

WYROK

Warszawa, dnia 25 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2025 r. przez wykonawcę **PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu** postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Śląskie S.A z siedzibą w Chorzowie**,

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- A.wykonawcy **INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**,
- B.wykonawcy **TRANSPROJEKT Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**,
- C.wykonawcy **B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy**,
- D.wykonawcy **ECM Group Polska S.A z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części „Wymóg wykazania się doświadczeniem w świadczeniu usługi nadzoru w ramach projektu realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz „wybuduj”, zarzutu nr 2 oraz zarzutu nr 3.
- 2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
- 3.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu** i
 - 3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu**, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 293 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
 - 3.2.Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 293 zł 20 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2042/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu i sprawowanie nadzoru inwestorskiego i autorskiego nad realizacją Projektu pn.: „Modernizacja i rozwój infrastruktury tramwajowej w Górnym Śląsku – Zagłębiowskiej Metropolii – Etap”*, nr sprawy UE/JRP/C/191/2025.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16/05/2025 pod numerem 315166-2025.

W dniu 23 maja 2025 r. wykonawca **PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o. o. z siedzibą w Sosnowcu** wniósł odwołanie na:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na określeniu w Rozdziale VI pkt II ust. 2 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”) warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu w Rozdziale X ust. 12 SWZ postanowienia, zgodnie z którym *„w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź Zamawiający zastrzega sobie prawo do sprawdzenia*

prawidłowości wystawienia przedstawionej przez Wykonawcę formy wadium u Wystawiającego", bez wskazania jasnych i jednoznacznych zasad, w jaki sposób, w jakim zakresie oraz według jakich kryteriów dokonywana będzie taka weryfikacja, a także bez określenia skutków ewentualnego zakwestionowania wadium, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) czynności Zamawiającego polegającej na poprzez ukształtowaniu postanowień §12 wzoru umowy w sposób, który czyni mechanizm waloryzacji wynagrodzenia iluzorycznym, niewystarczającym i nieadekwatnym do specyfiki zamówienia oraz obecnej sytuacji gospodarczej, co skutkuje brakiem zapewnienia realnej ochrony interesów wykonawców i może prowadzić do nieproporcjonalnego przerzucenia ryzyka ekonomicznego na wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1) oraz pkt 3) ustawy Pzp poprzez określenie w Rozdziale VI pkt II ust. 2 lit. a) SWZ warunków udziału w Postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 97 ust. 7 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w Rozdziale X ust. 12 SWZ postanowienia, zgodnie z którym „w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź Zamawiający zastrzega sobie prawo do sprawdzenia prawidłowości wystawienia przedstawionej przez Wykonawcę formy wadium u Wystawiającego”, bez wskazania jasnych i jednoznacznych zasad, w jaki sposób, w jakim zakresie oraz według jakich kryteriów dokonywana będzie taka weryfikacja, a także bez określenia skutków ewentualnego zakwestionowania wadium, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie postanowień §12 wzoru umowy w sposób, który czyni mechanizm waloryzacji wynagrodzenia iluzorycznym, niewystarczającym i nieadekwatnym do specyfiki zamówienia oraz obecnej sytuacji gospodarczej, co skutkuje brakiem zapewnienia realnej ochrony interesów wykonawców i może prowadzić do nieproporcjonalnego przerzucenia ryzyka ekonomicznego na wykonawcy.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian SWZ w sposób wskazany w treści Odwołania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PROKOM CONSTRUCTION Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu Zamawiający pismem z dnia 11 czerwca 2025 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części „Wymóg wykazania się doświadczeniem w świadczeniu usługi nadzoru w ramach projektu realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz „wybuduj”, a także w zakresie zarzutu nr 2 dotyczący treści rozdziału X ust. 12 SWZ. W pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania, tj. w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części odnoszącej się do Uwagi 4 (okres posiadanego doświadczenia) oraz w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego treści § 12 umowy (zasad waloryzacji).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: 1. INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,

2. TRANSPROJEKT Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

3. B-Act Spółka Akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy,

4. ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

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

Pismem z dnia 19 czerwca 2025 r. wykonawca INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosił o uznanie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy PZP, Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) gwarancjach bankowych;
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawie z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2024 r.).

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

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

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

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

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 1 dotyczący treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części odnoszącej się do Uwagi 4 (okresu posiadanego doświadczenia) nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności zważyła, iż umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy PZP w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części „Wymóg wykazania się doświadczeniem w świadczeniu usługi nadzoru w ramach projektu realizowanego w systemie „zaprojektuj i wybuduj” oraz „wybuduj”, a także w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego treści rozdziału X ust. 12 SWZ, ze względu na uwzględnienie powyższych zarzutów przez Zamawiającego, a po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP w zakresie zarzutu nr 3, ze względu na cofnięcie tego zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego okresu posiadanego doświadczenia w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego treści rozdziału VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części odnoszącej się do Uwagi 4, jest on w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważyła, iż Zamawiający w rozdziale VI pkt II ust. 2 lit. a) tiret drugi SWZ w części odnoszącej się do Uwagi 4 wskazał: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa w ramach doświadczenia, na które powołuje się Wykonawca była realizowana przez niego przez cały okres realizacji inwestycji (zadania) tj. co najmniej od przekazania wykonawcy robót terenu budowy do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego (usługa określona w tiret 2-4) albo co najmniej od dnia zawarcia umowy na roboty budowlane do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego (tiret 1)”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedmiotowe zamówienie dotyczy kompleksowej usługi nadzoru

inwestorskiego obejmującej pełny okres realizacji inwestycji (tj. osiem zadań w formule „zaprojektuj i wybuduj” oraz trzy zadania w formule „wybuduj”), a nie tylko wybrane ich etapy.

Izba zważy, iż Zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt II ust. 2 lit.

a) SWZ w celu zachowania proporcjonalności i adekwatności do przedmiotu zamówienia odniósł się do doświadczenia Wykonawców w zakresie usług nadzoru inwestorskiego nad inwestycjami (zadaniami) w obu ww. formułach, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, wymóg, by usługa nadzoru inwestorskiego trwała „co najmniej od dnia zawarcia umowy na roboty budowlane do dnia podpisania protokołu odbioru końcowego” (w formule „zaprojektuj i wybuduj”), czy też „co najmniej od dnia przekazania wykonawcy terenu budowy do dnia podpisania protokołu końcowego” (w formule „wybuduj”) nie stanowi „nieproporcjonalnego, nielogicznego i nadmiernie formalistycznego ograniczenia”. Jak słusznie zauważa Zamawiający „doświadczenia nie można zdobyć nadzorując jedynie część (określony fragment) procesu inwestycyjnego”.

Poza tym, wskazywane przez Odwołującego w ramach żądań określenie realizacji usługi poprzez wskazanie minimalnego czasu, w jakim realizowana była usługa, czy też określenie okresu realizacji usługi poprzez wskazanie wartości zrealizowanych robót nie gwarantuje, że Wykonawca pełnił nadzór inwestorski przez cały okres realizacji zadania inwestycyjnego i zdobył odpowiednie do przedmiotu zamówienia doświadczenie.

Niezależnie od powyższego, Izba zważy, iż Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił swoich twierdzeń, zwłaszcza takie twierdzenia jak: „Po podpisaniu umowy na roboty, przez wiele tygodni nie dzieje się nic, co wymagałoby bieżącego nadzoru nad robotami, bo wykonawca przystępuje do fazy projektowania - gromadzenia danych, uzyskiwania map, warunków, opinii , decyzji administracyjnych, tworzenia koncepcji”, „W praktyce często umowa na nadzór zostaje zawarta 3-5 dni później”, są w ocenie Izby gołosłowne. Podobnie ma się sytuacja ze stwierdzeniem Odwołującego, iż: „nadzór formalnie rozpocznie się kilka dni po przekazaniu terenu budowy, ale będzie obejmował cały okres kluczowych czynności”.

Co prawda, Odwołujący wniósł na posiedzeniu dowody w postaci ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – zamówienia sektorowe na roboty w zakresie kolei tramwajowej oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – zamówienia sektorowe w zakresie usługi nadzoru budowlanego, to Izba zważy, iż ww. dowody nie miały żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Należy bowiem zauważyć, iż po pierwsze dotyczą one innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego niż przedmiotowe postępowanie, a po drugie w ramach dowodu w postaci ogłoszenia o udzieleniu zamówienia – zamówienia sektorowe w zakresie usługi nadzoru budowlanego, opisany w tamtym postępowaniu warunek udziału w postępowaniu był „inaczej określony”, a usługa nadzoru została wypowiedziana przez Zamawiającego, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby, Zamawiający jako gospodarz postępowania nie naruszył przepisu art. 112 ust. 1 ustawy PZP ani art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP, ponieważ określił, warunek udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jakim jest całość inwestycji w obu formułach „zaprojektuj i wybuduj” oraz „wybuduj”, jednocześnie umożliwiając Zamawiającemu ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jako całości, a nie tylko jego części.

Z powyższych względów, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: