może nakazać zamawiającemu zmianę projektowanego postanowienia umowy, lub jego usuniecie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.*

Biorąc powyższe pod uwagę dostrzeżenia wymaga istotna rola wniosków (żądań) formułowanych w odwołaniu. Owszem, Izba nie jest związania żądaniami (wnioskami), jednakże – zwłaszcza w przypadku odwołań formułowanych wobec postanowień SWZ - rola wniosków i żądań towarzyszących zarzutom jest nad wyraz istotna. Ocena zasadności zarzutów, zwłaszcza w przypadku odwołań wobec postanowień SWZ, odbywa się także przez pryzmat oceny legalności, dopuszczalności, zasadności i racjonalności wnioskowanych zmian postanowień umowy.

Na skutek modyfikacji SWZ z dnia 22 września 2023 r. nastąpiły zmiany nie tylko o charakterze redakcyjnym ale i merytorycznym, które dotknęły kwestionowane w odwołaniu postanowienia SWZ. W tej sytuacji wnioski (żądania) zawarte w odwołaniu stały się częściowo nieprzystające do obecnego brzmienia wzoru umowy.

W trakcie posiedzenia Izby, na pytanie przewodniczącego, odwołujący dokonał modyfikacji wniosków. Wskazał, że podtrzymuje żądanie w zakresie zmiany postanowienia pkt 25.2 wzoru umowy tak jak wskazano w treści odwołania.

Podtrzymał także żądania w zakresie zmian pkt. 25.3a. Jednakże, na pytanie przewodniczącego czy te żądania satysfakcjonowałyby odwołującego przy pozostawieniu pozostałych postanowień pkt 25 projektu umowy, odwołujący odpowiedział wyraźnie, że dla osiągnięcia jego celu konieczne byłoby także wykreślenie obecnego brzmienia postanowienia pkt 25.6. wzoru umowy.

Odnosząc się do ww. zmienionych wniosków należało stwierdzić, że aby osiągnąć swój cel odwołujący musiałby także doprowadzić do usunięcia obecnego postanowienia pkt 25.6 wzoru umowy, którego nie było w momencie, gdy wnosił odwołanie, co wymagałoby postawienia nowych zarzutów. Ponadto, zmodyfikowane wnioski odwołującego pozostawałyby w kolizji z zapisem obecnego brzmienia pkt 25.3 wzoru umowy, który przewiduje, że kalkulacja szczegółowa jest obecnie jedynie alternatywną metodą ustalania cen jednostkowych.

W ramach nowego postępowania odwoławczego odwołujący, nie będąc związany omówionymi wcześniej ograniczeniami procesowymi, przy pełnym poszanowaniu zasad równowagi stron postępowania odwoławczego będzie miał prawo do sformułowania precyzyjnych zarzutów przystających do nowych postanowień SWZ. Powyższe umożliwi także odwołującemu staranne sformułowanie poprawnych formalnie i merytorycznie wniosków (żądań) w treści odwołania.

Ponadto konieczność umorzenia postępowania odwoławczego w zaistniałej sytuacji procesowej wynikała także z konieczności zagwarantowania praw innym potencjalnym wykonawcom, niebędacym uczestnikami tego postępowania odwoławczego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, wykonawcy ci nie wnieśli własnego odwołania wobec historycznych postanowień SWZ ani nie zgłosili przystąpienia do tego postępowania odwoławczego, gdyż nie dostrzegali ówcześnie takiej potrzeby. W sytuacji sformułowania nowych postanowień SWZ ci inni wykonawcy mają prawo do wniesienia własnego odwołania wobec tych nowych postanowień. Dopuszczenie do rozpoznania odwołania skierowanego wobec nowych postanowień SWZ w ramach tego postępowania odwoławczego mogłoby godzić zatem nie tylko w interesy samego odwołującego ale i także takich innych wykonawców.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

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

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

Izba, kierując się wynikiem postępowania odwoławczego, stosując przepis § 9 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), postanowiła znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego oraz zwrócić odwołującemu kwotę 20.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……