

WYROK
z dnia 22 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez: **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie;**

przy udziale wykonawcy: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów zawartych w załączniku nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) opisanych w punktach: 1, 3, 4, 6, 7, 10, od 12 do 16, 18, 19 oraz 21 (z wyłączeniem zarzutu dotyczącego pkt 3.2. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia);
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w załączniku nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w punktach: 2, 5, 11, 20 oraz w punkcie 21 w części odnoszącej się do pkt 3.2. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - 2.1. zmianę w Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §3 ust. 1 poprzez ustalenie minimalnego poziomu, który zostanie wykonawcy zlecony w ramach przedmiotu zamówienia oraz ust. 2 poprzez ustalenie, że wykonawca zostanie poinformowany

- o zamiarze ograniczenia przedmiotu umowy w terminie 7 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych;
- 2.2. zmianę w Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §7 ust. 6 poprzez wprowadzenie zapisu zobowiązującego zamawiającego do jednokrotnego zbiorczego zgłoszenia wad do przekazanej dokumentacji, zaś w przypadku gdy zgłoszenia nowych wad, nie wynikających z korekty opracowań przekazanych przez wykonawcę - ustalenie, że mogą być one uwzględnione z tym zastrzeżeniem, że wykonawca będzie uprawniony do żądania wydłużenia terminu realizacji umowy lub etapu lub też dodatkowego wynagrodzenia;
 - 2.3. zmianę w Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §12 poprzez wprowadzenie dodatkowo ust. 8 w brzmieniu: „8. Zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne: (1) w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 29% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 lit. a) umowy; (2) w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze odbioru prac - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ; (3) w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze akceptacji Raportu - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ”;
 - 2.4. wykreślenie postanowienia w Tomie III - opisie przedmiotu zamówienia, pkt 3.1. ppkt 2b, odnoszącego się do kwestii ryzyka wykonawcy, związanego z pozyskaniem informacji od podmiotów trzecich;
 - 2.5. wykreślenie postanowienia w Tomie III - opisie przedmiotu zamówienia, pkt 3.2. ppkt 7, dotyczącego konieczności przygotowania wniosków o wydanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/ i nowej decyzji, w przypadku zmiany zakresu projektu.
3. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
 4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 5/8 oraz odwołującego w części 3/8 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 275 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r., poz. 2020) 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:

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - dalej „zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 356 na odcinku Wągrowiec - Gołańcz - granica województwa”, numer referencyjny: 9090/IREZA5/23319/06310/20/P (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

W dniu 14 grudnia 2020 r. ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 243-602936.

W dniu 23 grudnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez związek pracodawców pn. **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”). Odwołujący jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”.

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 154 pkt 5 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na sformułowaniu istotnych warunków umowy w sposób naruszający równowagę stron, zasadę swobody kontraktowania, właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego, powszechnie obowiązujące przepisy prawa i ustalone zwyczaje, w sposób prowadzący do nadużycia pozycji dominującej zamawiającego; zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytej wyceny przedmiotu zamówienia i złożenie porównywalnych ofert oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisanym w Tabeli nr 1 do odwołania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ

na sporządzenie i kalkulację oferty, co narusza równowagę stron, w tym równowagę ekonomiczną oraz ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp, w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie istotnych postanowień Umowy wskazanych w Tabeli nr 1 w sposób, który powoduje - nieuzasadnione potrzebami zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób opisany w Załączniku nr 1 - Tabeli nr 1, stanowiącym integralną część odwołania;
2. przekazanie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany oraz nakazanie zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest zamieszczona;
3. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach;
4. dokonania zmiany Ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert;
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące treści istotnych postanowień Umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”) - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego zauważył, że nie ulega wątpliwości, iż SIWZ jest dokumentem o kluczowym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego, w tym obowiązki wykonawców obciążające ich na wypadek ewentualnego uzyskania zamówienia oraz warunki, jakie muszą spełniać w związku z zamiarem ubiegania się o udzielenie

zamówienia. Z uwagi na powyższe na zamawiającym ciąży szczególny wymóg sporządzenia SIWZ w sposób jasny i precyzyjny, celem zapewnienia wykonawcom możliwości złożenia oferty oraz - w przyszłości - niezakłóconej realizacji zamówienia.

W szczególności ustawodawca zobowiązał zamawiających w treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do konstruowania opisu przedmiotu zamówienia z użyciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastosowanie powyższej reguły ma również na celu zachowanie konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych. Warto przy tym zwrócić uwagę na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku z 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06), który wskazał, iż z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo (...)”.

Odwołujący podkreślił również fakt, iż - jakkolwiek pozycja zamawiającego niewątpliwie ma charakter uprzywilejowany - to jednak treść stosunku umownego powinna być tak ukształtowana, aby po pierwsze umożliwić złożenie ofert potencjalnie szerokiemu kręgowi wykonawców oraz - w dalszej kolejności umożliwić realizację zamówienia. Odwołujący jest świadomy, że celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego, zaś nie każde niekorzystne - w ocenie wykonawców - postanowienie umowne może być uznane za sprzeczne z przywoływanymi przez niego przepisami ustawy Pzp i kodeksu cywilnego.

Odwołującemu znana jest również argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, co jest rekompensowane przez przysługujące mu prawo jednostronnego ukształtowania warunków umowy, zaś wykonawca brak wpływu na kształt zawieranej umowy i ryzyka, jakimi jest obciążony może rekompensować sobie poprzez właściwą wycenę oferty. Celem odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb zamawiającego, ale aby postępowanie zostało przeprowadzone a zamówienie zostało udzielenie z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego należytych wykonaniem zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem

doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Dalej odwołujący zauważył, że konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazał, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c. co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie (tak wyrok KIO z 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Odwołujący zwrócił w dalszej części uwagę na wyroki Sądu Najwyższego o sygn. akt IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 w których ten stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

Zobowiązania zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia były wielokrotnie przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO. Odwołujący zwrócił uwagę na treść niżej wskazanych orzeczeń, jako istotnych do oceny przedmiotowej sprawy. W wyrokach KIO z 6 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 411/13), z 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16), z 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16) Izba wskazała, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Z kolei w wyroku o sygn. akt KIO 1607/16 Izba stwierdziła, że „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element

dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia”.

Ponadto, w kontekście podnoszonych w tym zakresie zarzutów, odwołujący zaakcentował, że przedmiotowe postępowanie dotyczy wykonania dokumentacji projektowej, a zatem jest to postępowanie, które ze swojej natury z uwagi na jego przedmiot narażone jest na trudność w zakresie precyzyjnego opisanie oczekiwań zamawiającego. Powyższe nie zwalnia jednak zamawiającego ze stosowania przepisów i zasad Pzp, ale wręcz przeciwnie - powinno stanowić argument dla wzmożonej staranności, aby treść ostatecznie ukształtowanego stosunku prawnego nie generowała niepotrzebnych ryzyk po stronie wykonawcy. To na zamawiającym ciąży więc przygotowanie i przekazanie wykonawcom takich informacji, które w sposób szczegółowy określą zakres prac do oszacowania przez wykonawcę. W ramach przedmiotowego postępowania zamawiający nie przekazuje wykonawcom wszelkich niezbędnych informacji dla potrzeb wyceny poszczególnych elementów, jak również opisuje obowiązki wykonawców w sposób nieprecyzyjny, poszerzający skalę ryzyk związanych z postępowaniem, nie zapewniając jednocześnie mechanizmów, które pozwoliłyby na minimalizowanie ryzyk i wdrażając mechanizmy zabezpieczające wyłącznie jego interesy.

W treści Załącznika nr 1 do niniejszego pisma - Tabeli nr 1 odwołujący wskazał i opisał kwestionowane postanowienia umowy oraz OPZ, wraz z uzasadnieniem dotyczącym każdego z nich oraz żądaniem zmiany treści SIWZ. Celem uniknięcia wątpliwości oświadczył jednocześnie, iż Załącznik nr 1 stanowi integralną treść niniejszego odwołania.

Zamawiający, w dniu 28 grudnia 2020 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. W dniu 29 grudnia 2020 r., wykonawca: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Jednocześnie poinformował, że w dniu 12 stycznia 2021 r. dokonał zmiany treści SIWZ, w tym częściowo w zakresie postulowanym przez odwołującego.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 19 stycznia 2021 r., złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów w zakresie opisanym w załączniku nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w punktach: 1, 3, 4, 6, 7, 10, od 12 do 16, 18, 19 oraz 21 (z wyłączeniem zarzutu dotyczącego pkt 3.2. ppkt 7) opisu przedmiotu zamówienia. Z uwagi na powyższe Izba umorzyła postępowanie w tej części, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem procesowym zamawiającego zawartym w złożonym piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp, a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, stanowiących dokumentację postępowania. Jako organizacja pracodawców, zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych i infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Jednocześnie jako związek profesjonalistów zdolnych do wykonania zamówienia i zainteresowanych ubieganiem się o jego udzielenie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, jest zainteresowany przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Na skutek naruszenia przez zamawiającego reguł rynku Pzp, wykonawcy zainteresowani realizacją zamówienia narażeni są na szkodę. Zachowanie aktualnej treści SIWZ stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą przepisów o zamówieniach publicznych, których głównym i nadrzędnym celem jest umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania. z kolei zmiana SIWZ w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mająca na celu ustalenie kryteriów oceny ofert oraz warunków realizacji zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 2 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje w tej części na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, na co Izba zwracała już wielokrotnie uwagę w swoich orzeczeniach w ramach skarżenia postanowień umownych zachodzi pewna trudność we wskazaniu adekwatnych wzorców kontroli dla działań podmiotu zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że środki ochrony prawnej skierowane wobec postanowień umownych w ramach zamówień publicznych z góry wskazane są na niepowodzenie. Po pierwsze postanowienia umowne, jak niemal wszystkie elementy związane z wymaganiami podmiotu zamawiającego, czy to będące elementami kwalifikacji podmiotowej wykonawców (warunki udziału w postępowaniu), czy też elementami opisu przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia sensu stricto, czy też warunki jego realizacji - postanowienia umowy) stanowią w klasycznym tego znaczeniu oświadczenia woli podmiotu zamawiającego - a zatem mogą być oceniane przez pryzmat zasad ujętych w Kodeksie cywilnym, referujących do zasad współżycia społecznego czy też dobrych obyczajów na podstawie odesłania zawartego w art. 14 ustawy Pzp. Zasady te mają swoje zastosowanie również w ramach obrotu gospodarczego, a więc obejmują również strony umów cywilnoprawnych nawet wówczas, gdy są one przedsiębiorcami i profesjonalistami.

Dalej stwierdzić należy, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, przez wzgląd na swój charakter oraz treść przepisów ustawy Pzp mających do niej zastosowanie, co do zasady nie podlega na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia negocjacom i jest kształtowana niemal wyłącznie przez zamawiającego. Od tej reguły istnieją jednak istotne wyjątki, które pozwalają wykonawcy na wpływanie na treść przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 14 ust. 1 ustawy Pzp stanowi z kolei, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, iż umowy o zamówienie publiczne podlegają interpretacji zgodnie z regułami prawa cywilnego, jednak przy tym jedna z naczelnych zasad - zasada swobody umów, wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, doznaje na gruncie prawa zamówień publicznych poważnych ograniczeń. Przede wszystkim zamówienie publiczne

udzielone może być wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a w samej ustawie dokładnie określono warunki zmiany umowy (art. 144 ustawy Pzp). Dodatkowo, to zamawiający kształtuje zarówno treść SIWZ, jak i samej umowy. Należy jednak zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z 19 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2280/16), zgodnie z którym zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz obowiązek w taki sposób je sprecyzować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych oraz zapewnienie należytego wykonania umowy. Zamawiający ma więc prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami, jednak uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Z drugiej jednak strony podnieść należy także, że wykonawca decydując się na wniesienie odwołania musi precyzyjnie wykazać naruszenie prawa przez zamawiającego, a nie tylko sam fakt jednostronnego ustalenia nadmiernych wymogów zwiększających ryzyko wykonawcy, ponieważ jak stwierdziła Izba w innym wyroku o sygn. akt KIO 2171/16: „Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienie do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy”. Należy zatem każdorazowo ocenić jaki jest potencjalny wpływ ukształtowanych przez zamawiającego w umowie zapisów, na rynek wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i czy ryzyka, które wiążą się z realizacją tego zamówienia, na podstawie tak zawartej umowy, przekraczają zwyczajowy poziom ryzyka, występujący w podobnych zamówieniach. W innym wyroku o sygn. akt KIO 2180/16 Izba zwróciła również uwagę, orzekając w przedmiocie kar umownych, że „Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi co do zasady przeszkody w uzyskaniu zamówienia - a zatem nawet w ramach potencjalnego ryzyka nie może stanowić uzasadnienia do uwzględnienia innych zarzutów związanych z terminami realizacji, czy to poszczególnych etapów zadania, czy też

jego całości. Jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdyż jej wysokość jest rażąco wygórowana i zachodzą uzasadnione przesłanki, że racjonalnie działający wykonawca może mieć uzasadnione obawy, że ma ona na celu uprzywilejowanie określonych wykonawców i niejako "zniechęcenie" innych od udziału w postępowaniu może zostać skutecznie podważona w ramach środków ochrony prawnej lub stanowić podstawy do konkretyzacji lub wydłużenia terminów realizacji. Wówczas ocena wysokości kar umownych następuje w kontekście art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - jednak wykonawca winien wykazać, że instytucja kar umownych różnicuje w sposób nieuzasadniony pozycje poszczególnych wykonawców".

Odnosząc się do poszczególnych, podniesionych przez odwołującego i opisanych w załączniku nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zarzutów Izba zważyła, co następuje.

Zarzut opisany w pkt 2 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący możliwości ograniczenia przedmiotu umowy - zarzut podlegał uwzględnieniu

W tym zakresie Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §3 przewidział możliwość ograniczenia przedmiotu umowy, bez żadnych ujemnych dla siebie konsekwencji finansowych, nie określając przy tym maksymalnego poziomu do jakiego takie ograniczenie może nastąpić (okoliczność bezsporna). Jednocześnie wskazał, że powyższe może mieć miejsce w przypadku ograniczenia przez Instytucję Zarządzającą, funduszy przyznanych zamawiającemu na realizację przedmiotu umowy. Zamiar ograniczenia przedmiotu umowy zamawiający zobowiązał się zgłosić wykonawcy w formie pisemnej, w terminie 30 dni, licząc od dnia powzięcia wiadomości o ograniczeniu środków finansowych.

Odwołujący kwestionując wprowadzony zapis zwracał uwagę, że zamawiający przewidział możliwość bliżej nieokreślonego ograniczenia przedmiotu przyszłej umowy (zamówionych opracowań projektowych), bez żadnych ujemnych dla niego konsekwencji finansowych. Takie działanie powoduje, że wykonawcy nie są w stanie dokonać oceny ryzyka, wynikającego ze zmniejszenia ilościowego zakresu zamówienia i oszacować swoje koszty. Na rozprawie zwrócił uwagę, że każdy podmiot już przystępując do realizacji zamówienia ponosi szereg kosztów ogólnych, takich jak te dotyczące wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, biura, związane z zatrudnieniem osób, nie mając pewności w jakim zakresie a nawet czy w ogóle zamówienie zostanie mu zlecone. W skrajnym przypadku zamawiający może podjąć decyzję o ograniczeniu zamawianych rozwiązań projektowych zaraz po rozpoczęciu jego realizacji.

Izba podzieliła zastrzeżenia odwołującego, mając na uwadze treść wyżej przytoczonych przepisów ustawy Pzp, nakazujących zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz kodeksu cywilnego, który zakazuje

formułowania postanowień umownych sprzecznych z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego.

Argumentacja zamawiającego, że pozyskuje środki finansowe na realizację zamówienia z funduszy Unii Europejskiej i nie jest w stanie samodzielnie pokryć kosztów jego realizacji nie oznacza jednak, że część realizowanego zakresu nie zostanie pokryta ze środków własnych. Zamawiający na rozprawie oświadczył, że posiada własne środki i pokryje z nich 15% wartości zamówionych prac. Nic zatem nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający na tym właśnie poziomie określił minimalny zakres zleconych usług.

Mając jednocześnie na uwadze, że zakres żądanej przez odwołującego zmiany przekracza możliwości finansowe zamawiającego, Izba nakazała zmianę postanowienia umowy w takim zakresie, w jakim będzie to możliwe. Celem jest zagwarantowanie wykonawcy, że zlecony zostanie pewien minimalny poziom zamówienia, co pozwoli mu na skalkulowanie w cenie oferty zarówno kosztów ogólnych, wynikających z konieczności poniesienia pewnych wydatków, związanych z zamówieniem, jak też określenie właściwego w tym przypadku poziomu ryzyka.

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, że zapis taki spowoduje, że zamawiający zleci część dokumentacji, która stanie się nieprzydatna w późniejszym terminie. Jak słusznie zauważył odwołujący, zależnie od etapu w jakim przerwana zostanie realizacja zamówienia, zamawiający może wykorzystać zarówno przygotowaną koncepcję, jak też wykonaną dokumentację projektową i te następnie będą bazą dla zlecenia zamówienia w pełnym zakresie. Decyzję co do tego podejmuje zamawiający. Nierzadkie są sytuacje, w których zleca się wykonanie dokumentacji projektowej na podstawie przygotowanych koncepcji, czy też udzielanie zamówień na wykonanie projektów wykonawczych na podstawie przygotowanych wcześniej projektów budowlanych.

Zasadny, w ocenie Izby, jest również zarzut dotyczący określenia terminu, w jakim zamawiający będzie informował wykonawcę o zamiarze ograniczenia przedmiotu umowy. Z niewiadomych powodów zamawiający ustala tak długi termin na poinformowanie wykonawcy, że powziął wiadomość o tym, że środki finansowe przyznane na realizację zamówienia - zostały ograniczone. Zgodzić się należy, że w takim przypadku im szybciej wykonawca dowie się o tych okolicznościach, tym szybciej może zaprzestać realizacji zamówienia i nie będzie zmuszony ponosić dodatkowych kosztów na jego realizację. Leży to również w interesie zamawiającego, albowiem nie będzie musiał ponowić kosztów wykonania dokumentacji, która w najbliższym okresie, jak sam stwierdził, nie zostanie wykorzystana.

Zarzut opisany w pkt 5 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący - zarzut podlegał uwzględnieniu

Zgodnie z postanowieniem Tomu II SIWZ - warunki umowy, §7 ust. 6 - 9: (ust. 6) W przypadku stwierdzenia Wad istotnych w przekazanych materiałach Zamawiający pisemnie poinformuje o tym Wykonawcę, który w wyznaczonym terminie (nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych dla pierwszej i kolejnych wersji opracowania), przekaże poprawioną, zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, dokumentację. (ust. 7) Wykonawca ma prawo w terminie 7 dni od otrzymania informacji o stwierdzonych Wadach do pisemnego ustosunkowania się do zastrzeżeń Zamawiającego. (ust. 8) Po otrzymaniu wyjaśnień od Wykonawcy, Zamawiający w ciągu 7 dni podejmie ostateczną decyzję odnośnie zakresu wymaganych poprawek. (ust. 9) Działania określone w ust. 7 oraz ust. 8 nie powodują wydłużenia terminu, o którym mowa w ust. 6, wyznaczonym na poprawienie dokumentacji. Wydłużenie terminu, o którym mowa w ust. 6, następuje w przypadku, gdy Zamawiający podejmie ostateczną decyzję, o której mowa w ust. 8 w terminie dłuższym niż 7 dni - o czas o jaki nastąpiło przedłużenie podjęcia ostatecznej decyzji przez Zamawiającego. Przekazana dokumentacja podlega powtórnej ocenie Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia jej ponownego przekazania.

Zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanych zapisów w części dotyczącej terminu, nie zgadzał się natomiast z propozycją odwołującego, który postulował wprowadzenie do treści umowy zapisu, na mocy którego zamawiającego byłby zobowiązany do jednokrotnego zbiorczego zgłoszenia wad do przekazanej dokumentacji. Z kolei w przypadku gdy zgłoszenia nowych wad, nie wynikających z korekty opracowań przekazanych przez wykonawcę – domagał się ustalenia, że mogą być one uwzględnione z tym zastrzeżeniem, że wykonawca będzie uprawniony do żądania wydłużenia terminu realizacji umowy lub etapu lub też dodatkowego wynagrodzenia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zapisy umowy, które dopuszczają sytuacje w których zamawiający przekazuje wielokrotnie nowe uwagi do dokumentacji, w różnych terminach i to pomimo, że zakres opracowania nie uległ zmianie prowadzi do uznania, że zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej, konstruując zapisy przyszłej umowy w sposób, który narusza zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Zasadnym jest oczekiwanie, aby zamawiający dokonał sprawdzenia przekazanych opracowań w pełnym zakresie i w odniesieniu do przekazanych dokumentów - sprecyzował jakie wady stwierdził w odniesieniu do tej części. Dostrzec należy, że postulat odwołującego nie dotyczył sytuacji, o których mówił zamawiający, to jest zgłaszania uwag do tej części dokumentacji, która została wcześniej przez odwołującego poprawiona, przekazana zamawiającemu a następnie ten zgłosił swoje zastrzeżenia do tej poprawionej

części, ale o takie przypadki, gdzie przy okazji zamawiający wskazuje na błędy w pierwotnie już przekazanej dokumentacji.

Izba podziela argumentację, że podobnie jak w przypadku wykonawców, którzy mają ustalony harmonogram na wykonanie poszczególnych prac czy etapów, od zamawiającego należałoby oczekiwać, iż przedstawi w określonym terminie uwagi do przekazanych przez wykonawcę opracowań i uczyni to w jednym terminie. Powyższe umożliwi dokonanie odbioru danego etapu, a wykonawca otrzyma należne mu wynagrodzenie.

Zarzut opisany w pkt 8 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący praw autorskich - zarzut podlegał oddaleniu

Jakkolwiek obawy odwołującego w zakresie dotyczącym tego, że zamawiający może nie dokonać odbioru dokumentacji pomimo przekazania praw autorskich do niej, Izba wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego, który celem przyspieszenia pewnych działań i uzgodnień z instytucjami zewnętrznymi zamawiający przekazuje część dokumentacji podmiotom trzecim.

W przypadku uwzględnienia tego zarzutu mogłoby to doprowadzić do sytuacji w której zamawiający przyspieszyłby procedurę weryfikacji i odbioru tylko po to, aby mieć możliwość przekazania dokumentacji podmiotom zewnętrznym.

Zarzut opisany w pkt 9 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący kar umownych - zarzut podlegał oddaleniu

W Tomie II SIWZ - warunki umowy, w §12 opisane zostały zasady i wysokość naliczania kar umownych za naruszenia, których dopuścić miał się wykonawca przy realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący kwestionował zarówno szeroki katalog kar, jak też ich wysokość zwracając uwagę, że tak represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać wykonawców do składania ofert, co wpływa na konkurencyjność postępowań o zamówienia publiczne, a niekiedy może nawet prowadzić do konieczności ich unieważnienia. Postulaty odwołującego zmierzały do tego, aby zamawiający obniżył poziom kar i ustalił je w wysokości, która odwołujący uznał za słuszną, nie wskazał jednak z jakich powodów określone przez niego poziomy są adekwatne w przypadkach naruszeń w przypadkach, które stwierdzi zamawiający przy realizacji kontraktu.

Izba zgadza się z zamawiającym, że kara umowna, która ma zastąpić odszkodowanie, pełni przede wszystkim rolę stymulacyjną i represyjną. Klauzula umowna, zobowiązująca jedną ze stron do zapłaty określonej kwoty, w przypadku zaistnienia określonych okoliczności zdejmuje z wierzyciela obowiązek udowodnienia rozmiarów faktycznej szkody. Stanowi ona zatem dodatkowy czynnik mobilizujący dłużnika do wykonania zobowiązania, w tym przypadku

wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, zgodnie z zawartą z zamawiającym umową. Oczywiście wysokość takiej kary nie może być rażąco wygórowana, nie wolno bowiem pomijać jej funkcji kompensacyjnej, służącej naprawieniu szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę (dłużnika).

Co jednak istotne odwołujący kwestionując wysokość kar i proponując swoje rozwiązania w tym zakresie winien wykazać, że poziomy ustalony przez zamawiającego czy to odbiegają od powszechnie przyjmowanych w tego rodzaju kontraktach czy też przedstawić jakąkolwiek analizę, wskazującą na nieuzasadniony poziom kar. Przypomnieć należy, że sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Tylko zatem w przypadku, gdy ma miejsce rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym, takie zapisy należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, a powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że ustalając katalog kar i określając ich wysokość czy też zastrzegając możliwość dochodzenia odszkodowania w wysokości przekraczającej wysokość kar umownych zamawiający uczynił to z pominięciem obowiązujących zasad wynikających z przepisów, chcąc przerzucić na potencjalnego wykonawcę zamówienia publicznego ryzyko związane z nienależytym wykonaniem umowy w stopniu, który jest oderwany od realnego uszczerbku, który mógłby powstać po stronie zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o dysproporcji między Stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego i nadużyciu pozycji przez zamawiającego. Zamawiający wprawdzie przewidział rozbudowany katalog kar, opisując 22 przypadki kiedy kary te należne są zamawiającemu, nie przewidział natomiast analogicznego katalogu kar umownych za uchybienia obowiązkom wynikającym z umowy, w których karę umowną mógłby naliczyć wykonawca, jednakże jest to przedmiotem odrębnego zarzutu. Sama wysokość kar należnych zamawiającemu jest w ocenie Izby niewygórowana i proporcjonalna do stwierdzonych naruszeń.

Zarzut opisany w pkt 11 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący kar umownych należnych wykonawcy - zarzut podlegał uwzględnieniu

Jak zauważył odwołujący zamawiający przewidział w umowie 22 okoliczności, kiedy naliczone zostaną wykonawcy kary umowne za uchybienia stwierdzone przez zamawiającego w toku realizacji umowy. Wykonawca z kolei nie został uprawniony do naliczenia żadnej kary umownej, nawet w okolicznościach odstąpienia od umowy przez zamawiającego lub wykonawcę z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Mamy zatem do czynienia

z sytuacją, w której z jednej strony wykonawca jest karany, jak zauważył odwołujący za szereg uchybień, co więcej kary mogą być naliczane niezależnie od siebie, a kara za odstąpienie wydaje się dotkliwa jeśli weźmiemy pod uwagę inne zapisy umowy, takie jak brak gwarancji zlecenia zamówienia w pełnym zakresie, narzucony przez zamawiającego harmonogram prac, ściśle sprecyzowane procedury odbiorowe, z drugiej żadne uchybienie po stronie zamawiającego nie uprawnia wykonawcy do naliczenia kary. Nie ulega wątpliwości, że mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej i jako gospodarz postępowania kształtuje warunki kontraktu w sposób, który jest korzystny wyłącznie dla niego.

Również w samej odpowiedzi na odwołanie zamawiający podkreślał wyłącznie, że to na wykonawcy realizującym umowę ciąży szereg obowiązków, a rolą zamawiającego jest jego dyscyplinowanie, aby zamówienie to należycie zrealizował. Jakkolwiek zrozumiała jest, zwłaszcza w kontekście wydatkowania przez zamawiającego środków publicznych, dbałość zamawiającego o należyte wykonywanie zamówienia publicznego, nie można jednak koncentrować się wyłącznie na odpowiedzialności wykonawcy zapominając, że rolą zamawiającego jest także współpraca z wykonawcą przy realizacji umowy.

Mając na uwadze fakt, że odwołujący postulował wprowadzenie kar w trzech przypadkach, ustalając ich wysokość na poziomie adekwatnym do poziomu który sam zamawiający uznał za proporcjonalny w przypadku analogicznych lub zbliżonych naruszeń, Izba uwzględniając zarzut nakazała zamawiającemu wprowadzenie postulowanych zapisów do treści §12 ust. 8 umowy. Dodany ust. 8 otrzyma brzmienie: „8. Zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne: (1) w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 29% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 lit. a) umowy; (2) w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze odbioru prac - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ; (3) w przypadku zwłoki w realizacji obowiązków zamawiającego w procedurze akceptacji Raportu - w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto za dany Etap, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w stosunku do terminów określonych w umowie i OPZ”.

Zarzut opisany w pkt 17 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący przedstawienia uzasadnienia odmowy uwzględnienia wniosku dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia - zarzut podlegał oddaleniu

Izba ustaliła, że zgodnie z Tomem II SIWZ - warunki umowy, §23 przewidziana została możliwość waloryzacji wynagrodzenia w przypadkach opisanych w umowie tj. jeśli podczas realizacji umowy nastąpi zmiana: (i) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia

10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (ii) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; (iii) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, i zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Dalej, zamawiający opisał szczegółowo procedurę, jaka będzie stosowana w przypadku, gdy powyższe okoliczności wystąpią. I tak wykonawca, najpóźniej w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie przepisów prawnych wprowadzających zmiany, o których mowa powyżej, będzie musiał wystąpić z pisemnym wnioskiem o zmianę wysokości wynagrodzenia, w którym wykaże oraz przedstawi: (i) wpływ powyższych okoliczności na wysokość kosztów wykonania umowy przez wykonawcę wraz ze wskazaniem wzrostu wartości kosztów wykonawcy wynikającego z tych okoliczności z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych (w tym wykonawca ma przedstawić liczbę osób przez niego zatrudnionych i bezpośrednio biorących udział w realizacji na rzecz zamawiającego pozostałej do wykonania w momencie wejścia w życie zmiany przepisów, części zamówienia, które to osoby otrzymują minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową wraz z okresami, na jakie zostały zawarte umowy z tymi osobami); (ii) szczegółową kalkulację proponowanej zmiany wysokości wynagrodzenia. Zamawiający przewidział ponadto prawo zwrócenia się do wykonawcy, w terminie 14 dni od otrzymania pisemnego wniosku, o wyjaśnienie lub uzupełnienie wniosku, o którym mowa powyżej, we wskazanym przez niego zakresie, w szczególności poprzez przekazanie dodatkowych informacji lub dokumentów (oryginałów do wglądu lub kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałami, z uwzględnieniem przepisów ustawy o ochronie danych osobowych, w szczególności dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 8 Umowy).

W ust. 7, który kwestionował odwołujący znalazł się zapis, że w przypadku uwzględnienia wniosku wykonawcy przez zamawiającego, Strony w terminie 30 dni od otrzymania wniosku wykonawcy przez zamawiającego lub otrzymania przez zamawiającego wyczerpujących wyjaśnień bądź uzupełnień, o których mowa w ustępie powyżej, podejmą działania w celu uzgodnienia treści aneksu do Umowy oraz jego podpisania. Odwołujący domagał się, aby w ustępie tym dopisać, że w przypadku odmowy zamawiającego uwzględniania wniosku w całości lub w części - zamawiający uzasadnił swoją decyzję pisemnie, w terminie 30 dni od daty otrzymania wniosku.

Jakkolwiek postulat w tym zakresie wydaje się zasadny, gdyż wykonawca powinien poznać argumenty leżące u podstaw decyzji zamawiającego to jednak w tym przypadku Izba wzięła pod uwagę, co podnosił zamawiający, że przedmiotowe uzasadnienie nie wpłynie na możliwość polemiki z zamawiającym co do możliwości waloryzacji wynagrodzenia

w przypadku, gdy uzna on przedstawiony wniosek za bezzasadny. To zatem, co leżało u podstaw proponowanej zmiany, a więc możliwość poznania uzasadnienia, celem kwestionowania decyzji zamawiającego, jest bezprzedmiotowe z uwagi na to, że w umowie nie przewidziano możliwości korekty decyzji zamawiającego, jeśli wniosek spotka się z odmową. Odwołujący nie wnosił też, aby procedurę tą zmienić czy też nie określił jakie dodatkowe mechanizmy zamawiający miałyby wprowadzić, zatem nie mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem przepisów przywoływanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania.

Zarzut opisany w pkt 20 załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący ryzyka wykonawcy w związku z odmowa udostępnienia informacji przez podmioty trzecie - zarzut podlegał uwzględnieniu

Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3.1. przewidział, iż w celu należytego wykonania umowy zakłada się: (1) współpracę oraz pomoc ze strony zamawiającego w czasie realizacji zadania, w zakresie przekazywania danych, opracowań, dokumentów i informacji niezbędnych do przygotowania projektu (zwanych dalej: Informacjami), będących w posiadaniu zamawiającego. Współpraca obejmować będzie, w szczególności konsultacje w zakresie zagadnień branżowych dla zapewnienia właściwych rozwiązań funkcjonalnych; (2) udzielenie przez zamawiającego pomocy w uzyskaniu powyższych Informacji w następujący sposób: wystawi pełnomocnictwa umożliwiające wystąpienie do Spółek Grupy PKP (w tym jednostek i komórek PKP PLK S.A.), jak i podmiotów spoza tej Grupy (nie wystawia się pełnomocnictwa dla wykonawcy w celu złożenia wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i decyzji zmieniających decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach) oraz ULLK/ULICP). Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w terminie do 7 dni kalendarzowych od dnia rozpoczęcia poszczególnych Etapów danych osób dla których oczekuje wystawienia stosownych pełnomocnictw. Jednocześnie zamawiający zobowiązuje się do wystawienia ww. pełnomocnictw w ciągu 7 dni kalendarzowych od dnia uzyskania od Wykonawcy właściwych danych do ich wystawienia. Udostępnianie Informacji będących w gestii jednostek i komórek PKP PLK S.A. może być zrealizowane według następującej procedury: wykonawca zwraca się pisemnie do jednostek lub komórek PKP PLK S.A. o udostępnienie oczekiwanych Informacji. Wniosek musi precyzyjnie określać oczekiwania w zakresie pozyskiwanych Informacji. Wniosek ma być przedłożony w odpisie do Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu. Koszty uzyskania danych leżą po stronie wykonawcy; wykonawca zobowiązany jest do bieżącego informowania Dyrektora Projektu i Kierownika Kontraktu o stanie uzyskiwania Informacji w raportach tygodniowych; informacje będą udostępniane, o ile ich udostępnienie nie będzie naruszało interesów zamawiającego; ze strony zamawiającego, osobami

odpowiedzialnymi za koordynację udostępnienia wykonawcy wewnętrznych Informacji, będących w wyłącznej dyspozycji zamawiającego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania, są Dyrektor Projektu i Kierownik Kontraktu. Zamawiający uczynił zastrzeżenie, że wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyko, że zarówno spółki Grupy PKP, jak i podmioty spoza Grupy PKP, będąc autonomicznymi podmiotami gospodarczymi niezależnymi od zamawiającego oraz chroniąc pewne obszary swoich interesów, mogą nie udostępnić w części lub całości informacji, o które wykonawca wystąpi. Wobec powyższego w takich sytuacjach wykonawca zobowiązany jest do pozyskania lub ustalenia tych informacji w inny sposób, o ile to możliwe. Wszelkie informacje pozyskane przez wykonawcę powinny podlegać jego ocenie w zakresie wiarygodności, kompletności oraz aktualności, a wszelkie braki powinny być przedmiotem analizy, komentarza i wdrożenia przez wykonawcę środków zaradczych (między innymi przez pomiary aktualizacyjne, badania lub wizje lokalne). Odpowiedzialność za wykorzystanie wszelkich pozyskanych informacji spoczywa na wykonawcy, który ponosi ryzyko związane z ich prawidłowym ustaleniem. Ewentualne koszty uzyskania informacji ponosi wykonawca, który uwzględnił to ryzyko w swojej ofercie.

Odwołujący kwestionował poczynione zastrzeżenie zwracając uwagę, że jest to nowy zapis, od niedawna wprowadzony przez zamawiającego do projektu umowy. Dotychczas w treści SIWZ, zlecając zamówienia na wykonanie dokumentacji przewidywał, że to on pozyskuje dokumenty i informacje, które są niezbędne do realizacji zamówienia od podmiotów z grupy i następnie przekazuje je wykonawcy. Ponieważ sam spotykał się z problemami z ich pozyskiwaniem -przerzuca to ryzyko na wykonawcę. Odwołujący zwrócił też uwagę, że spółki z grupy to nie organy administracji, zatem w przypadku, gdy nie udzielą wykonawcy odpowiedzi - ten nie dysponuje żadnymi środkami prawnymi ani formami nacisku, aby dane te pozyskać. Tym samym w przypadku ich nieotrzymania nie może zrealizować zamówienia i ponosi konsekwencje z tym związane.

Izba podzieliła powyższe zastrzeżenia odwołującego i nakazała wykreślenie z treści OPZ przywołanego zapisu. Zapis ten dotyczył bowiem konieczności pozyskania wszelkich informacji i dokumentów, które miały służyć realizacji zamówienia, przerzucając na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia, nie wyłączając okoliczności, jak to ma miejsce w tym przypadku, niezależnych od wykonawcy. W kształcie i brzmieniu nadanym przez zamawiającego – zapis ten należało uznać za niedopuszczalny. Pomimo, że niewątpliwie umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie może być nieograniczone. Za rażąco wręcz niesprawiedliwe należy uznać obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w OPZ, konsekwencjami działania podmiotów trzecich.

Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza bowiem zasady współzycia społecznego, przez co jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego, przywołanymi przez odwołującego.

Nietrafiona jest w ocenie Izby argumentacja zamawiającego, że celem zminimalizowania ryzyka, leżącego po stronie wykonawcy, związanego z trudnościami z pozyskaniem tych dokumentów wprowadził możliwość zmiany umowy w takich sytuacjach (§ 22 ust. 1 pkt 7e). Po pierwsze dostrzec należy, że przedmiotowy zapis przewiduje możliwość zmiany umowy wyłącznie w przypadku szczególnie uzasadnionych trudności w pozyskiwaniu materiałów wyjściowych i danych niezbędnych dla prawidłowej realizacji poszczególnych opracowań lub Etapów/ Zadań Umowy, co samo w sobie jest pojęciem nieostrym, bowiem to zamawiający będzie decydował kiedy taka zmiana będzie możliwa i jaką sytuacją uznać za przypadek, w którym wystąpiły szczególnie uzasadnione trudności. Po drugie należy zgodzić się z odwołującym, że skoro sam zamawiający przyznaje, że mogą pojawić się problemy przy realizacji zamówienia w zakresie pozyskiwania danych, nawet w przypadku spółek znajdujących się w grupie PKP - to tym samym wręcz niemożliwe jest oszacowanie przez wykonawcę potencjalnego ryzyka z tym związanego. Jak zauważył odwołujący skoro sam zamawiający napotykał na takie trudności, tym większe problemy spotkać mogą wykonawcę realizującego zamówienie. W przypadku odmowy wykonawca nie będzie miał żadnych możliwości wpływania na decyzje tych instytucji, lub też narzędzi mobilizujących je do przekazania danych i informacji w pożądanym terminie. Inaczej bowiem, niż to ma miejsce w przypadku organów działających w oparciu o przepisy kodeksu postępowania administracyjnego - brak będzie procedur odwoławczych.

W związku z tym, że zamawiający nie wyraził zgody na modyfikację przedmiotowego zapisu Izba nakazała jego wykreślenie w całości, zgodnie z żądaniem odwołującego.

Zarzut opisany w pkt 21 w części dotyczącej pkt 3.2. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia załącznika nr 1 do odwołania (Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia) dotyczący konieczności przygotowania wniosków o wydanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i nowej decyzji w przypadku zmiany zakresu projektu - zarzut podlegał uwzględnieniu

Izba ustaliła, że zamawiający w Tomie III SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 3.2. przewidział, że wykonawca w szczególności powinien wziąć pod uwagę poniższe ryzyko i zagrożenia: (pkt 7) w przypadku zmiany zakresu Projektu w stosunku do zakresu określonego decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach - konieczność przygotowania kompletnych wniosków o wydanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub/i nowej decyzji.

Rację ma odwołujący, że w punkcie tym mowa jest o zmianie, przy czym zamawiający nie sprecyzował o jaką zmianę chodzi. Pomimo nieprecyzyjnego zakresu opisanego w umowie, zamawiający oczekuje, aby wykonawca wziął na siebie i skalkulował ryzyko z tym związane. Jest to działanie sprzeczne z ustawą Pzp i przepisami kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim podnosił to odwołujący.

Nietrafiona jest argumentacja zamawiającego, który twierdził, że katalog przesłanek pozwalających na zmianę umowy, opisany w §22 jest bardzo szeroki i zamawiający w pkt k uwzględnił również przedmiotową okoliczność. Przywoływany zapis przewiduje wprowadzenie możliwości dokonania zmiany, jednakże dotyczy przypadku powstania konieczności - potwierdzonej przez zamawiającego - uzupełnienia inwentaryzacji przyrodniczej, wprowadzając wyjątek w postaci zakresu opisanego w punkcie 4.3.2.1. OPZ. Z kolei ten właśnie fragment opisu przedmiotu zamówienia wprost odnosi się do sytuacji, gdy w zakresie przedsięwzięcia zostaną dokonane zmiany, które spowodują, że zajdzie potrzeba uzyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, bądź zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, która została już wydana - wówczas wykonawca opracuje stosowną dokumentację środowiskową wraz z załącznikami, o której mowa w ustawie z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko.

W zakresie dotyczącym orzeczenia o kosztach postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy Pzp. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, czy też wyroki KIO: z 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18 oraz z 5 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

W niniejszej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 5/8 (zarzuty zawarte w załączniku nr 1 do odwołania - Tabelaryczne zestawienie kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punktach: 2, 5, 11, 20 oraz w punkcie 21 w części odnoszącej się do pkt 3.2. ppkt 7 opisu przedmiotu zamówienia) odwołania i bezzasadne w pozostałej części 3/8. Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego w części 5/8 oraz odwołującego w części 3/8. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000,00 zł., koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600,00 zł. oraz koszty poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł. (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 zł. tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15 000,00 zł. + 3 600,00 zł.), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 8 325 zł (22 200,00 zł. x 3/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 275,00 zł., stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: