

Sygn. akt: KIO 168/19

WYROK

z dnia 21 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Monika Szymanowska
Paweł Trojan**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **14 i 19 lutego 2019 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 stycznia 2019 r.** przez wykonawcę **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców **Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 02-685 Warszawa** oraz **PKP TELKOL Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 142B WEST STATION II, 02-305 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia rażąco wygórowanych kar umownych, co prowadziło do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadzało nadmierną nierówność stron umowy, z uwagi na jego wycofanie,**
- 2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego rażącego naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znacznego przekroczenia zasad swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi**

obowiązkami i ryzykiem poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku ustalenia ilości sztuk do wycenienia w Rozbiciu Ceny Ofertowej zwanej dalej: „RCO”, podczas, gdy to Zamawiający powinien podać te ilości oraz zarzutu prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia i nakazuje Zamawiającemu:

zmianę dokumentacji postępowania, poprzez wskazanie ilości kompletów (po modyfikacji SIWZ z 13.02.2019 r. i 18.02.2019 r.) w formularzu RCO cz. 2 (plik w formacie Exel) dla Fazy 1 /wykonanie Dokumentacji projektowej/, Fazy 2a /instalacja systemów wg. obiektów/ i Fazy 2b /instalacja obiektów wspólnych/, z zastrzeżeniem, że Wykonawca (dotyczy tylko Fazy 2a i 2b) będzie mógł podać inną ilość kompletów niż wskazana przez Zamawiającego, w sytuacji gdy będzie to uzasadnione założeniami projektowymi i przyjętymi rozwiązaniami technicznymi Wykonawcy, uwzględniającymi postanowienia SIWZ, a zwłaszcza Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz instrukcje z Wytycznych IPI - 4, czy też IPI - 6, co będzie wymagało uzasadnienia ze strony Wykonawcy,

3. W pozostałym zakresie oddała odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych w ramach realizacji projektu pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych.”*, nr referencyjny: 9090/ERZU/00019/00211/19/P, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.01.2019 r. pod nr 2019/S 014 - 029765 przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwanym dalej: *„Zamawiającym”*. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”*.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 04.02.2019 r. sprawy o sygn. akt: KIO 164/19, sygn. akt: KIO 168/19, sygn. akt: KIO 172/19 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Sprawy o sygn. akt: KIO 164/19, sygn. akt: KIO 172/19 zostały mocą postanowienia z 19.02.2019 r. umorzone z uwagi na wycofanie obu odwołań, zaś sprawa o sygn. akt: KIO 168/19, tzn. odwołanie w tym zakresie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 168/19 - Maxto Sp. z o.o. S.K.A.:

W dniu 31.01.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Maxto Sp. z o.o. S.K.A., ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka zwane dalej: *„Maxto Sp. z o.o. S.K.A.”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 168/19”* wniosło odwołanie na treść SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

1) art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, ark 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ

precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję;

2) art. 353¹ i art. 5 kc w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp przez rażąco naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku ustalenia ilości sztuk do wycenienia w Rozbiciu Ceny Ofertowej, podczas, gdy to Zamawiający powinien podać te ilości;

3) art. 353¹ kc w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, a także art. 5 kc, art. 471 kc, art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc ze względu na zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych, co prowadzi do naruszenia zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy;

4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia oraz postanowień umowy. W związku z powyższym wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

3) nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

I. CHARAKTER WYNAGRODZENIA

1. Na wstępie wskazał, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Aby SIWZ zapewniała konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tego względu specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Zamawiający w **pkt 13.4 ID W** (opis sposobu obliczenia ceny) wskazał: „*Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie*

pozycje. W Rozbiciu Ceny Ofertowej, zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję muszą być podane z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i muszą być różne od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO". Wypełnione RCO należy zgodnie z **pkt 15.1 lit. d)** załączyć do oferty. Zatem rozbiecie ceny ofertowej, po jego wypełnieniu będzie stanowić treść oferty.

3. W dokumencie **części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. I w pkt 1 Informacje ogólne oraz 1.1** wskazano m.in.:

- 1) Płatności wszystkich pozycji będą dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej;
- 2) *Niezależnie od jakichkolwiek ograniczeń, które mogą być wywnioskowane ze sformułowań dla indywidualnych pozycji Ulub objaśnień w tym Wstępie, jasno będzie zrozumiane przez Wykonawcę, że kwoty, wniesione przez Wykonawcę do Rozbicia Ceny Ofertowej, odnoszą się będą do całościowego ukończenia prac w każdym względzie. Uważać się będzie, że Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte, wyrażone jak i wynikające ze wszystkich części Przedmiotu Zamówienia i odpowiednio wycenił zawarte tu pozycje. Dlatego kwota ta musi uwzględniać wszystkie dodatkowe i nieprzewidziane wydatki oraz ryzyka każdego rodzaju konieczne do zabudowania, ukończenia i utrzymania przedmiotu Robót zgodnie z Przedmiotem Zamówienia. Jeżeli nie wyodrębniono stosownej pozycji w Rozbiciu Ceny Ofertowej to należy całościowo uwzględnić wszystkie stawki i kwoty dla wszystkich występujących kosztów;*

3) *Cena ofertowa = suma cen Etapów ilościowych 1, II, III.*

Zatem z postanowienia tego wynika jednoznacznie, że poszczególne kwoty w RCO są kwotami ryczałtowymi. Kwoty oznaczają wynagrodzenie za poszczególne czynności/elementy. Zamawiający niby definiuje pojęcie „ceny ofertowej” i wskazuje, że jest to **suma cen Etapów ilościowych I, II, III**, lecz nie wiadomo co oznacza pojęcie „Etap ilościowy”.

4. Jednocześnie w dokumencie **części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel)** w zakładce zasady wskazano:

„RCO może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy.

Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń wynikająca z projektowania - bez zmiany ceny ofertowej.

Modyfikacje RCO mogą także oznaczać korekty ilości obiektów przewidzianych do instalacji na danej linii poprzez zmianę ilości obiektów pomiędzy liniami objętymi Przedmiotem Zamówienia.

Modyfikacje te mogą wynikać np. z wystąpienia nieprzewidzianych trudności w realizacji danego obiektu na danej linii i w konsekwencji "przesunięcia " go do nowej lokalizacji na innej linii objętej Przedmiotem Zamówienia.

Modyfikacje takie nie skutkują zmianą ceny ofertowej".

5. Zatem treść części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. I i cz. II różni się pomiędzy sobą. W jednym dokumencie mowa jest o niezmienności „kwot" RCO, czyli cen za poszczególne pozycje a w drugim niezmienności „ceny ofertowej". Nie wiadomo jednak, czy pojęcia „kwoty" i „ceny ofertowej" należy utożsamiać, czy nie. Teoretycznie, zgodnie z zasadami wykładni, należałoby by uznać, że skoro użyto różnych pojęć to trzeba przyjąć, że oznaczają one co innego, zaś pojęcie „cena ofertowa" samo w sobie sugeruje, że chodzi o cenę całej oferty - ceną globalną. Wtedy ryczałtowe były by nie tylko kwoty z RCO za poszczególne czynności/elementy ale także cena oferty (globalna). Jednakże takiemu uznaniu przeczą następujące okoliczności:

1) definicja „Ceny ofertowej" odwołuje się do Etapów ilościowych, co może sugerować kosztorysowy charakter wynagrodzenia umownego - rozliczenie według ilości;

2) **dokonana przez Zamawiającego zmiana klauzuli 14.1 lit. a) WARUNKÓW KONTRAKTU NA URZĄDZENIA I BUDOWĘ Z PROJEKTOWANIEM DLA URZĄDZEŃ ELEKTRYCZNYCH I MECHANICZNYCH ORAZ DLA ROBÓT BUDOWLANYCH I INŻYNIERYJNYCH PROJEKTOWANYCH PRZEZ WYKONAWCĘ,** Warunki Ogólne, Wydanie angielsko - polskie 2000 (tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC1999) - dalej „FIDIC" o treści: **„Cena Kontraktowa będzie ryczałtowana Zaakceptowana Kwotą Kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem"** i nadanie jej następującego brzmienia: **„Zaakceptowana Kwota Kontraktowa będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem"** - zmiana dokonana w treści Warunków Szczególnych (str. 90). Wobec powyższego Zamawiający dokonał intencjonalnie zmiany polegającej na usunięciu z FIDIC postanowień wskazujących na ryczałtowy charakter ceny ofertowej (globalnej). Na marginesie należy wskazać, że zgodnie z **pkt 1.1.4.1 Warunków Ogólnych:** *„Zaakceptowana Kwota Kontraktowa" oznacza Cenę Oferty netto, po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych zgodnie z u.p.z.p., wyrażoną w Walucie Miejscowej rozumianej jako złoty polski, powiększoną o należny podatek od towarów i usług VAT, zawartą w Kontrakcie, za zaprojektowanie i wykonanie Dokumentów Wykonawcy i Robót a także usunięcie wszelkich wad i usterek"*, Zatem cena oferty (globalna) to w nomenklaturze umowy Zaakceptowana Kwota Kontraktowa;

3) w RCO cz. II kolumny z wynagrodzeniem za poszczególne pozycje opisane są nie jako „kwoty" (takiego pojęcia używa się w cytowanych powyżej postanowieniach części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. I), lecz jako „ceny". Podobnie w pkt 13.4 ID W (opis

sposobu obliczenia ceny) wskazano, że RCO zawiera „ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję”. Zatem Zamawiający przez „cenę ofertową” być może rozumie właśnie ceny za poszczególne pozycje RCO. Niewątpliwie ceny w RCO są cenami „ofertowymi” - wynikają z oferty, są oferowane, są zawarte w ofercie, której częścią jest RCO;

4) w Warunkach Szczególnych zmieniono pkt 14.3 FIDIC oraz w lit. g) pkt i) (str. 95 WU) wskazano na rozliczenie obmiarowe (charakterystyczne dla wynagrodzenia kosztorysowego): „Wykonawca będzie na bieżąco (co najmniej raz w tygodniu) wprowadzał do SIRM aktualne dane dotyczące postępu rzeczowego oraz Podwykonawców każdej z części Robót wraz z wymaganymi załącznikami (szkice, plany, obliczenia, oświadczenia, zgody itp.), tworząc karty obmiaru wykonania Robót”;

5) w części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel) w zakładce zasady wskazano, że „RCO może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy”, co jest zbieżne z wynagrodzeniem kosztorysowym i sporządzaniem obmiaru;

6) w żadnym miejscu SIWZ oprócz RCO cz. II nie wskazano, aby wynagrodzenie (cena oferty) miała charakter ryczałtowy - o ile w ogóle użyte przez Zamawiającego w RCO cz. II sformułowanie „cena ofertowa” ma oznaczać cenę globalną oferty. W pkt 13.4 IDW (opis sposobu obliczenia ceny) nie zawarto żadnej informacji na temat charakteru wynagrodzenia (ryczałtowe, kosztorysowe). Jedynym miejscem wskazującym na ryczałtowy charakter ceny jest RCO - jednakże dokument ten zawiera ceny jednostkowe i ceny za dane pozycje, a nie zawiera ceny oferty (globalnej). Być może Zamawiający wprowadzając do RCO powyższe postanowienia miał na myśli właśnie ceny zawarte w RCO, skoro to właśnie tego dokumentu są one częścią.

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownych zmian w treści SIWZ, które precyzowałyby charakter ceny ofertowej i należnego wykonawcy wynagrodzenia zwłaszcza poprzez modyfikację Wzoru Umowy (SubKLAUZULA 14.13 oraz postanowień RCO cz. I i II i jednoznaczne wskazanie, jaki charakter ma cena ofertowa (globalna), ceny jednostkowe i ceny za daną pozycję zawarte w RCO.

II. WYLICZENIE WYNAGRODZENIA

1. Zamawiający zgodnie z **pkt 13.4** IDW (opis sposobu obliczenia ceny) wskazał: „Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje. W Rozbiciu Ceny Ofertowej, zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję muszą być podane z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i muszą być różne od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów

wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO". Wypełnione RCO **należy zgodnie z pkt 15.1 lit. d) IDW załączyć do oferty.**

2. Zamawiający wymaga wypełnienia w RCO oprócz cen, także ilości sztuk. Wymaganie to jest bezpodstawne i nadmierne, ponieważ liczba sztuk będzie wynikać z prac projektowych, które są elementem przedmiotu zamówienia. Przedmiotem Zamówienia jest zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych oraz obiektach powiązanych technologicznie **w zakresie Przedmiotu Zamówienia (pkt. 2.1 IDW)**. Zatem na etapie składania ofert wykonawca nie wie, jakie powinien przyjąć ilości w ramach poszczególnych pozycji do wycenienia w RCO. Liczby te zostaną ustalone w wyniku projektowania. Natomiast ilości mogą się zmienić, co sygnalizuje szeroko Zamawiający np. **w cz. IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel)** w zakładce zasady wskazano: „RCO może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy.

Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń wynikająca z projektowania - bez zmiany ceny ofertowej.

Modyfikacje RCO mogą także oznaczać korekty ilości obiektów przewidzianych do instalacji na danej linii poprzez zmianę ilości obiektów pomiędzy liniami objętymi Przedmiotem Zamówienia.

Podobnie w cz. IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. I w pkt 1.1 wskazano: „RCO może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy. Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń w ramach stałej ceny ofertowej”.

3. Podsumowując, na etapie składania oferty, wykonawca nie ma możliwości podania liczby sztuk w sposób odpowiedzialny i rozsądny, ponieważ wymagałoby to wykonania czynności projektowania przed złożeniem oferty, co jest czasowo niemożliwe i kosztowne. Co niezmiernie istotne, złożone oferty będą nieporównywalne. W takiej sytuacji wygra oferta, która będzie zawierać niższą liczbę urządzeń - co też może być podstawą do nieuczciwych praktyk ze strony części wykonawców. Co więcej, jeśli wynagrodzenie globalne wykonawcy ma być kosztorysowe (ryczałtowe jedynie ceny jednostkowe), to narzucanie wymogu podania liczby sztuk jest pozbawione najmniejszego sensu, ponieważ i tak nie będą one finalnie stanowiły o wartości wynagrodzenia wykonawcy, lecz rzeczywiste ilości (obmiar), a jego jedynym wymiernym skutkiem będzie nieporównywalność ofert. Może się zatem okazać, że wygra oferta, która wcale nie jest najkorzystniejsza, tylko opiewa na mniejszą liczbę sztuk poszczególnych pozycji, zaś jej ceny jednostkowe są wyższe, niż w innych ofertach.

4. Podkreślił, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ (wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15).

W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownych zmian w treści części IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel) poprzez wskazanie w każdej pozycji liczby sztuk, które należy wycenić.

III. KARY UMOWNE

1. Odwołujący kwestionuje jako rażąco wygórowane następujące kary umowne zastrzeżone od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego w SubKLAUZULI 8.7 „Kary umowne” (str. 78 i następn.):

1) lit. a) (str. 78 WU): „za niewykonanie w terminie Etapu - w wysokości 1% wartości Robót objętych Etapem, ustalonej zgodnie z Harmonogramem Płatności, o czym mowa w SubKLAUZULI 14.4 Warunków Szczególnych, za każdy dzień zwłoki”;

2) lit. bb) (str. 80 WU): „w przypadku niedokonania Modyfikacji Oprogramowania Licencjonowanego, o której mowa w Wymaganiach Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 30 dni od daty ustalonej z Zamawiającym, Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;

3) lit. cc) (str. 80-81 WU): „w przypadku niedokonania aktualizacji Oprogramowania na Nową Wersję Oprogramowania (Upgrade), o której mowa w Wymaganiach Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 30 dni od daty ustalonej z Zamawiającym, Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;

4) lit. dd) (str. 81 WU): „w przypadku niedostarczenia Części Zamiennych zwymiarowanych według Wymagań Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy przed Odbiorem Końcowym Robót lub Odbiorem Końcowym Odcinka, Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia”;

5) lit. ee) (str. 81 WU): „w przypadku niedokonania przez Wykonawcę naprawy Urządzeń dla których Wykonawca nie przedstawił listy Części Zamiennych, zgodnie z Wymaganiach Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 1 dzień od zgłoszenia takiej potrzeby przez Zamawiającego, Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”;

Zamawiający zastrzegł także karę umową z tytułu odstąpienia od umowy w SubKLAUZULI 8.7 „Kary umowne” lit. n) (treść nadana w Warunkach Szczególnych, str. 79 WU): „z tytułu

odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w tym z przyczyn wskazanych w SubKLAUZULI 15.2 Warunków Szczególnych - w wysokości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej". Jednocześnie uprawnienie do odstąpienia od umowy, zgodnie z SubKLAUZULĄ 15.2 lit. k) i l) (treść nadana w Warunkach Szczególnych, str. 102 WU) z powodu niedotrzymania terminu reguluje zostało określone w następujący sposób:

k) w przypadku, gdy zwłoka Wykonawcy w realizacji danego Etapu ujętego w Harmonogramie rzeczowo-finansowym przekroczy 60 dni (czas zwłoki jest Uczony od czasu, jaki na realizację danego Etapu został przewidziany w Harmonogramie rzeczowo-finansowym);

l) w przypadku, gdy zwłoka Wykonawcy w zakresie terminu na ukończenie Kontraktu, wskazanego w Harmonogramie rzeczowo-finansowym, przekroczy 60 dni;

Maksymalna wysokość kar umownych naliczonych przez Zamawiającego wynosi 30% wartości umowy, co wynika z:

1) SubKLAUZULI 8.7 „Kary umowne” (treść nadana w Warunkach Szczególnych, str. 82 WU) - „Łączna suma naliczonych kar w niniejszej SubKLAUZULI nie przekroczy 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

2) SubKLAUZULI 15.2 (treść nadana w Warunkach Szczególnych, str. 104 WU) - „W razie odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego z przyczyn wymienionych w niniejszej SubKLAUZULI Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Karę umowną w wysokości 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej z tym zastrzeżeniem, że w przypadku gdy powodem odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego jest zdarzenie, które było jednocześnie podstawą do naliczenia Kary umownej Wykonawcy, łączna Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego i ta naliczona na podstawie postanowień SubKlauzuli 8.7 Warunków Szczególnych, nie może przekroczyć 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

3. Zauważył, że wysokość kar z tytułu odstąpienia od umowy jest bardzo wysoka. Rynkowym standardem jest poziom 15% - 20% wartości umowy.

4. Niezmiernie istotny jest zatem fakt, że w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, Zamawiający zastrzegł sobie karę umowną w wysokości 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, zaś odstąpienie od umowy może nastąpić w przypadku zwłoki w wykonaniu Etapu czy Kontraktu przekraczającej 60 dni. Zatem przy odstąpieniu od Kontraktu Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 30% - przy opóźnieniu przynajmniej 60-dniowym. Przy nakładaniu kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji Etapu II na podstawie SubKLAUZULI 8.7 „Kary umowne” lit. a) będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 30% już za ok. 33-dniową zwłokę. Należy bowiem zauważyć, że realizacja zamówienia podzielona jest na 3

etapy: Etap I - projektowanie, Etap II - realizacja, Etap III - szkolenie. Etap I i III prawdopodobnie nie przekroczą łącznie 1,0% wartości umowy (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (zgodnie z pkt. 13.5 IDW Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania PRAC PROJEKTOWYCH, nie może przekroczyć 7% ceny ofertowej za wykonanie całego kontraktu). Zatem ok. 90% wartości umowy będzie stanowił Etap II i to w szczególności w przypadku tego Etapu wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana. Zastosowanie najdalej idącej sankcji w postaci odstąpienia od umowy, które przecież możliwe byłoby do zastosowania w przypadku istotnych i zasadniczych uchybień po stronie wykonawcy (trzeba wziąć też pod uwagę inne przesłanki uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy), zagrożone jest karą umową w takiej samej wysokości co ok. 33-dniowa zwłoka w realizacji Etapu II. A i tak przecież wysokość kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy jest bardzo wysoka. Przy czym taki okres zwłoki nie jest niczym nadzwyczajnym w przypadku projektów o tak szerokim zakresie, zwłaszcza, że harmonogram w niniejszym zamówieniu będzie napięty.

5. Wysokość kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji Etapów jest wadliwa, ponieważ przy ponad 33-dniowej zwłoce w realizacji Etapu II wykonawca będzie zobligowany do zapłaty wyższej kwoty kary umownej, niż gdyby zaniechał realizacji zamówienia w ogóle. Otóż w przypadku rozliczenia np. 70% wynagrodzenia, jeśli pojawią się trudności w jego realizacji i nastąpi zwłoka, to w zasadzie kilkunastodniowa zwłoka spowoduje, że korzystniej będzie odstąpić od umowy, niż realizować zamówienie i otrzymać wynagrodzenie pomniejszone o wartość kar umownych. Jeśli po rozliczeniu 70% wynagrodzenia wystąpi 15-dniowa zwłoka, to Wykonawca otrzyma 15% wynagrodzenia z pozostałych 30%. Przy czym musi ponieść koszty realizacji pozostałego zakresu. W takiej sytuacji ok. 33-dniowa zwłoka powoduje, że wykonawca nie uzyska już żadnego wynagrodzenia i poniesie koszty realizacji pozostałego zakresu, co powoduje, że sensowniej będzie zaniechać jego dalszej realizacji.

6. Podobnie przy karach umownych zastrzeżonych w SubKLAUZULI 8.7 lit. bb - ee, wysokość kary umownej przysługującej za 60-dniową zwłokę w wykonaniu któregośkolwiek z obowiązków określonych w tych przesłankach lub łącznie 60-dniowa zwłoka w wykonaniu wszystkich lub niektórych z nich będzie równa wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Przy czym kary te naliczone są już po wykonaniu Etapów i dotyczą obowiązków o mniejszym ciężarze gatunkowym. Zamawiający dysponuje już odebrany i działającym przedmiotem zamówienia, zaś uchybienie obowiązkowi, których dotyczą przedmiotowe kary umowne nie ma decydującego znaczenia (a może nie mieć w ogóle) dla prawidłowego użytkowania przedmiotu zamówienia.

7. Wskazał, że kara umowna może być rażąco wygórowana już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo

zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

8. Wskazane powyżej kary umowne nie mają charakteru stymulującego, lecz służą uzyskiwaniu przychodów kosztem wykonawcy. Podstawową funkcją kar umownych jest kompensacja szkody, co oznacza, że instytucja ta powinna ułatwiać dochodzenie szkody, nie powinna natomiast stać się instrumentem osiągnięcia nieuzasadnionych zysków przez wierzyciela. Takie stanowisko zajął np. SA w Katowicach w wyroku z 20.08.2015 r. (sygn. akt. I ACa 315/15), gdzie jednoznacznie wskazano, że *„kara umowna nie może być źródłem przysporzeń pozostających w znacznej dysproporcji do poniesionej szkody, czy też szerzej rozumianych interesów wierzyciela”*. Podobnie, SA w Katowicach w wyroku z 28.09.2010 r. (sygn. akt. V ACa 267/10), gdzie również podkreślono, że kara umowna jako surogat odszkodowania, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

9. Postanowienia umowne dotyczące kary za odstąpienie od umowy stanowią odzwierciedlenie stanowiska Zamawiającego w zakresie szkody jaką by poniósł, w każdym przypadku, gdyby umowa nie została wykonana z winy wykonawcy. Dlatego są one niezwykle wartościowym punktem odniesienia do ustalenia, czy naliczona kara umowa z tytułu niewykonania umowy w terminie jest rażąco wysoka. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok SN z 29.11.2013, I CSK 124/13: *„Zważyć bowiem należy, na co słusznie zwraca uwagę skarżąca nas. 15 skargi kasacyjnej, że strony zastrzegły w § 6 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 1 umowy karę umowną, na wypadek odstąpienia przez powódkę od umowy, w wysokości stanowiącej jedynie połowę wysokości kwoty kary umownej naliczonej na podstawie § 6 ust. 3 z tytułu przekroczenia terminu dostawy. W tej sytuacji żądanie zapłaty kary umownej za nienależyte wykonanie przez dostawcę umowy w postaci uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego w wysokości znacznie przewyższającej wysokość kary zastrzeżonej za odstąpienie przez tegoż dostawcę od umowy, może być potraktowana jako żądanie zapłaty karu umownej rażąco wygórowanej. Wykładnia art. 484 § 2 k.c. uzasadnia stwierdzenie, że ocena wystąpienia przesłanki miarkowania kary umownej w postaci jej rażącego wygórowania powinna uwzględniać relację między wysokością kary zastrzeżonej z tytułu uchybienia terminowi spełnienia świadczenia niepieniężnego, a wysokością kary umownej zastrzeżonej w tej samej umowie na wypadek odstąpienia od umowy”*.

10. Biorąc pod uwagę fakt, że katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej na tej podstawie nie jest zamknięty i nie istnieje legalna definicja pojęcia rażąco wygórowanej kary umownej, judykatura wypracowała katalog mierników, które należy brać pod uwagę w dokonywaniu oceny w tym przedmiocie. Za takie mierniki przyjmuje się m.in.:

- 1) stosunek pomiędzy wartością kary umownej a wartością całego zobowiązania (tak np. wyrok SA w Krakowie z 16.01.2013 r., sygn. akt I ACa 1309/12),
- 2) okres opóźnienia w relacji do zaplanowanego czasu trwania umowy,
- 3) charakter negatywnych skutków dla drugiej strony.

W ocenie Odwołującego kara umowna w wysokości 30% wartości wynagrodzenia umownego za 30-dniową zwłokę w sytuacji, gdy w przypadku odstąpienia od umowy z powodu przynajmniej 60 dniowej zwłoki wynosi także 30% jest rażąco wygórowana. Podobnie kara umowna za w wysokości 30% wartości wynagrodzenia umownego za 60-dniową zwłokę w realizacji obowiązków wskazanych w SubKLAUZULI 8.7 lit. bb) - ee). Sam Zamawiający wycenił szkodę przy odstąpieniu od umowy - czyli przypadkach szczególnych na 30% wartości umowy. Ponadto, kara umowna w tej wysokości stanowi prawie aż 1/3 wynagrodzenia wykonawcy. Zwłoka 30 dniowa w realizacji Etapu stanowi zaś 1/30 terminu realizacji zamówienia. Zgodnie z § 2 Aktu umowy: *„Wykonawca niniejszym zobowiązuje się, że zaprojektuje i wykona Roboty nie później niż w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Warunków Szczególnych. W okresie tym Wykonawca zakończy wszystkie prace budowlane oraz dostawy Materiałów i Urządzeń, jak również uruchomienie wszystkich Urządzeń oraz Oprogramowania, łącznie z przeprowadzeniem wymaganych testów oraz szkoleń”*. Zatem za zwłokę wynoszącą 1/30 okresu realizacji zamówienia wykonawca otrzyma karę umową w wysokości 1/3 wynagrodzenia. Taka wartość nie przystaje do standardów rynkowych i godzi w powszechne poczucie sprawiedliwości.

11. Wskazał, wartość szacunkowa zamówienia (sekcja II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu wynosi): 158.905.469,06 zł, co po doliczeniu podatku VAT daje kwotę: 195.453.726,94 zł. Wartość kary umownej przy 30-dniowej zwłoce w realizacji Etapu lub 60-dniowej w przypadku pozostałych wskazanych obowiązków wyniesie zatem: 58.636,118,08 zł. To powoduje olbrzymie ryzyko realizacji zamówienia i zwłoka w takim wymiarze (co można stwierdzić jest sytuacja częstą przy tak dużych projektach) pozbawia wykonawcę nie tylko zysku, ale będzie generować także stratę (jej wielkość zależy od wielkości marży przyjętej przez danego wykonawcę).

12. Ostatni z mierników, wymaga szerszego komentarza, z tego względu, iż kwestia wystąpienia szkody i jej wysokości, wielokrotnie rozpatrywana była w orzecznictwie jako podstawowe kryterium pozwalające stwierdzić rażąco wygórowany charakter kary umownej. W dominującej części orzecznictwa wskazuje się, że możliwość dochodzenia kary umownej nie jest wprawdzie uzależniona od wystąpienia szkody związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, jednakże ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (tak np. SA w Białymstoku

w wyroku z 18.03.2013 r. - sygn. akt I ACa 872/12). Istnieje też stanowisko dalej idące, które w ogóle wyłącza możliwość naliczenia kar umownych w razie braku wystąpienia szkody. Jak wskazał przykładowo SA w Katowicach w wyroku z 20.03.2013 r. sygn. akt ACa 132/13: *„Roszczenie o zapłatę kary umownej nie aktualizuje się w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jeżeli jednocześnie nie powstanie szkoda. Przepis art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mówi, że kara umowna stanowi formę naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Kara umowna jest zryczałtowanym odszkodowaniem ex contractu, co ma ten skutek, że przesłanki jej wymagalności określają ogólne przesłanki kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Co za tym idzie, brak szkody, nawet jeśli nie jest uznawany za podstawę do odstąpienia od dochodzenia kary umownej, niewątpliwie powinien być wzięty pod uwagę przy określaniu jej wysokości. Jest to bowiem taki element, który bez względu na przyjętą koncepcję, uznawany jest za istotną okoliczność w kontekście sporów dotyczących naliczanych kar umownych”.*

13. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony [...]. Zgodnie z wyrokiem SN z 08.05.2014 r. (V CSK 322/13) odwołanie się do zasad współzycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa, a przez zasady współzycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania. Jak wskazał SN w wyroku z 24.04.2014 r. (III CSK 178/13) dla stwierdzenia sprzeczności danego zachowania z zasadami współzycia społecznego znaczenie ma nie tylko treść, ale i zamierzony cel stron, motywy działania danej strony, które mogą świadczyć o braku poszanowania dla interesów partnera, naruszeniu zasad uczciwego obrotu rzetelnego postępowania, lojalności i zaufaniu w stosunkach kontraktowych (wyrok KIO z 18.05.2015 r., KIO 897/15), Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka

gospodarczego na wykonawcę. Warto także wziąć pod uwagę pogląd wygłoszony w wyroku SN z 14.01.2016, sygn. akt IV CSK 223/15: „*Obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz godzenia się na krótki termin wykonania obiektu proponowany przez inwestora i wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy*”.

W związku z tym, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownych zmian w treści SubKLAUZULI 8.7 WU poprzez:

- 1) zmianę kary umownej pod lit. a) z tytułu zwłoki w wykonaniu Etapu z 1% na 0,25% wartości Robót objętych Etapem za każdy dzień zwłoki;
- 2) zmianę kary umownej pod lit. bb) - ee) z 0,5% na 0,1% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zamawiający w dniu 01.02.2019 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.02.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o.

W dniu 04.02.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) PKP TELKOL Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: PKP TELKOL Sp. z o.o.

W dniu 13.02.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołań wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie obu odwołań. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję.

(1) W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że powyższy zarzut należy ocenić jako chybiony.

(2) Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zgodnie z wyrokiem SN z 20.11.1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97). ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Powyższe stanowisko potwierdza szereg wyroków KIO: Jak już wskazano powyżej ryczałtowy charakter wynagrodzenia daje zamawiającemu pewien margines niedookreślenia przedmiotu zamówienia, gdyż płatne jest ono za osiągnięcie określonego rezultatu, nie zaś wyłącznie za realizację zamkniętego katalogu czynności. Zgodnie z brzmieniem art. 632 § 1 k.c. wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko wynikające z tego, że rozmiar i koszt prac może być większy niż wynikający z dokumentacji projektowej i ryzyko to winien uwzględnić w cenie oferty. Trafność wyszacowanie tego ryzyka, ocena rozmiaru prac zależy w ocenie Izby przede wszystkim od profesjonalizmu wykonawcy, którego zamawiający ma słusze prawo oczekiwać. (wyrok KIO z 05.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1101/16). Istota wynagrodzenia ryczałtowego polega m.in. na tym, że wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu. (wyrok KIO z 19.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1626/16). Istotą wynagrodzenia ryczałtowego nie jest jedynie jego niezmiennosc i brak możliwości rozliczenia powykonawczego, gdyż te dwa elementy nie stanowią cech charakterystycznych dla ryczałtu. Zasadniczym elementem mającym wpływ na rodzaj wynagrodzenia ma rozkład ryzyka za identyfikację przedmiotu zamówienia oraz

obliczenie wynagrodzenia, jak również konsekwencje tego ryzyka na etapie realizacji przedmiotu umowy. Tym samym wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac, stanowiący zazwyczaj jego ogólną charakterystykę, winien w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego dokonać analizy tego zakresu, i przy przewidzeniu wszelkich możliwych ryzyk określić swoje całkowite wynagrodzenie ponosząc całkowitą odpowiedzialność za poprawność wyceny i prawidłowość identyfikacji przedmiotu zamówienia. Art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny stanowi bowiem, iż 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. (wyrok KIO z 13.05.2013 r., sygn. akt: KIO 973/13)

(3) Zamawiający wyraźnie wskazał w pkt. 13.6 Tomu I IDW, że *„ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej, powiększona o podatek VAT.”* Co więcej, w piśmie z 13.02.2019 r., Zamawiający dokonał modyfikacji Tomu II SIWZ (WU) i określił, iż *„Zaakceptowana Kwota Kontraktowa oznacza Cenę Oferty netto, po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych lub innych omyłek zgodnie z u.p.z.p., wyrażoną w Walucie Miejskowej rozumianej jako złoty polski, powiększoną o należny podatek od towarów i usług VAT, zawartą w Kontrakcie, za zaprojektowanie i wykonanie Dokumentów Wykonawcy i Robót a także usunięcie wszelkich wad i usterek.”*

(4) Natomiast zgodnie z informacjami zawartymi w Tomie IV RCO cz. 1 pkt. 1 Informacje ogólne, płatności wszystkich pozycji będą dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej. Opisu pozycji podane w Rozbiciu Ceny Ofertowej, nie będą uznane za ograniczające obowiązki Wykonawcy wynikające z Przedmiotu Zamówienia na wykonanie. Wszystkie pozycje będą wycenione w PLN.

(5) Ponadto Zamawiający wskazał, że *„RCO może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy. Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń w ramach stałej ceny ofertowej. Modyfikacje RCO mogą także oznaczać korekty ilości obiektów przewidzianych do instalacji na danej linii poprzez zmianę ilości obiektów pomiędzy liniami objętymi Przedmiotem Zamówienia.”*

(6) Zatem, z zapisu *„Cena ofertowa = suma cen Etapów ilościowych I, II, III”* wynika jednoznacznie, że każdy Etap, ze wskazaniem jego ilościowego zakresu, składa się na cenę ofertową.

(7) Nie można zatem przyznać racji Odwołującemu, który wskazuje, że Zamawiający być może rozumie przez *„cenę ofertową”* ceny za poszczególne pozycje RCO. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że ceną ofertową jest suma cen poszczególnych Etapów. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń wynikającą

z projektowania bez zmiany ceny ofertowej. Należy zaznaczyć, że przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie jest stałe, a wszelkie kalkulacje mają jedynie charakter pomocniczy, służą jako narzędzie skalkulowania ceny oferty i dają zamawiającemu możliwość zapoznania się ze sposobem tej kalkulacji. Zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawców złożenia wyceny zawierającej łącznie wszystkie wyszczególnione elementy.

(8) Jedynie na marginesie należy wskazać, że wynagrodzenie kosztorysowe ze swej istoty polega na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy, a rozliczanie prac odbywa się według faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy.

(9) Biorąc pod uwagę powyższe - zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 353¹ i art. 5 kc w zw. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku ustalenia ilości sztuk do wycenienia w Rozbiciu Ceny Ofertowej, podczas, gdy to Zamawiający powinien podać te ilości.

(10) Zamawiający wskazuje, że pismem z 13.02.2019 r. dokonał modyfikacji w arkuszu Rozbicie Ceny Ofertowej. W karcie „Etap 1 Dokumentacja projektowa” nastąpiła zmiana ceny, która w obecnym brzmieniu oznacza cenę za komplet. Zatem Zamawiający chcąc wyjść naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego zrezygnował z pierwotnie umieszczonej ceny jako „cena za szt. x ilość szt.”. W karcie „Etap 2 - instalacja systemów wg obiektów” Zamawiający uogólnił zakres systemów oraz urządzeń instalowanych na obiektach oraz zrezygnował z pojęcia ceny jako „cena za szt. x ilość szt.” wraz z podaniem ilości sztuk i zastąpił przedmiotowe postanowienia wymogiem wskazania ilości kompletów oraz definicją ceny jako ceny za komplet pomnożonej przez ilość kompletów.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 353¹ kc w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, a także art. 5 kc, art. 471 kc, art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc ze względu na zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych, co prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy.

(11) W pierwszej kolejności PKP PLK podnosi, że pismem z 13.02.2019 r. Zamawiający dokonał częściowej modyfikacji SIWZ w zakresie Subklauzuli 8.7 Warunków Szczególnych Umowy: (i) poprzez zmniejszenie wysokości dochodzonych kar umownych - w przypadku

niektórych kar umownych oraz (ii) poprzez zmianę przyjętej zasady zapłaty kary umownej za "opóźnienia" na "zwłokę".

(12) Odwołujący podnosił, iż wysokość zastrzeżonych przez Zamawiającego kar umownych wysokość poniesionej szkody. Zamawiający podnosi, iż w przypadku kar umownych, ich wysokość nie musi odzwierciedlać faktycznie ponoszonej przez Zamawiającego szkody lecz kara umowna powinna spełniać funkcję prewencyjną, mobilizującą Wykonawcę do prawidłowej i terminowej realizacji umowy. Przywołał przykładowo wyrok KIO z 10.10.2018 r.

(13) Nadto, wyrok z 22.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1431/08).

(14) Wskazał też na wyrok z 28.04.2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 469/09).

(15) Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 kc należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp. (wyrok SA w Szczecinie z 24.04.2014 r., I ACa 26/14).

(16) Przytoczył wyrok z 11.11.2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 779/08).

(17) Mając powyższe na względzie, Zamawiający stoi na stanowisku, iż stypizowane w literach a), bb), cc), dd) oraz ee) Subklauzuli 8.7 Warunków Szczególnych przypadki naliczania kar umownych są jasne i nie powinny budzić wątpliwości profesjonalnego wykonawcy. Zamawiający wskazuje enumeratywnie okoliczności, w jakich kary umowne będą naliczane jednocześnie wskazując ich wysokość oraz określa, iż będą one naliczane wyłącznie w przypadku zwłoki Wykonawcy.

(18) W ocenie Zamawiającego niezasadne są podnoszone w pkt 4 odwołania (st. 7) zarzuty dotyczące wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji poszczególnych Etapów, w tym w szczególności Etapu I Wykonawca wskazuje, iż wartość robót objętych tym etapem nie może przekroczyć 90% wartości wynagrodzenia Wykonawcy co zaś skutkuje, iż wynagrodzenie za Etap II stanowić będzie znaczną część wynagrodzenia Wykonawcy a zatem kara umowna za jeden dzień zwłoki będzie prawie równa 1% wartości łącznego wynagrodzenia Wykonawcy.

(19) W tym miejscu Zamawiający podnosi, iż zgodnie z Rozdz. 3.3.8. Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający przewidział czternaście Etapów realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zapisami Subklauzuli 8.7 lit. a) kara umowna będzie naliczana „w wysokości 1% wartości Robót objętych Etapem, ustalonej zgodnie z Harmonogramem Płatności”. Tym samym, w Harmonogramie Płatności zostanie określona wartość robót objętych Etapem wynikającym z OPZ (rozdz. 3.3.8) i od tej wartości będą naliczane kary umowne nie zaś od wartości wskazanych dla etapów określonych w RCO.

(20) Mając powyższe na względzie chybione są rozważania Odwołującego, zgodnie z którymi wysokość kary umowną za 33-dniową zwłokę będzie równa wysokości kary umownej z tytułu odstąpienia.

(21) Odnosząc się do pkt 6, str. 10 odwołania, wskazać należy, iż Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Wykonawcy dotyczącym kar umownych określonych w literach od bb) do ee) Subklauzuli 8.7 Warunków Szczególnych, iż *„kary te naliczane są już po wykonaniu Etapów i dotyczą obowiązków o mniejszym ciężarze gatunkowym. Zamawiający dysponuje już odebrany i działającym przedmiotem zamówienia, zaś uchybienie obowiązkom, których dotyczą przedmiotowe kary umowne nie ma decydującego znaczenia (a może nie mieć w ogóle) dla prawidłowego użytkowania systemu.”*

(22) Zamawiający nie zgadza się z przyjętą przez Wykonawcę argumentacją, iż zobowiązania te są mniej znaczące dla Zamawiającego, gdyż dysponuje on działającym przedmiotem zamówienia. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Usługa Modyfikacji Oprogramowania Licencjonowanego (której dotyczy kara umowna określona w lit. bb) opisana została w Rozdz. 6.4.5, 6.4.6 oraz 6.4.7 OPZ. Jak zaś wskazuje punkt 1 Rozdziału 6.4.5 OPZ Modyfikacja Oprogramowania licencjonowanego będzie miała miejsce w przypadku usuwania błędów Oprogramowania Licencjonowanego.

(23) Co więcej, skarżona kara umowna będzie naliczana dopiero w sytuacji, gdy Wykonawca pozostawał będzie w zwłoce o więcej niż 30 dni, bowiem zapis umowy brzmi, iż *„w przypadku niedokonania Modyfikacji Oprogramowania Licencjonowanego, o której mowa w Wymaganiach Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 30 dni od daty ustalonej z Zamawiającym, Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 0,5% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”*.

(24) Odnosząc się zaś do kary umownej określonej w lit. cc) Subklauzuli 8.7 wskazać należy, iż zgodnie z Rozdz. 6.4.8 pkt 2) *„Wprowadzenie Nowych Wersji Oprogramowania Licencjonowanego odbywać się będzie w sposób oraz w terminie ustalonym z Zamawiającym”* zaś kara umowna naliczana będzie, analogicznie jak w przypadku kary zastrzeżonej w lit. bb), jeżeli Wykonawca będzie w zwłoce o więcej niż 30 dni. Tym samym, Wykonawca będzie miał wpływ na termin realizacji tego zobowiązania.

(25) Biorąc pod uwagę powyższe - zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem PKP PLK nie naruszyła żadnego przepisu prawa - przewidując w wzorze umowy w sprawie Zamówienia publicznego, że będzie miała możliwość dochodzenia odszkodowania wyższego niż zastrzeżone kary umowne. Ponadto, poziom (wysokość) wielu kar umownych został obniżony przez PKP PLK, oraz dokonano zmiany przyjętej zasady zapłaty kary umownej za *„opóźnienia”* na *„zwłokę”*.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia oraz postanowień umowy.

(26) Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca nie sprecyzował na czym polegałoby wskazane przez niego naruszenie z tego względu nie ma możliwości odniesienia się do niego.

(27) Przywołał wyrok z 11.04.2013 r., KIO 589/13.

W dniu 14.02.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 04.02.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron. Zostało ono następnie odroczone do dnia 19.02.2019 r.

W dniu 19.02.2019 r. wznowiono odroczone posiedzenie niejawnie z udziałem stron. Odwołujący podczas posiedzenia wnosił o zadanie pytania Zamawiającemu, od udzielonej odpowiedzi uzależniając ewentualne wycofanie odwołania. Stwierdził, iż oczekiwałby, aby Zamawiający oświadczył do protokołu, jaki charakter ma zaakceptowana kwota kontraktowa.

Zamawiający stwierdził w odpowiedzi po pierwsze, że podtrzymuje w całości pisemną odpowiedź na odwołanie i stanowisko wyrażone odnośnie subklauzuli 14.1. Wskazał, iż cena wskazana w tej subklauzuli ma charakter ryczałtowy, przy czym ostatnie zdanie z tej subklauzuli dopuszcza rozliczenie obmiarowe w sytuacjach przewidzianych kontraktem. Zamawiający oświadczył, iż ta subklauzula nie była zmieniana i odnosi się do jej pierwotnej treści. Zmiana dotyczyła jedynie zaakceptowanej definicji kwoty kontraktowej.

Odwołujący z kolei prosił o przytoczenie owego zdania mówiącego o możliwości obmiarowania. Zamawiający w tym zakresie wskazał na zdanie ze str. 91 Warunków Szczególnych, ostatnie zdanie z subklauzuli 14.1 rozpoczynające się od słów: *„Jednakże jeśli jakakolwiek część robót ma być płatna stosownie do dostarczonej ilości lub zrobionej pracy, to postanowienia dotyczące obmiaru i wyceny będą takie jak podano w warunkach szczegółowych”*. Odpowiednio do tego będzie określona cena kontraktowa z uwzględnieniem korekt dokonanych zgodnie z kontraktem.

Odwołujący po uzyskanej odpowiedzi na pytanie i uwzględniając także wyjaśnienie Zamawiającego podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutu 1, 2 i 4, jednocześnie wycofał zarzut 3 dotyczący kar umownych. W tym ostatnim wypadku powyższe wynikało także z modyfikacji SIWZ w zakresie kar umownych dokonanych przez Zamawiającego tak 13.02.2019 r., jak i 18.02.2019 r.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności, że odwołanie dotyczy postanowień SIWZ.

Skład orzekający Izby, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD, tj. z: postanowień SIWZ w zakresie cz. II Warunki Umowy, cz. III Opis Przedmiotu Zamówienia oraz cz. IV Rozbicie Ceny Ofertowej. Ze zmiany postanowień SIWZ z 13.02.2019 r. - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel) – Etap I /wykonanie Dokumentacji projektowej/ oraz Etap II /instalacja systemów wg. obiektów/ i /instalacja obiektów wspólnych/. Zmiany SIWZ z 18.02.2019 r. – ujednoczenie m.in. treści cz. IV SIWZ – RCO cz. 1 i cz. 2 (plik w formacie Exel). Uporządkowania RCO cz. 2 (plik w formacie Exel) dla Fazy 1 /wykonanie Dokumentacji projektowej/, Fazy 2a /instalacja systemów wg. obiektów/ i Fazy 2b /instalacja obiektów wspólnych/, Faza 3 /Szkolenia/.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego założone na rozprawie przez Odwołującego:

- a) zestawienie przetargów prowadzonych przez PKP PLK oraz brzmienie w tych przetargach subklauzuli 14.1;
- b) specyfikacje i RCO z następujących przetargów, jak również warunki umowy:
 - b-1) nr ref. 6060ICZ3000008/14/P Warszawa 2015;
 - b-2) nr ref. Ireza 1M-216-1/19;
 - b-3) Szczecin 2018 Port Centralny;
 - b-4) nr ref. Ireza 5I-216-01/19 Poznań 2019.

Odwołujący złożył także na rozprawie dla celów poglądowych wyciąg z FIDIC-a na warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla robót elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części zarzutów.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt 12) oraz pkt 16) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zaniechanie zawarcia w treści SIWZ precyzyjnych i jednoznacznych informacji odnoszących się do sposobu obliczenia ceny ofertowej i zasad wynagradzania wykonawcy, co utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 353¹ i art. 5 kc w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 12) Pzp przez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów przez określanie warunków umowy w sposób sprzeczny z zasadą równości i zasadą uczciwej konkurencji, obciążenie wykonawcy nadmiernymi obowiązkami i ryzykiem poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku ustalenia ilości sztuk do wycenienia w Rozbiciu Ceny Ofertowej, podczas, gdy to Zamawiający powinien podać te ilości;
- 3) art. 353¹ kc w zw. z art. 7 w zw. z art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, a także art. 5 kc, art. 471 kc, art. 483 § 1 kc w zw. z art. 484 § 2 kc ze względu na zastrzeżenie kar umownych rażąco wygórowanych, co prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez nieprecyzyjne i naruszające przepisy określenie przedmiotu zamówienia oraz postanowień umowy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut 3 (trzeci), a podtrzymał zarzut 1 (pierwszy), 2 (drugi) oraz 4 (czwarty). Następnie konieczne jest przywołanie stanu faktycznego wynikającego z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Istotne są także modyfikacje SIWZ z 13.02.2019 r. (zacytowane powyżej w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego) oraz z 18.02.2019 r. (odnośnie kar

umownych, ale i definicji kompletu). Zwłaszcza w zakresie zmiany postanowień SIWZ z 13.02.2019 r. w kontekście zmiany ilości „sztuk” na „komplet” w ramach w cz. IV SIWZ - Rozbicie Ceny ofertowej (RCO) cz. II (plik w formacie Exel) – Etap I /wykonanie Dokumentacji projektowej/ oraz Etap II /instalacja systemów wg. obiektów/ i /instalacja obiektów wspólnych/. Nadto, wobec zmiany SIWZ z 18.02.2019 r. – ujednoczenie m.in. treści cz. IV SIWZ – RCO cz. 1 i cz. 2 (plik w formacie Exel). Uporządkowania RCO cz. 2 (plik w formacie Exel) dla Fazy 1 /wykonanie Dokumentacji projektowej/, Fazy 2a /instalacja systemów wg. obiektów/ i Fazy 2b /instalacja obiektów wspólnych/, Faza 3 /Szkolenia/. Dodanie definicji kompletu dla Fazy 1 (komplet oznacza wykonanie wszystkich czynności, o których mowa w pkt 4 OPZ) oraz definicja dla Fazy 2a i 2b (przez komplet należy rozumieć wykonanie wszystkich czynności związanych z instalacją danego systemu włącznie z wykonaniem zasilania i dostawą wszystkich podzespołów dla każdego obiektu).

W ramach pkt 4 OPZ - znajdują się następujące elementy: 4. DOKUMENTACJA PROJEKTOWA, 4.1 Koncepcja projektowa, 4.2 Aktualizacja map dla celów projektowych, 4.3 Projekt budowlany, 4.4 Projekty wykonawcze, 4.5 Dokumentacja Powykonawcza, 4.6 Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, 4.7 Wymagania w zakresie formy dokumentacji projektowej, 4.8 Operat kolaudacyjny, 4.9 Opracowanie wizualizacji i wykonanie zdjęć dokumentujących sytuację wyjściową na terenie inwestycji dla potrzeb promocji projektu, 4.10 Roboty budowlane i prace instalacyjne, 4.11 Zakres zabudowy , 4.11.1 Stanowiska Oglądowo-Administracyjne (SOA), 4.11.2 Centra Przetwarzania Danych (CPD), 4.11.3 Budowle i obiekty obsługi podróżnych, 4.11.3.1 Wytyczne ogólne, 4.11.3.2 Perony i drogi dojścia, 4.11.3.3 Budynki służące prowadzeniu ruchu kolejowego, 4.11.3.4 Komendy i posterunki Straży Ochrony Kolei (SOK), 4.11.3.5 Telekomunikacja, 4.11.3.6 Gotowość obiektów obsługi pasażerskiej, 4.11.3.7 Fundamenty, 4.11.3.8 Konstrukcje wsporcze, 4.11.3.9 Systemy nadrzędne (obiekty zaplecza technicznego), 4.11.3.10 Wymagania dotyczące pracy urządzeń, 4.11.3.11 Wymagania elektryczne, 4.11.3.12 Wymagania w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej, 4.11.3.13 Wymagania w zakresie odporności na wibracje i udary mechaniczne, 4.11.3.14 Wymagania dla urządzeń wewnętrznych, 4.11.3.15 Elektroenergetyka nietrakcyjna, 4.11.3.16 Wymagania w zakresie gospodarki odpadami, 4.11.3.17 Kolidzje z sieciami zewnętrznymi, 4.11.3.18 Inne Roboty.

Jednocześnie w ramach poszczególnych pozycji dla RCO cz. 2 (plik w formacie Exel) dla Fazy 2a /instalacja systemów wg. obiektów/ znajduje się odesłanie – zgodnie z instrukcją IPI – 4 /Wytyczne dotyczące projektowania i budowy Systemów Monitoringu Wizyjnego (SMW) na obiektach obsługi pasażerskiej Ipi-4/ lub IPI – 6 / Wytyczne w sprawie elementów wykonawczych Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i infrastruktury towarzyszącej Ipi-6/. W pierwszym z nich znajdują się m.in. Kryteria kategoryzacji stacji

i przystanków osobowych w zarządzie PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. wraz z zakresem instalacji systemów. W drugim z kolei m.in. - Architekturę Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, czy też Kategorie stacji pasażerskich PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., Kategorie dworców kolejowych, Wyposażenie stacji pasażerskich PKP Polskich Linii Kolejowych S.A., jak i Wyposażenie dworców.

W ramach cz. II Warunków Umowy – Warunku Szczególne - KLAUZULA 14 CENA KONTRAKTOWA I PŁATNOŚĆ, SubKLAUZULA 14.1 CENA KONTRAKTOWA Zamawiający nadał jej następującą treść: „Jeżeli nie jest podane inaczej w Kontrakcie, to:

(a) Zaakceptowana Kwota Kontraktowa będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem;
(b) Wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według Kontraktu, a Zaakceptowana Kwota Kontraktowa nie będzie korygowana ze względu na jakikolwiek z tych kosztów;

(c) jakiegokolwiek ilości, które mogą być umieszczone w jakimś Wykazie, są ilościami szacunkowymi i nie mają być brane za faktyczne i poprawne ilości Robót, których realizacji wymaga się od Wykonawcy; oraz

(d) jakiegokolwiek dane dotyczące ilości lub cen, umieszczone w jakimś Wykazie, będą używane do celów podanych w tym Wykazie.

Jednakże, jeśli jakakolwiek część Robót ma być płatna stosownie do dostarczonej ilości lub zrobionej pracy, to postanowienia dotyczące obmiaru i wyceny będą takie, jak podano w Warunkach Szczegółowych. Odpowiednio do tego będzie określona Cena Kontraktowa, z uwzględnieniem korekt dokonanych zgodnie z Kontraktem.” (str. 90-91); Zamawiający w ramach niniejszej subklauzli względem jej pierwotnego brzmienia z FIDIC-a usunął słowo „zryczałtowaną”.

SubKLAUZULA 14.3 WYSTĘPOWANIE O PRZEJŚCIOWE ŚWIADECTWO PŁATNOŚCI zawiera m.in.:

„(g) W celu występowania o Przejściowe Świadectwa Płatności:

i) Wykonawca będzie na bieżąco (co najmniej raz w tygodniu) wprowadzał do SIRM aktualne dane dotyczące postępu rzeczowego oraz Podwykonawców każdej z części Robót wraz z wymaganymi załącznikami (szkice, plany, obliczenia, oświadczenia, zgody itp.), tworząc karty obmiaru wykonania Robót,

ii) Inżynier na bieżąco będzie zatwierdzał karty obmiaru wykonania Robót wprowadzone do SIRM przez Wykonawcę. (..)” (str. 95).

SubKLAUZULA 14.6 WYSTAWIANIE PRZEJŚCIOWYCH ŚWIADECTW PŁATNOŚCI zawiera z kolei m.in.: „Płatności będą dokonywane w następujący sposób: (...)

(b) tam, gdzie pozycja w Rozbiciu Ceny Ofertowej jest wyceniona "za jednostkę", płatność będzie dokonana po wykonaniu każdej jednostki lub kilku jednostek zależnie od wystąpienia Wykonawcy, a w przypadku zagregowanej pozycji będzie miała zastosowanie SubKLAUZULA 14.1 (d) Warunków Szczególnych." (str. 96).

Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania kolejnych zarzutów w zakresie podtrzymanym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału, Izba stwierdziła co następuje.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W zakresie przedmiotowego zarzutu zostało generalnie podzielone stanowisko Zamawiającego z rozprawy.

Niewątpliwie Odwołujący wbrew wnioskowi zawartym w odwołaniu w zakresie przedmiotowego zarzutu ma wiedzę jaki charakter ma cena globalna, cena jednostkowa i cena za daną pozycję. Nie ma bowiem de facto sporu co do tego, że mają one charakter ryczałtowy. Powyższe niewątpliwie także znajduje swoje potwierdzenie w dokonanej przez Zamawiającego zmianie postanowień SIWZ w RCO (plik w formacie Exel) z 13.02.2019 r. w kontekście zmiany ilości „sztuk” na „komplet”, gdyż zastosowanie kompletu jednoznacznie wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Podobnie w związku z dodaniem definicji kompletu przy zmianie z 18.02.2019 r. W rezultacie sposób wyceny jest znany Odwołującemu.

Oдноśnie zaś, samej subklauzli 14. 1 Warunków Szczególnych to zasadnie Zamawiający wskazywał, że ostatnie zdanie tej subklauzli jest w swej treści powtórzeniem za jej brzmieniem wynikającym z warunków FIDIC (usunięcie słowa: „zryczałtowaną” nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie).

Oдноśnie zaś kwestii płatności Zamawiający podnosił, że ostatnie zdanie subklauzli 14. 1 należy rozpatrywać w kontekście subklauzli 14. 3 lit. g i) oraz ii) Warunków Szczególnych, jak i subklauzli 14.6 lit. b) Warunków Szczególnych. Zwracając uwagę na znajdujące się w tej ostatniej odesłanie do subklauzli 14. 1 lit. d Warunków Szczególnych. Ta zaś dotyczy ilości lub ceny umieszczonej w jakimś wykazie, które będą używane do celów podanych w tym wykazie. Co było podnoszone, jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, w kontekście zmiany dokonanej z ilości sztuk na komplet. Wyjaśniał, że należy wyliczyć w ramach kompletu odpowiednią ilość np. wyświetlaczy biorąc pod uwagę funkcjonalne zastosowanie dla przedmiotu zamówienia. W tym zakresie należy niewątpliwie dokonać

powyższego uwzględniając instrukcja z IPI – 4 /Wytyczne dotyczące projektowania i budowy Systemów Monitoringu Wizyjnego (SMW) na obiektach obsługi pasażerskiej Ipi-4/ lub IPI – 6 /Wytyczne w sprawie elementów wykonawczych Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i infrastruktury towarzyszącej Ipi-6/.

Zamawiający wyjaśniał także na rozprawie, iż faktyczna ilość może ulec zmianie, lecz w ramach danego kompletu, który będzie jednym kompletem.

W rezultacie, Zamawiający podnosił, do czego Izba się przychyliła, że mimo iż w przywołanych subklauzlach jest mowa o obmiarach, to z uwagi na treści subklauzli 14. 1 lit. d) Warunków Szczególnych rozliczenie będzie miało miejsce na gruncie tego postępowania z uwagi na zastosowanie kompletów w RCO poprzez dostarczenie i instalacje kompletów, czyli rozliczenie ma charakter rozliczenia ryczałtowego częściowego dla poszczególnych kompletów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego. W zakresie przedmiotowego zarzutu, Izba uznała jego zasadność i przychyliła się do wniosku Odwołującego w tym zakresie.

Wymaga podkreślenia, że Izba jest świadoma argumentacji Zamawiającego przedstawionej na rozprawie oraz przedstawionych motywów jego działania w zakresie braku wskazania liczby sztuk, które należy wycenić, a po zmianie SIWZ z 13.02.2019 r. i 18.02.2019 r. liczby kompletów. Niewątpliwe oczekiwania Zamawiającego, co do otrzymania określonego nowoczesnego systemu są jak najbardziej zasadne. Podobnie odnośnie tego, że to dany Wykonawca w ramach prac projektowych de facto określi co będzie składało się i zostanie zaoferowane w ramach danego kompletu. Jednakże, Izba dostrzega problem związany z porównywalności złożonych ofert i niebezpieczeństwem wyceny złożonych ofert w sposób który może przybrać w skrajnym przypadku nawet formę ceny rażąco niskiej. Zatem trudno podzielić stanowisko o prawidłowym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, kiedy istnieje znaczące ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, którego nie wyeliminowała zmiana treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który konstruuje opis przedmiotu zamówienia, jednakże nie można zapomnieć, że obowiązkiem Zamawiającego jest również takie ukształtowanie warunków zamówienia, które wypełnia wszystkie wymogi wskazane w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Trudno zaś podzielić argumentację o wyczerpującym i jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, uwzględniający wszystkie okoliczności istotne dla złożenia oferty, kiedy dokumentacja pozwala na różną wycenę i oszacowanie ryzyka, co wykazał Odwołujący. Niewątpliwie powoduje to również brak możliwości złożenia ofert w warunkach uczciwej konkurencji, zaś Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Z tych względów uznała zarzut i nakazała

zmianę zgodnie z treścią wskazaną w sentencji. Naturalnie szczegółowe oczekiwania sprzętowe ze strony Zamawiającego określają właściwe instrukcje zawarte w wytycznych IPI - 4 i IPI-6. Przy czym, należy uznać, że Zamawiający nie powinien pozostawiać w zakresie zaoferowanych ilości kompletów zupełnej swobody Wykonawcom (co wywołał Zamawiający na rozprawie z racji objęcia zakresem zamówienia także fazy projektowania), a ewentualne odstępstwa od określonych przez Zamawiającego ilości kompletów winny zostać uzasadnione założeniami projektowymi i przyjętymi rozwiązaniami technicznymi Wykonawcy, uwzględniającymi postanowienia SIWZ, a zwłaszcza Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz instrukcje z Wytycznych IPI - 4, czy też IPI - 6, co będzie wymagało uzasadnienia ze strony Wykonawcy. Pozwoli to, w ocenie Izby, przyjąć określone ramy wspólne dla każdego z Wykonawców chcących złożyć ofertę w postępowaniu z możliwością odstępstwa (z uwagi na etap projektowania), który będzie wymagał wymiernego i weryfikowalnego dla wszystkich uczestników postępowania uzasadnienia ze strony Wykonawców.

W ten sposób ewentualne zmiany ilości kompletów będą musiały mieć uzasadnienie przedmiotowe, które będzie podlegało weryfikacji na podstawie przyjętego i zaoferowanego w ofercie systemu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, to z uwagi na uwzględnienie zarzutu drugiego Izba dokonała również uwzględnienia niniejszego zarzutu w zakresie odnoszącym się do określenia przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....