

**WYROK
z 31 stycznia 2023 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 27 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 stycznia 2023 r. przez odwołującego: LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach

orzeka:

1. Uwzględnia zarzut nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 zmianę projektowanych postanowień umowy przez podwyższenie dopuszczalnej wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w § 10 ust. 6 pkt 3 do 20% całkowitej wartości brutto robót określonej w § 6 ust. 1 umowy.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża w ½ odwołującego i w ½ zamawiającego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego,
 - 3.3 w pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Skierniewice z siedzibą w Skierniewicach (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i kompleksowa wymiana infrastruktury oświetlenia ulicznego w wybranych częściach miasta Skierniewice”, numer referencyjny: Z173/61695.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 stycznia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00020980/01.

16 stycznia 2023 r. wykonawca LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie dotyczące treści i sposobu opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust 1 Pzp i art. 103 ust. 3 i 4 Pzp w związku z § 19 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz PFU przez braki w Programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: PFU):
 - 1) dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
 - 2) oświadczenia zamawiającego o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
 - 3) informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:
 - a. kopii mapy zasadniczej;
 - b. wyników badań gruntowo-wodnych;
 - c. zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków;
 - d. inwentaryzację zieleni;
 - e. pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości;
 - f. porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych,

kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych.

2. art. 439 ust. 1 i 2 Pzp przez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany PFU przez uzupełnienie części informacyjnej o poniższe dokumenty i informacje:
 - 1) dokumenty potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów w szczególności z podaniem podstawy prawnej realizowanych prac;
 - 2) oświadczenia zamawiającego o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomości na cele budowlane jak również modernizowanym mieniem;
 - 3) informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:
 - a. kopii mapy zasadniczej;
 - b. wyników badań gruntowo-wodnych a przynajmniej wskazanie miejsc i obszarów w których następuje przejście przez zbiorniki i ciekły wodne / mosty / kładki w których mogłaby wystąpić konieczność dokonania uzgodnień z organem administrującym zasobem np. Wodami Polskim;
 - c. zaleceń konserwatorskich Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Łodzi;
 - d. inwentaryzację zieleni;
 - e. pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości a przynajmniej informacje o natężeniu ruchu drogowego pozwalające na jednoznaczny i prawidłowy dobór klas oświetlenia danej drogi / ulicy;
 - f. porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci energetycznych oraz dróg publicznych w tym warunki techniczne i umowy z PGE Dystrybucja SA oraz warunki i zgody zarządców dróg powiatowych, wojewódzkich, krajowych na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia.
2. zmiany projektowanych postanowień umowy przez nadanie postanowieniu §10 ust. 6 pkt 3 następującego brzmienia: „Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 6, wynosi 20% całkowitej wartości brutto robót objętych niniejszą umową określonej w § 6 ust. 1”.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Opracowanie dokumentacji projektowej i kompleksowa wymiana infrastruktury oświetlenia ulicznego w wybranych częściach miasta Skierniewice". Ogłoszenie zostało opublikowane przez Zamawiającego 10 stycznia 2023 r. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych obejmujących w szczególności

ok. 1629 szt. (+10%) punktów świetlnych (oprawy, słupy, okablowanie wewnątrz słupowe), 42 szt. (+10%) punktów poboru energii elektrycznej oraz linie kablowanie zasilające oświetlenie uliczne, będąca w utrzymaniu Miasta Skierniewice.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w PFU zaniechał przedstawienia dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów.

Brak podania podstawy prawnej do wykonania robót, a w szczególności brak odniesienia się do konkretnych przepisów Prawa Budowlanego nie pozwala na właściwą ocenę, czy zadanie jest wykonalne w aspekcie formalno-prawnym, jak również, jaki zakres dokumentacji, uzgodnień, a następnie robót budowlanych będzie wymagany, a tym samym jakie koszty będą z tym związane. Wobec takiego stanu przygotowanie prawidłowo skalkulowanej oferty, zarówno na opracowanie projektu budowlanego, jak i wykonanie robót, nie jest możliwe.

W PFU Zamawiający nie zawarł oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, mimo że wskazał, że „mogą zdarzyć się miejsca, gdzie infrastruktura oświetleniowa miasta posadowiona jest na terenach spółdzielni mieszkaniowych lub terenach prywatnych”. Z PFU nie wynika, czy Zamawiający posiada prawo dysponowania tymi gruntami, choćby w formie zgody na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia. Brak jest również wskazania po czyjej stronie i na czyj koszt, jeżeli będzie wymagane pozyskanie prawa dysponowania gruntami, to nastąpi przez co brak jest możliwości prawidłowego obliczenia rozmiaru i czasu trwania prac projektowych, jak również kosztów z tym związanych

Znajdujące się w załączniku nr 7 Mapy i rysunki nie zostały sporządzone na kopii mapy zasadniczej, a są to wyłącznie odręczne rysunki na mapach typu Open Street Map bez podanej skali, co nie pozwala na poprawne oszacowanie rozmiaru i zakresu zarówno prac projektowych jak i robót budowlanych.

Z doświadczenia Odwołującego wynika, że załączone rysunki wykonano na podkładach pochodzące z programu typu GIS, w którym to zinventaryzowano infrastrukturę

oświetleniową, a mimo to Zamawiający nie załączył żadnych danych pochodzących z tej inwentaryzacji, na podstawie których wykonawca mógłby dobrać właściwe rozwiązania techniczne, oszacować choćby ilość opraw na słupach linii kablowej i napowietrznej, a tym samym przygotować ofertę poprawną technicznie, jak i ekonomicznie.

Na rynku „Makowska 1” uwidocznione jest przejście modernizowanej infrastruktury przez rzekę Skierniewka, zaś na rysunku „Zadąbie 1” przez Zalew Skierniewicki, a tym samym przy przygotowywaniu PFU należało uwzględnić uwarunkowania gruntowo-wodne pozwalające na właściwą ocenę zakresu niezbędnych uzgodnień, prac projektowych, czasu i kosztu wykonania robót budowlanych. Do PFU nie załączono zaleceń konserwatorskich Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Łodzi, ani inwentaryzacji zieleni pozwalającej na ocenę, czy na terenie wykonania robót nie znajdują się obszary Natura 2000, co jest bardzo istotne dla oceny rozmiaru i zakresu prac z uwagi na dyspozycję art. 29 ust 6 i 7 Prawa budowlanego. Ponadto, Odwołującemu wiadomo, że Skierniewice są miastem obfitującym w zabytki, jak również miastem położonym na terenach przyrodniczo chronionych np. rezerwat rzeki Rawki czy Bolimowski Park Krajobrazowy.

W PFU nie zamieszczono pomiarów ruchu drogowego ani żadnych informacji o natężeniu ruchu drogowego pozwalających na jednoznaczny i prawidłowy dobór klas oświetlenia danej drogi / ulicy. Tym samym dobór rozwiązania technicznego na podstawie jednoznacznych i tych samych dla wszystkich oferentów danych nie jest możliwy.

W opisie etapu I w pkt 1.3 zamawiający w pkt g) określa wymaganie „Opracowywana dokumentacja, szczególnie w zakresie dotyczącym proponowanych rozwiązań technicznych oraz sporządzenia kosztorysów inwestorskich, przedmiarów robót, powinna zostać wykonana zgodnie z obowiązującymi normami, zasadami wiedzy technicznej oraz przepisami prawa, w szczególności:

- warunki wydane przez zarządcę dróg (Prezydenta Miasta Skierniewice);
- warunki dostępu do urządzeń elektroenergetycznych sieci nN PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Lublinie (w imieniu, której działa PGE Dystrybucja S.A. Oddział w Łodzi – rejon energetyczny Żyrardów) lub inne warunki techniczne wydane przez Spółki energetyczne związane z realizacją poszczególnych części zadań będących przedmiotem zamówienia, a niezbędnych do ich realizacji.

Jednakże warunków tych zamawiający nie załączył do PFU, przez co przygotowanie prawidłowej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego oferty nie jest możliwe.

Zamawiający wyraźnie naruszył dyspozycję art. 99 Pzp, która nakazuje uwzględnienie wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący podkreśla, że wskazane braki w opublikowanym PFU dotyczą wymagań bardzo istotnych, bez znajomości których skalkulowanie ryzyk nie jest praktycznie możliwe, tak jak i przygotowanie poprawnej merytorycznie i ekonomicznie oferty.

W projektowanych postanowieniach umowy (§10 ust. 6 pkt 3) Zamawiający wprowadził maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, przy czym poziom ten został ustalony na poziomie 1% (słownie: jeden procent) wartości brutto robót objętych niniejszą umową w § 6 ust. 1.

Takie sformułowanie maksymalnego poziomu zmiany wynagrodzenia należy uznać za pozorne i nie odpowiadające wymogom stawianym klauzuli waloryzacyjnej opisanej w art. 439 Pzp. Maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia w praktyce wyłącza stosowanie waloryzacji, zamiast prowadzić do sytuacji podziału ryzyka wzrostu cen, co pozostaje szczególnie istotne w obecnych realiach rynkowych. Klauzula w brzmieniu ustanowionym obecnie przez Zamawiającego wprowadza brak możliwości realnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, tym samym prowadząc do wyłączenia ze stosowania waloryzacji.

W opinii Odwołującego wprowadzone w przepisie art. 439 Pzp ogólne zasady redakcji klauzul waloryzacyjnych nie mogą być przez Zamawiającego odczytywane w ten sposób, że wyznaczenie jakiegokolwiek poziomu maksymalnego wzrostu wynagrodzenia będzie stanowiło ich prawidłową i rzetelną realizację. Sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej powinno uwzględniać interesy Zamawiającego, jednak nie powinno prowadzić do przerzucenia całego ryzyka na Wykonawcę, w tym przez wyłączenie możliwości realnej zmiany wysokości wynagrodzenia.

27 stycznia 2023 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający stoi na stanowisku, że załączenie dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów nie miało zastosowania w przypadku prowadzonego postępowania przetargowego, ponieważ brak jest przepisów odrębnych wymagających takiej zgodności. Odwołujący nie wskazał przy tym przepisów prawa, z którymi inwestycja mogłaby kolidować. Zamawiający do realizacji inwestycji przyjął formułę projektuj i buduj, co oznacza, że nie jest w posiadaniu dokumentacji projektowej, którą wykonawca powinien w ramach inwestycji opracować de facto dla siebie w celu zrealizowania Etapu II i Etapu III inwestycji. Zamawiający nie wskazał konkretnych przepisów Prawa Budowlanego na podstawie, których powinna zostać zrealizowana inwestycja pozostawiając ich wybór wykonawcy, umieszczając w PFU postanowienie: „W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany, będzie do przygotowania zgodnie z obowiązującymi przepisami dokumentacji technicznej modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie miasta Skierniewice zawierających w szczególności: obliczenia fotometryczne, analizę finansową oraz techniczną.” (Załącznik nr 6 do SWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy, Strona 21 akt - I. Część Opisowa, 1. Ogólny opis przedmiotu zamówienia, Punkt 1.2, ppkt 1.2.7)

Z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót

montażowo-budowlanych, zastosowany przez Zamawiającego zabieg miał na celu ułatwienie i maksymalne uproszczenie prowadzenia inwestycji, przez pozostawienie doboru procedury wykonawcy.

Na etapie procedury przetargowej Zamawiający nie jest w stanie określić i wskazać wykonawcy, które nieruchomości będą niezbędne do realizacji przedsięwzięcia. Zgodnie z postanowieniami PFU to wykonawca w pierwszej kolejności zobowiązany, będzie do przeprowadzenia inwentaryzacji infrastruktury i zakwalifikowania jej do wymiany lub pozostawienie bez modernizacji. Są to czynności przewidziane dla Etapu I zamówienia. To dopiero z ustaleń dokonanych przez Wykonawcę na etapie inwentaryzacji sporządzony zostanie ostateczny zakres nieruchomości niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W PFU wskazano wyłącznie na konieczność prowadzenia prac i inwestycji w oparciu o pozyskane przez wykonawcę, na etapie projektowania i ustalenia ostatecznego zakresu inwestycji, warunki gestorów infrastruktury, której inwestycja będzie dotyczyć. Pozyskanie warunków niezbędnych do projektowania odbywa się na etapie projektowym i na podstawie koncepcji opracowanej przez wykonawcę. Dopiero wówczas gestorzy sieci posiadają możliwość szczegółowego określenia swoich wymagań w stosunku do projektu. W związku z powyższym na etapie tworzenia PFU posiadanie przez Zamawiającego wnioskowanych przez Odwołującego warunków nie jest możliwe.

Zamawiający nie posiada także obecnie dostępu do programu GIS, z którego o udostępnienie wnosił Wykonawca. Zamawiający utracił do niej dostęp w związku z upadłością firmy świadczącej usługę dostępu do GIS. Dlatego przedmiotem zamówienia jest między innymi stworzenie i wdrożenie tej bazy danych przez Wykonawcę. Zamawiający zawarł postanowienie o treści: „Wykonawca w ramach zamówienia zapewnia także licencję (bezterminowa) na jedno stanowisko, na oprogramowanie GIS umożliwiające dostęp do danych na dedykowanym serwerze www wielu użytkownikom oraz pozwalające na darmową migrację oprogramowania na serwer Zamawiającego (...)”.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający przy konstruowaniu wzorca umowy nie naruszył treści art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i to nawet w sytuacji gdy poziom zmian cen uprawniający do waloryzacji na tej podstawie został określony na stosunkowo niskim poziomie.

Po pierwsze, został bowiem określony maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Tym samym wymóg określony w art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp został spełniony. Ustawodawca nie wprowadził bowiem ani minimalnej ani maksymalnej wartości % zmiany wysokości wynagrodzenia na tej podstawie. Gdyby ustawodawca takie widełki przewidział to zarzut w tym zakresie mógłby być uzasadniony. Tym samym podnoszona okoliczność w zakresie rzekomego wyłączenia tej klauzuli w umowie jest chybiona.

W sytuacji gdy obecnie znane są powszechnie zjawiska mające wpływ na wysokość wynagrodzenia w umowie (wysoka, ale stabilna inflacja z tendencją spadkową: w roku 2022 - 14,4%); trwająca wojna na Ukrainie) to są już one brane pod uwagę przy składaniu ofert przez potencjalnych oferentów. W takiej sytuacji doświadczony wykonawca może i powinien założyć wpływ tych zjawisk na swoje wynagrodzenie w umowie, w szczególności gdy czas trwania umowy został określony na stosunkowo krótki okres - 15 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Strony ponadto zawsze mogą zawsze zmienić wynagrodzenie do 15% jego wartości również na podstawie art. 455 ust. 2 Pzp, (o czym stanowi również §10 ust. 7 projektowanej umowy), a w sytuacjach nadzwyczajnych, nie dających się przewidzieć nawet do 50% jego wartości na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ewentualny brak porozumienia stron w tym zakresie zawsze uprawnia wykonawcę do wystąpienia na drogę sądową przeciwko Zamawiającemu na podstawie art. 357 Kc, co potwierdził Urząd Zamówień Publicznych w opinii z 24 marca 2022 roku oraz Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej w opracowaniu z lipca 2022 roku.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego opisany w następujący sposób:

Rozdział IV SWZ: „Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji technicznej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją oświetlenia ulicznego w technologii LED na osiedlu Widok w Skierniewicach w zakresie zobrazowanym na Załączniku nr 7 i na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego Załącznik nr 6 (...).
6. Szczegółowy opis zamówienia zawiera Załącznik nr 6 - Program Funkcjonalno-Użytkowy”.

Program Funkcjonalno-Użytkowy:

„1.1. Przedmiot zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji technicznej oraz wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją oświetlenia ulicznego w technologii LED w wybranych przez Miasto Skierniewice i zaprezentowanych na załącznikach mapowych (...).

1.2. Charakterystyczne parametry określające zakres robót budowlanych.

- 1.2.1. Przedmiotem zamówienia objęte jest ok. 1629 szt. (+ 10%) punktów świetlnych (oprawy, słupy, okablowanie wewnątrz słupowe), 42 szt. (+ 10%) punktów poboru energii elektrycznej oraz linie kablowanie zasilające oświetlenie uliczne, będąca w utrzymaniu Miasta Skierniewice.
- 1.2.2. Nowe oświetlenie ma zapewnić bezpieczne i wygodne poruszanie się użytkowników dróg przy wykorzystaniu nowoczesnych źródeł światła i opraw oświetleniowych, a jednocześnie energooszczędnych, spełniających wymagania normy oświetleniowej PN-EN 13201-2:2016-03.
- 1.2.3. Inwestycja prowadzona, będzie w granicach administracyjnych Miasta Skierniewice.
- 1.2.4. Infrastruktura techniczna wchodząca w skład oświetlenia ulicznego w głównej mierze usytuowana jest w psach drogowych miasta Skierniewice, których zarządcą jest Prezydent Miasta Skierniewice. Jednakże mogą zdarzyć się miejsca, gdzie infrastruktura oświetleniowa miasta posadowiona jest na terenach spółdzielni mieszkaniowych lub terenach prywatnych.
- 1.2.5. Infrastruktura oświetleniowa realizowana jest zarówno na wydzielonych liniach oświetlenia ulicznego należących do Miasta Skierniewice, jak na infrastrukturze

współdzielonej z PGE Dystrybucja S.A, która jest właścicielem słupów i wysięgników (...).

1.3. Szczegółowe wymagania zamawiającego.

Zadanie, będące przedmiotem zamówienia dzieli się na trzy etapy:

A) Etap I – opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wraz z uzyskaniem niezbędnych do prowadzenia Etapu II zgód, pozwoleń itp.

W Etapie I Wykonawca zobowiązany będzie do:

1.1 Wykonania inwentaryzacji istniejących obiektów oświetlenia ulicznego objętych zakresem zamówienia, zawierającej:

w warstwie LATARNIA, w szczególności:

- a) status latarni (likwidacja, planowana wymiana),
- b) stan słupa (wymiana, pozostaje),
- c) nr słupa, nr porządkowy (jeśli występuje)
- d) wysokość słupa oświetleniowego (w metrach),
- e) długość wysięgnika (w metrach),
- f) mocowanie (na szczycie, nad linią, pod linią),
- g) status wysięgnika (wymiana, pozostaje, remont),
- h) moc nominalna oprawy
- i) rodzaj linii (napowietrzna, kablowa) wraz z ich oceną techniczną uwzględniającą miejsca, gdzie występuje konieczność likwidacji istniejących rozwiązań prowizorycznych (m.in. tzw. przewieszki)
- j) typ linii (YAKY, YKY, AsXSn),
- k) określenie problemów z kablem zasilającym oświetlenie przewidzianych do likwidacji w Etapie II zamówienia (likwidacja istniejących rozwiązań prowizorycznych m.in. tzw. przewieszek),
- l) rodzaj oprawy (sodowa, rtęciowa, metalohalogenkowa ledowa itp.)
- m) ocena stanu technicznego oprawy (wymiana, pozostaje, dowieszenie)
- n) właściciel słupa i oprawy (Miasto , PGE).

(...)

Wymianie nie będą podlegać słupy należące do PGE Dystrybucja S.A.

W warstwie SZAFA STERUJĄCA (szafa SOU), w szczególności:

- a) ilość opraw zasilanych z szafy,
- b) wartość zabezpieczeń szafy sterowniczej,
- c) moc umowna punktu zasilania (...),

- k) właściciel szafy
- l) określenie stanu szafy (pozostaje, do modernizacji z określeniem koniecznych modernizacji).

Opracowania inwentaryzacyjne będące przedmiotem niniejszego zamówienia należy sporządzić w następującej liczbie egzemplarzy (...).

1.2 Przeprowadzenia audytu, w ramach którego należy dokonać analizy:

- a) stanu oświetlenia ulicznego na dzień audytu,
- b) wniosków z inwentaryzacji opraw i słupów,
- c) wniosków z inwentaryzacji punktów poboru energii,
- d) zgodności z normami,
- e) zgodności ze standardami (np. Light pollution lub równoważne),
- f) typów oraz modeli opraw,
- g) struktury własnościowej opraw i słupów,
- h) skrzynek sterujących SOU (...).

1.3 Opracowania dokumentacji modernizacji infrastruktury oświetleniowej wraz z projektem fotometrycznym (...).

1.4 Pozyskania stosownych zgód, pozwoleń, warunków itp. niezbędnych dla realizacji zadania (...).

B) Etap II – wykonanie robót budowlanych na podstawie opracowanej dokumentacji, uzgodnionej zgodnie z wymogami technicznymi oraz pozwoleniami wraz z pełną obsługą geodezyjną i archeologiczną (jeśli będzie to konieczne).

1. Roboty należy wykonać na podstawie opracowanych projektów oświetlenia, zgodnie ze sztuką budowlaną (...).

C) Etap III – inwentaryzacja powykonawcza i wnioski końcowe (...).

2. Uwagi końcowe

- 1. Wszystkie materiały wyjściowe, mapy, uzgodnienia, decyzje Wykonawca pozyskuje własnym staraniem. Zamawiający udzieli mu w tym celu stosownych upoważnień (...).
- 3. Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje i ilość robót określone w niniejszym opracowaniu mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. Szczegółowe rozwiązania wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko Wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe”.

W zakresie objętym zarzutem nr 2 odwołania Zamawiający w § 10 projektowanych postanowień umowy w następujący sposób ukształtował zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawców:

„6. W przypadku dokonywania waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w ust. 5, wynagrodzenie Wykonawcy, określone w § 6 ust. 1 Umowy, będzie waloryzowane o aktualny Wskaźnik waloryzacji (W_w) wyliczony jako: różnica średniej arytmetycznej wskaźnika inflacji (ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego) za ostatnie 4-ry kwartały poprzedzające złożenie wniosku ($I_{1,2,3,4}$) i zakładanego bazowego wskaźnika inflacji (I_b) równego 10,7% tj.: $W_w = [(I_1 + I_2 + I_3 + I_4) \setminus 4] - I_b$, przy łącznym spełnieniu następujących postanowień

- 1) Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi gdy, zostaną łącznie spełnione poniższe przesłanki:
 - a) na wniosek Wykonawcy, złożony najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy przez Strony, bądź na koniec realizacji robót po dokonaniu ostatecznego odbioru robót,
oraz
 - b) gdy, za ostatnie 4-ry kwartały poprzedzające złożenie wniosku (o którym mowa w pkt. 1.a) Wskaźnik waloryzacji (W_w) wyliczony wg powyższego wzoru, będzie wiekszy niż bazowy wskaźnik inflacji (I_b) 9,8%, czyli: $(W_w) > (I_b)$,
- 2) Obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy – nastąpi, gdy zostaną łącznie spełnione przesłanki:
 - a) w wyniku działań Zamawiającego lub Wykonawcy, podjętych co najmniej po upływie 6 miesięcy od zawarcia Umowy przez Strony,
oraz
 - b) gdy, za ostatnie 4-ry kwartały poprzedzające działania (o których mowa w pkt. 2.a) Wskaźnik waloryzacji (W_w) wyliczony wg powyższego wzoru, będzie mniejszy niż bazowy wskaźnik inflacji (I_b) 9,8%, czyli: $(W_w) < (I_b)$,
- 3) Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 6, wynosi 1% całkowitej wartości brutto robót objętych niniejszą umową określonej w § 6 ust. 1”.

Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone postanowienia Opisu przedmiotu zamówienia, PFU oraz projektowanych postanowień umowy Izba uznała, że zarzut nr 1 jest niezasadny i

podlega oddaleniu. Zamawiającego słusze twierdził, że uzyskanie informacji, których dołączenia do PFU w postaci odpowiednich dokumentów żądał Odwołujący, wchodzi w skład obowiązków wykonawcy przedmiotu zamówienia w Etapie I. Tym samym to wykonawca zamówienia będzie miał obowiązek przeprowadzić inwentaryzację wraz z oceną stanu technicznego poszczególnych elementów systemu oświetleniowego wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia.

Zamawiający miał prawo powierzyć wykonawcy taki zakres obowiązków – ustawa Pzp nie zabrania przeniesienia na wykonawcę obowiązku wykonania pewnych czynności, w istocie będących doprecyzowaniem i konkretyzacją opisu przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy wynika to z uzasadnionych potrzeb tego zamawiającego. Co za tym idzie Zamawiający nie musiał samodzielnie dokonywać czynności poprzedzających fazę projektową zadania. Zamawiający udzielając zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj mógł więc powierzyć wykonawcy realizację również tych czynności, co jest o tyle uzasadnione, że każdy element systemu oświetleniowego będzie wymagał oceny pod kątem jego stanu technicznego. Zasadne jest więc, by takiej oceny dokonał wykonawca odpowiedzialny za realizację prac projektowych i robót budowlanych, bo przedmiotowa ocena w sposób bezpośredni będzie wpływać na rzeczywisty zakres robót.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący niezasadnie twierdził, że opis przedmiotu zamówienia, ze względu na brak określonych dokumentów, jest niepełny i nie pozwala na prawidłowe skonstruowanie oferty.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba stwierdziła, że przyjęty przez Zamawiającego limit zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji jest tak niski, że w rzeczywistości oznacza obejście art. 439 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający nie podjął choćby próby wykazania, że dopuszczenie zmian wynagrodzenia w wysokości nie przekraczającej 1% w sposób należyty zabezpiecza wykonawcę zadania na wypadek wystąpienia zmian wskazanych w art. 439 ust. 1 Pzp. Twierdzenie Zamawiającego, że obecna sytuacja rynkowa ustabilizowała się, ponieważ inflacja utrzymuje się na stałym poziomie, a fakt wojny na Ukrainie jest powszechnie znany wykonawcom potraktować można co najwyżej humorystycznie. Wskazane przez Zamawiającego fakty to dwa główne czynniki destabilizujące rynek. Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że efektem wysokiego poziomu inflacji jest nie tylko wzrost cen określonych materiałów, ale również istotne i nieprzewidywalne wahania tych cen.

W konsekwencji Izba uznała, że przyjęty przez Zamawiającego limit waloryzacji wynagrodzenia jest rażąco niewystarczający. Izba uwzględniła więc zarzut nr 2 i nakazała podwyższenie tego limitu do poziomu 20%. O ile Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego żąda podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzeń właśnie do 20%, to w ocenie Izby poziom taki jest rozsądny w świetle zasad doświadczenia życiowego, a także uwzględniła aktualny poziom inflacji i jej możliwy wpływ na koszt realizacji zamówienia w zakładanym przez Zamawiającego okresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: