

**WYROK**

**z dnia 2 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2016 r. przez **Sweco Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Sweco Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sweco Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Sweco Consulting Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach Projektu: Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 14 października 2016 roku wykonawca Sweco Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego obejmujące sformułowanie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „s.i.w.z.”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez określenie w pkt 8.5,1. s.i.w.z., warunku udziału, jaki muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, w zakresie posiadanej zdolności; technicznej i zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia poprzez ustalenie w postępowaniu, którego przedmiotem jest usługa zarządzania i nadzorowania robót budowlanych, warunku udziału w postępowaniu określającego, że wykonawca zobowiązany nie tylko jest wykazać, że świadczył usługi polegające na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie, budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) linii kolejowej o wartości 4 mln złotych brutto, ale dodatkowo, by nadzorowane roboty budowlane były określonej wartości (tj. 300 mln złotych brutto), choć przedmiotem postępowania nie jest wykonanie robót budowlanych tylko świadczenie usług nadzoru nad robotami; zaś wartość robót nie; determinuje zakresu czynności czy zasobów wykonawcy;
2. naruszenie art. 22 d ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. W: sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 n, poz. 1126 - dalej: „rozporządzenie”) w związku z art. 7, ust. 1 ustawy P.z.p.,

poprzez określenie; że wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani są do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, w sytuacji gdy zostały spełnione przesłanki, aby wykaz wykonanych usług dotyczył usług wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert;

3. art. 91 ust. 2d, art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 7 ustawy P.z.p. poprzez określenie w kryterium oceny ofert, w kryterium 2 - Nadzór nad wykonaniem zadań dodatkowych wartości określonej, w pkt 4.11.19 OPZ w pozycji 1 i 2 różnej punktacji dla świadczenia usług, dotyczących pełnienia nadzoru nad wykonaniem zadań dodatkowych 0, wartości 10% Zadania inwestycyjnego;

4, art. 91 ust. 2 d oraz art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust., 1 pkt 12, art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 7 ustawy P.z.p. poprzez określenie w Kryterium oceny ofert, w Kryterium 3 — Wykonanie badań na rzecz Zamawiającego, w pozycji nr 3, że zamawiający przyzna 25 pkt za wykonanie przez wykonawcę potrójnej lub większej ilości badań wskazanych w pkt 4;2,5 pkt 23 OPZ, co prowadzi w konsekwencji do braku możliwości ustalenia ilości badań, jakie wykonawca zobowiązany będzie wykonać w ramach wynagrodzenia umownego, a tym samym ustalenia ceny oferty;;

5. art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p. poprzez, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia polegający na;

a) określeniu w § 3 warunków umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.), że termin wykonania Etapu 2 jest terminem szacunkowym, podczas gdy termin wykonania przedmiotu zamówienia powinien być ściśle określony, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty;

b) . określeniu sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy za Etap 2 w Formularzu Cena ofertowa stanowiącego załącznik 1 A do Formularza ofertowego, polegający na:

- nieuzupełnieniu przez zamawiającego długości, okresu podstawowego i długości Okresu wydłużonego w tabeli 1;
- nieuzupełnieniu przez zamawiającego wskaźnika „n”;

co w konsekwencji powoduje, że wykonawca nie może dokonać obliczenia ceny oferty;

c) brak precyzyjnego określenia, że:

- termin wykonywania umowy zostanie przedłużony w sytuacji przedłużenia wykonywania Kontraktu (na roboty budowlane);
- wykonawca uprawniony będzie do wypłaty wynagrodzenia w Okresie wydłużonym;

6. art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 353<sup>1</sup> K.c., poprzez określenie w § 4 ust. 3 Warunków Umowy (Stanowiących Tom II s.i.w.z.), że wykonawca nie będzie posiadać uprawnienia do żądania podwyższenia wynagrodzenia oraz zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonania usługi w okresie wykraczającym poza zakładane okresy dla poszczególnych Kontraktów, określone w § 3 umowy, bądź w przypadku wystąpienia zadań dodatkowych;

7. art. 353<sup>1</sup>, art. 5 K.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy P.z.p. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako podmiotu wszczynającego postępowanie i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w § 13 Warunków Umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.) rażąco wygórowanych kar umownych na Wykonawcę oraz innych naruszeń dotyczących kar umownych wskazanych w dalszej części odwołania;

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia modyfikacji s.i.w.z. oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. wykreślenie w Sekcji III, pkt 111.1.1, ppkt 8.5.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 8.5.4 Instrukcji dla Wykonawców - dalej: „IDW” stanowiącej Tom I s.i.w.z. oraz odpowiednio we wszystkich pozostałych punktach Ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. słów: „przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 300.000.000,00 PLN brutto” i wpisanie w to miejsce słów: „i zostało wydane świadectwo przejęcia robót lub został podpisany protokół odbioru końcowego robót budowlanych”,
2. wykreślenie w Sekcji III, pkt III.I .1 ppkt 8,5.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 8.5.1 IDW, oraz odpowiednio we wszystkich pozostałych punktach Ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. słów: „w okresie ostatnich trzech lat” i wpisanie w to miejsce słów: „w okresie ostatnich pięciu lat”;
3. Wykreślenie w pkt. 19.11 IDW w Kryterium nr 2 Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych powyżej wartości określonej w. pkt. 4.1.1.19 OPZ pkt. 2 "Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 10% Zadania inwestycyjnego - 6 pkt" i wprowadzenie następującej punktacji:

- a) Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości zgodnej z pkt. 4.1.1.19 OPZ (do 10%) - 0 pkt,
  - b) Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o wartości 15% Zadania inwestycyjnego -10 pkt.
  - c) Nadzór nad wykonaniem Zadań dodatkowych o Wartości 20% Zadania inwestycyjnego — 15 pkt.
4. Wykreślenie w pkt. 19.11 IDW w Kryterium nr 2 Wykonanie badań na rzecz Zamawiającego z pkt. 3 sformułowania „lub większej”;
5. Określenie w § 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) oraz odpowiednio we wszystkich pozostałych punktach Ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z. precyzyjnego terminu wykonania zamówienia;
6. Uzupelnienie w Formularzu Cena ofertowa stanowiącego załącznik 1 A do Formularza ofertowego:
- a) Długości okresu podstawowego i długości Okresu wydłużonego w tabeli 1;
  - b) Uzupelnieniu wskaźnika „n” w tabeli 4;
7. Zmiany definicji Okresu Wydłużonego na: Okres wydłużony realizacji Umowy - Wydłużony okres wykonywania umowy ze względu na przedłużenie: terminu wykonywania Kontraktu na Roboty budowlane;
8. Określenie w § 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) oraz odpowiednio w innych miejscach w Ogłoszeniu o Zamówieniu oraz w s.i.w.z. precyzyjnego terminu Wykonywania Umowy, w tym w szczególności Etapu 2 wraz z określeniem Okresu podstawowego oraz Okresu wydłużonego realizacji Umowy, a w związku z tym wykreślenie z § 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) oraz z odpowiednio innych miejsc w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w s.i.w.z. informacji, że termin wykonania Umowy jest terminem szacunkowym;
9. Wykreślenie § 4 ust. 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) zdań: „Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia Wynagrodzenia, z zastrzeżeniem przypadków określonych w niniejszej Umowie. W szczególności Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia Wynagrodzenia, jak też zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonania Usługi w okresie wykraczającym: poza zakładane okresy dla Kontraktów, określone w § 3 Umowy bądź w przypadku

wystąpienia Zadań dodatkowych, z zastrzeżeniem regulacji zawartych w pkt. 4; 1.1.19 OPZ i zobowiązania z pkt 5 Formularza Oferty" oraz dokonanie wykreślenia z pozostałych miejsc w Ogłoszeniu o Zamówieniu i w s.i.w.z., w których zamawiający określił brak możliwości zapłaty dodatkowego wynagrodzenia w okresie wykraczającym poza terminy określone w § 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.);

10. Usunięcie w § 13 ust. 1 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) następujących kar umownych:

- a) poz. 4 tabeli;
- b) poz. 5;
- c) poz. 7;
- d) poz. 11;
- e) poz. 13;
- f) poz. 15;
- g) poz. 16;
- h) poz. 19;
- i) poz. 20;
- j) poz. 22;

lub ewentualnie o zmianę w taki sposób, aby kara umowna była możliwa do naliczenia tylko w przypadku zawinionego działania lub zaniechania Wykonawcy;

II. usunięcie § 13 ust. 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ);

12. zmianę w § 13 ust. 4 Warunków Umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.), że łączna suma kar umownych nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 Umowy.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., bowiem jako doświadczony wykonawca, działający od wielu lat na rynku usług tożsamy i podobnych do przedmiotowego zamówienia publicznego, zamierzał ubiegać się o uzyskanie tego zamówienia, a wykreowane i ustanowione przez zamawiającego, w sposób niezgodny z zasadami i ww. przepisami ustawy P.z.p., minimalne wymagania w zakresie oceny zdolności technicznej i

zawodowej wykonawcy, tj. warunki brzegowe dotyczące posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, pozbawiają go takiej możliwości. Ponadto, ustalone przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. kryteria oceny ofert oraz postanowienia wzoru umowy zawierające szacunkowy termin zakończenia realizacji umowy uniemożliwiają odwołującemu złożenie prawidłowej oferty w postępowaniu i zaoferowanie wykonywania usług za poprawnie skalkulowaną cenę. Odwołujący wskazał również, że zamawiający, wykorzystując swoją pozycję dominującą, ustalił we wzorze, umowy rażąco wygórowane kary umowne narażające wykonawcę na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający ustalił w Sekcji III, pkt III. 1.1 ppkt 8.5.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 8.5.1 IDW (stanowiącej Tom I s.i.w.z.), że jednym z warunków udziału w postępowaniu, jakie muszą spełniać wykonawcy: „Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonanie, w okresie; ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 1 usługi o wartości nie mniejszej niż 4 000 000, 00 PLN brutto każda, polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 300 000 000,00 PLN brutto”.

W ocenie Odwołującego, przywołane przepisy ustawy P.z.p. winny być interpretowane w ten sposób, że skóro przedmiotem postępowania jest usługa zarządzania i nadzorowania robót budowlanych, to wszelkie wymagania definiowane przez zamawiającego jako minimalne wymagania w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, uprawniających wykonawcę do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz odnoszące się do wcześniej wykonanych przez wykonawcę usług, winny dotyczyć tylko i wyłącznie takich cech usług, które wskazują (lub mogą wskazywać), jakie było faktyczne zaangażowanie wykonawcy przy wykonywaniu danej usługi, jaka była pracochłonność, jakie były przychody wykonawcy z tytułu wykonywania usługi, jakimi zdolnościami organizacyjnymi musiał się on wykazać, etc. Oznacza to, że prawidłowe i zgodne z zasadami ustawy P.z.p. będzie kreowanie wymagań dotyczących wartości samej usługi oraz zakresu rzeczowego nadzorowanych robót budowlanych. Cechą/parametrem takim na pewno nie jest sama wartość robót budowlanych, podlegających nadzorowi.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wyznaczenia przez zamawiającego 3-letniego okresu (licząc od dnia wyznaczonego jako termin składania ofert), w którym wykonawcy mają wykazać się wykonaniem usług potwierdzających spełnianie warunku udziału w



postępowaniu i niewykorzystanie przez zamawiającego w tym zakresie możliwości, jakie daje ustawa P.z.p. i rozporządzenie, odwołujący wskazał przede wszystkim na fakt, iż jedynym w Polsce zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p., który realizuje zamówienia polegające na budowie/przebudowie linii kolejowych jest obecny zamawiający. W ocenie odwołującego i z posiadanego przez niego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich 3-ach latach ilość zakończonych w Polsce takich usług, z których każda oddzielnie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, czyli że jest to zakończona usługa zarządzania i nadzorowania budową/przebudową linii kolejowej o wartości 4 mln PLN brutto, która dotyczyła robót budowlanych o wartości 300 mln PLN brutto, a roboty te zostały już odebrane protokołem odbioru końcowego jest znikoma. Oznacza to zawężenie przez zamawiającego ilości wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienia i pozbawienie takiej możliwości dla tych wszystkich wykonawców, którzy spełniają wszystkie pozostałe wymagania zamawiającego i są zdolni do wykonania zamówienia na wysokim poziomie jakości.

W zakresie zarzutów dotyczących Kryterium oceny ofert - nadzór nad wykonywaniem Zadań dodatkowych, odnosząc się do zarzutu dotyczącego błędnego określenia kryterium oceny ofert, odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 4.1,1.19 OPZ „Wykonawca w ramach Wynagrodzenia jest zobowiązany do wykonywania obowiązków wynikających z Umowy W zakresie Zadań dodatkowych tj. o wartości łącznej nieprzekraczającej 10% wartości Zadania inwestycyjnego, z zastrzeżeniem pkt 5 Formularza Ofertowego, łącznie dla wszystkich Kontraktów.” Zgodnie z punktacją ustaloną przez zamawiającego, punkty w Kryterium nr 2 nie są przyznane w ogóle Jeśli. Wykonawca zaproponuje nadzór zgodnie z pkt. 4.1.1.19 OPZ (czyli maksymalnie 10% wartości zadania inwestycyjnego). Z kolei, w przypadku, gdy zaproponują nadzór nad zadaniami dodatkowymi o wartości 10 % Zadania inwestycyjnego, (czyli de facto tyle co wymagane w OPZ,) otrzyma 6 pkt. Tym samym, w przypadku zaproponowania przez wykonawcę, że będzie, świadczyć usługi nadzoru nad Zadaniami dodatkowymi do 10% wartości Zadania inwestycyjnego, zostaną spełnione jednocześnie 2 kryteria do przyznania punktów, a mianowicie - 0 pkt. i 6 pkt. W ocenie Odwołującego, takie kryterium jest niejednoznaczne i zakres tych pozycji obejmuje takie same świadczenia, które jednak są różnie punktowane przez zamawiającego.

W zakresie zarzutów dotyczących Kryterium oceny ofert - wykonanie badań na rzecz zamawiającego, odnosząc się do Kryterium nr 3 w kryterium oceny ofert Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 4.2.5 ppkt. 23 OPZ „Inżynier jest zobowiązany uzyskać dostęp do akredytowanego Laboratorium, w którym muszą, zostać wykonane , na jego zlecenie i na jego koszt, w ramach Wynagrodzenia Umownego, badania kontrolne w ilościach przedstawionych. w Umowie (niniejszym OPZ oraz Ofercie Wykonawcy) w ramach realizacji

każdego Kontraktu w zakresie wskazanym w tabeli poniżej: (...) ” Z kolei, zgodnie, z zaproponowaną przez zamawiającego punktacją w ramach. Kryterium 3, wykonawca otrzyma 25 punktów, jeśli zaproponuje wykonanie potrójnej lub większej, ilości badań wskazanych w pkt. 4.2.5 ppkt 23 OPZ, odwołujący wskazał, że wykonawca nie będzie w stanie poprawnie skalkulować ceny, gdyż jeśli zaproponuje wykonanie potrójnej lub większej ilości badań, to nie jest w stanie przewidzieć ile takich badań zażąda zamawiający, a koszt ich wykonania ma być poniesiony w ramach wynagrodzenia wykonawcy. W związku z tym, w ocenie odwołującego, konieczna jest zmiana tego kryterium oceny ofert i określenie dokładnej ilości badań jaką wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji Umowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego terminu wykonania zamówienia, odwołujący wskazał, że w Tomie II s.i.w.z. - Warunki Umowy w § 3 ust. 1 pkt 1 zamawiający wskazał, że „Etap 2 - dotyczący realizacji Robót, realizowany będzie od dnia wskazanego w wydanym, przez Zamawiającego Poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2, wydanym nie później niż 14 dnia od zawarcia Umowy na Roboty; określającym termin rozpoczęcia realizacji Etapu nie później niż w terminie 30 dni od jej zawarcia do dnia zakończenia wykonywania Robót (Wystawienia Świadczenia Przejęcia)”, natomiast, zgodnie z ust. 2 lit. a, „Przewidywany czas realizacji Usługi wynosi: a) 37 miesiące - Etap 2”. Odwołujący wskazuje, że podane przez zamawiającego terminy realizacji Umowy są to terminy szacunkowe, niepozwalające na obliczenie kiedy realizacja usług się zakończy. Termin „zakończenia wykonywania Robót” nie wskazuje na konkretny, pewny moment i wykonawca nie jest w stanie określić kiedy on nastąpi. Takie sformułowanie terminu; uniemożliwia poprawne oszacowanie wartości zamówienia, a tym samym złożenie oferty. Jednocześnie, w § 3 Warunków Umowy zamawiający podaje jedynie szacunkowe terminy świadczenia usług w ramach Umowy, Odwołujący podkreślił, że termin wykonania Umowy powinien być precyzyjny, tak aby możliwe było obliczenie ceny oferty przez wykonawcę.

Odwołujący przyjął, że na podstawie postanowień § 4 ust. 2 Warunków Umowy zamawiający przewiduje możliwość wydłużenia świadczenia Usług przez. Wykonawcę ze względu na niewykonanie przez wykonawcę robót budowlanych, wszystkich prac. Okres przedłużenia świadczenia usług został określony maksymalnie do 15 miesięcy, co wynika z § 3 ust. 2 ppkt d Warunków Umowy. Jednakże po upływie tego terminu wykonawcy nie będzie przysługiwać wynagrodzenie za świadczone usługi, o czym stanowi § 4 ust. 3, a zobowiązany będzie do ich wykonywania ze względu na niezakończenie robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 142 ust. 1 ustawy P.z.p., umowę zawiera się na czas oznaczony. Z treści umowy powinno jednoznacznie wynikać, na jaki okres jest zawarta. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 stycznia 2016 roku, w sprawie o

sygn. akt V CSK 277/15 „Zgodnie z art. 142 ust. 1 p.z.p., umowę. w reżimie ustawy zawiera się na czas oznaczony (ustawowe wyjątki od tej zasady w okolicznościach sprawy nie występują). Terminem wykonania umowy zawartej na podstawie zamówienia publicznego może być zarówno data, oznaczona liczba jednostek czasu, jak i oznaczone zdarzenie. Niemniej, dane przyszłe zdarzenie można traktować jako termin ustania stosunku prawnego tylko wówczas, gdy jest ono w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań oczywiście pewne. Termin oznaczany jako "zakończenie, inwestycji" nie jest w powyższym rozumieniu "pewny" zarówno co do faktu, jak i chwili nadejścia. Brak podstaw do odstąpienia od tego bezwzględnie obowiązującego przepisu także wówczas, gdy w umowie niezbędny dla zakończenia przedsięwzięcia, w szczególności wobec wydłużenia terminu wykonania robót przez wykonawców. Termin wykonania umowy musi być bowiem wskazany wprost i odpowiadać SIWZ. Postanowienia SIWZ i umowy zawartej na ich podstawie nie powinny zawierać sformułowań umożliwiających zamawiającemu przesuwanie terminu realizacji umowy na niekorzyść wybranego wykonawcy i uzależniać go od czynników niezależnych od stron tego kontraktu."

Ponadto odwołujący wskazał, że z postanowień Umowy powinno wynikać, że Wykonawca posiada uprawnienie do żądania zapłaty dodatkowego wynagrodzenia ponad okres, na jaki została zawarta Umowa.

W zakresie sposobu liczenia wynagrodzeń odwołujący podkreślił, że Formularz Cena ofertowa, stanowiący załącznik1 A do Formularza ofertowego, nie pozwala na prawidłowe określenie ceny zamówienia. W tabeli. 1 powyżej określonego formularza należy uzupełnić pola poprzez wskazanie Okresu podstawowego oraz okresu wydłużonego. Z postanowień s.i.w.z. nie wynika czy jako okres podstawowy należy przyjąć 37 miesięcy, a jako okres wydłużony 15 miesięcy. Jednocześnie, skoro zamawiający pozostawił te pozycje do uzupełnienia przez wykonawców, należy stwierdzić, że okresy te są zmienne.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający we wzorze dotyczącym sposobu obliczenia wynagrodzenia stałego dla okresu wydłużonego określił, że wpływ na wysokość tego wynagrodzenia będzie mieć wskaźnik „n”. Zgodnie z opisem w tabeli 4 wskaźnik ten wynosić będzie od 0,7 do 1. W ocenie odwołującego, z przedstawionej treści formularza nie jest możliwe określenie wartości wskaźnika „n”. W związku z powyższym, w tym zakresie zamawiający powinien doprecyzować, postanowienia s.i.w.z..

W zakresie zarzutu dotyczącego kar umownych, odwołujący podniósł, że w § 13 ust. 1 zamawiający określił bardzo szeroki katalog kar umownych. Zdaniem odwołującego katalog ten jest zbyt obszerny, co stoi w sprzeczności podziału ryzyka związanego z realizacją zamówienia publicznego na zamawiającego i wykonawcę. *De facto* zamawiający

wykorzystuje swoją dominującą pozycję i nakłada na wykonawcę szereg obowiązków i kar za ich niewypełnienie. Odwołujący podkreślił, że często kary umowne nakładane są bez względu na przyczynę niedopełnienia obowiązku przez wykonawcę. Uprawnienie do nałożenia kary umownej może wystąpić nawet w sytuacji, w której wykonawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności za naruszenie obowiązków. W związku z tym odwołujący wniósł o wykreślenie kar umownych wskazanych w *petitum* odwołania. Ewentualnie, w przypadku uznania, że zamawiający posiada uprawnienie do kreowania stosunku, prawnego w sposób niezapewniający równowagi stron, odwołujący wniósł o uwzględnienie w postanowieniach dotyczących kar umownych postanowień, że ich nałożenie może nastąpić tylko w sytuacji zawinionego działania lub zaniechania wykonawcy.

Abstrahując od szerokiego katalogu kar umownych określonych w § 13 ust. 1 Warunków Umowy, odwołujący zwrócił uwagę na § 13 ust. 3 Warunków Umowy. Zgodnie z nim, za każdy inny przypadek nieterminowego wykonania lub niewykonania lub nienależytego wykonania opisanego w Umowie lub OPZ obowiązku Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 5 000,00 PLN za każdy stwierdzony przypadek. Tak sformułowane postanowienie daje zamawiającemu możliwość nałożenia kary umownej za każde, nawet najbardziej nieistotne naruszenie obowiązków przez Wykonawcę. Stoi to w sprzeczności z zasadą swobody umów, równości stron stosunku cywilnoprawnego. Jest to bezsprzecznie wykorzystanie pozycji dominującej przez zamawiającego. Mając powyższe na względzie niezbędne jest wykreślenie tego postanowienia.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający określił w § 13 ust. 4 Warunków Umowy, że łączna suma naliczonych kar umownych, nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 Umowy, za wyjątkiem sytuacji, w której przekroczenie nastąpi ni skutek wypowiedzenia Umowy. Zgodnie z § 13 ust. 1 poz. 12 tabeli, kara umowna za wypowiedzenie umowy wynosi 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 Umowy. Tym samym rzeczywisty limit kar umownych wynosi 40% wynagrodzenia brutto Wykonawcy. W ocenie odwołującego, limit ten jest zbyt wysoki i powinien wynosić 30% wartości wynagrodzenia brutto; określonego w § 4 ust. 1 Umowy; Tym samym, konieczne jest wykreślenie zastrzeżenia, że do przekroczenia limitu nie stosuje się w przypadku, gdy przekroczenie tego limitu nastąpi na skutek wypowiedzenia Umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 października 2016 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości,

2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Ad rzekome naruszenie art. 22 ust. 1a oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zarzutem odwołującego wskazując, że warunek w ww. brzmieniu czyni zadość dyspozycji przepisów ustawy P.z.p., a żądanie odwołującego zmierza do zmiany s.i.w.z. pod możliwości i predyspozycje odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z założeniami ustawodawcy warunki udziału w postępowaniu mają za zadanie ograniczyć krąg wykonawców mających możliwość skutecznego złożenia oferty jedynie do tych wykonawców, którzy posiadają odpowiednie kompetencje i środki do prawidłowego zrealizowania zamówienia. Innymi słowy warunki udziału w postępowaniu są narzędziem, które ma pozwolić zamawiającym dokonanie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, tj. zrealizowanie zamówienia w sposób terminowy oraz zgodny z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w dokumentacji przetargowej. Ustawodawca dał wyraz powyższym założeniom w treści nowelizacji przepisów ustawy P.z.p., które obowiązują od 28 lipca 2016 r. i w reżimie których prowadzone jest przedmiotowe postępowanie.

W ocenie Zamawiającego określone przez niego warunki udziału w postępowaniu czynią zadość przepisom ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia w ramach niniejszego postępowania jest świadczenie usługi nadzoru nad realizacją wielomilionowych kontraktów na wykonanie specjalistycznych robót budowlanych (modernizacja linii kolejowej), a w sam projekt będzie zaangażowanych setki osób. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że inwestycja będzie realizowana przy wykorzystaniu środków unijnych. Wszystkie powyżej opisane okoliczności sprowadzają się do tego, że zamawiający ma prawo ograniczać krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jedynie do wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w nadzorowaniu przedsięwzięć o określonej charakterystyce i skali. Przyjęty przez zamawiającego miernik spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do wartości nadzorowanych robót budowlanych wydaje się czynić zadość celowi dla jakiego został ustanowiony. Zamawiający wskazał, iż szacunkowa wartość zamówienia robót budowlanych, które mają zostać objęte nadzorem wynosi 495.000.000,00 PLN netto. W związku z tym podstawienie warunku, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w nadzorowaniu „robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 300 000 000,00 PLN brutto" nie wydaje się być warunkiem wygórowanym i jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

W ocenie zamawiającego, odwołujący zdaje się całkowicie zapominać o tym, iż nawet jeżeli określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są dla odwołującego „nadmierne”, nie oznacza to, że jest on całkowicie pozbawiony możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ustawa P.z.p. daje bowiem możliwość w takich sytuacjach skorzystania z dwóch instytucji - złożenia oferty w ramach konsorcjum oraz posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego.

Ad rzekome naruszenie art. 22d ust. 1 ustawy P.z.p., w związku z § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126), zamawiający stwierdził, że przepis ma charakter fakultatywny (dobrowolny), a zatem określenie dłuższego niż 3-letni okresu, w którym wykonawcy mogą wykazać spełnienie warunku posiadania zdolności zawodowej do wykonania zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Wskazał, że z uwagi na zaobserwowany w ostatnich latach znaczny postęp technologiczny, zmianę sposobu organizacji pracy na placach budowy, zmiany przepisów prawa powodują, iż zamawiający ma prawo wymagać, aby wykonawcy wykazali się jak najbardziej „bieżącym” doświadczeniem w realizacji usług nadzoru. Stwierdził, że analogicznie jak zostało to wskazane w pkt. 1 niniejszej odpowiedzi na odwołanie, zamawiający ma prawo ukształtować warunki udziału w postępowaniu tak, aby mieć możliwość wyboru rzetelnego wykonawcy. Analogicznie również należy odnieść uwagi dotyczące udziału przez odwołującego w postępowaniu w ramach konsorcjum lub przy wykorzystaniu instytucji korzystania z potencjału podmiotów trzecich. W ocenie zamawiającego, z uwagi na opisane powyżej okoliczności, trudnym jest uznanie, iż określenie wymogu wykazania się doświadczeniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert stanowi naruszenie jakiegokolwiek obowiązującego przepisu prawa. Dlatego też w ocenie zamawiającego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 91 ust. 2d, art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy P.z.p. zamawiający niniejszym wskazał, iż w dniu 21.10.2016 r. dokonał modyfikacji pkt 4.1.1.19 OPZ zgodnie z żądaniem odwołującego. W związku z tym ww. zarzut stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Ad rzekome naruszenie art. 91 ust. 2 d oraz art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 7 ustawy P.z.p., z wskazał, iż w dniu 27.10.2016 r. dokonał modyfikacji postanowień s.i.w.z., w związku z czym ww. zarzut stracił na aktualności i nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Ad naruszenie art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że nie zgadza się w całości z zarzutem oraz poczynioną przez odwołującego argumentacją. Zamawiający podkreślił, że przedmiotowe postępowanie - jak i wszystkie prowadzone postępowania przez zamawiającego - prowadzone jest w oparciu o szablonową, bazową dokumentację, której zapisy były już przedmiotem zaskarżenia, w tym m.in. regulacja określająca moment zakończenia umowy jako „zakończenie wykonywania robót (wystawienie Świadectwa Przejęcia)”. Izba nie stwierdziła jakoby brak określenia zakończenia umowy jako konkretnej, sztywnej daty stanowił naruszenie przepisów - wręcz przeciwnie Izba wskazała, że przyjęta przez zamawiającego konstrukcja odpowiada celowi, dla którego umowa została zawarta.

Zamawiający powołał się na następujące postępowania: KIO 2002/15, KIO 2010/15, KIO 2038/15.

Zamawiający wskazał, iż stwierdzenie jakoby „Okres przedłużenia świadczenia usług został określony maksymalnie do 15 miesięcy (...). Jednakże po upływie tego okresu Wykonawcy nie będzie przysługiwać wynagrodzenie za świadczone usługi (...), a zobowiązany będzie do ich wykonywania ze względu na niezakończenie robót budowlanych.” jest nieprawdziwe. Przepisy umowy, na które powołuje się odwołujący w treści odwołania, nie normują, że wykonawcy w ogóle nie będzie przysługiwać wynagrodzenie za wykonywanie usługi w tym zakresie, ale że wykonawca nie będzie miał uprawnienia do wnioskowania o jego zwiększenie. Takie regulacje - przy wynagrodzeniu ryczałtowym - są prawidłowe i zgodne zarówno z ustawą P.z.p., jak i przepisami kodeksu cywilnego. Zamawiający zauważył, iż okoliczność, że w ww. okresie wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie wynika z brzmienia załącznika nr 1a formularza ofertowego.

W zakresie zarzutu dotyczącego określenia sposobu obliczania wynagrodzenia wykonawcy za Etap 2 w Formularzu Cena oferta stanowiącego załącznik 1a do formularza ofertowego, zamawiający stwierdził, że dokonał w dniu 21.10.2016 r. modyfikacji ww. załącznika zgodnie z żądaniem odwołującego, w związku tym zarzut nie powinien stanowić przedmiotu orzekania Izby.

Ad zarzut art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p, art. 353<sup>1</sup> K.c.(zarzut 5 pkt c oraz zarzut 6), zamawiający wskazuje, iż uprawnienie wykonawcy do otrzymywania wynagrodzenia w okresie świadczenia usługi po okresie wydłużonym wynika wprost z aktualnych zapisów WU.

§ 3 ust. 1 Termin realizacji Umowy stanowi, że:

„Usługa będzie realizowana w 2 Etapach:

1) Etap 2 - dotyczący realizacji Robót, realizowany będzie od dnia wskazanego w wydanym przez Zamawiającego Poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2, wydanym nie później niż 14 Dni od zawarcia Umowy na Roboty, określającym termin rozpoczęcia realizacji Etapu nie później niż w terminie 30 Dni od jej zawarcia do dnia zakończenia wykonywania Robót (wystawienia Świadectwa Przejęcia);"

W § 4 ust. 2 WU wskazuje się, że:

„Na Wynagrodzenie określone w ust. 1 składa się:

1) Dla Kontraktu 1:

a) Wynagrodzenie, stanowiące ekwiwalent za wykonanie Usługi na Etapie 2, na które składa się:

wynagrodzenie zmienne należne w całym okresie realizacji Etapu 2 w wysokości

PLN netto powiększone o należny podatek VAT w wysokości PLN,

co stanowi kwotę brutto w wysokości PLN;"

Zgodnie z § 5, płatność Wynagrodzenia za realizację Etapu 2

2. Wynagrodzenie za realizację Etapu 2 płatne będzie w okresach miesięcznych, z zastrzeżeniem, że pierwsza płatność Wynagrodzenia będzie należna proporcjonalnie za okres liczony od dnia rozpoczęcia realizacji Etapu 2 do ostatniego dnia danego miesiąca kalendarzowego.

3. Wynagrodzenie netto należne Wykonawcy za okres jednego miesiąca, obliczane będzie odrębnie dla każdego Kontraktu i będzie składało się z części stałej i części zmiennej, zgodnie z tabelą.

4. Wynagrodzenie zmienne odpowiada procentowemu zaawansowaniu Robót dla danego Kontraktu wyliczanemu w oparciu o wartość netto faktur za Roboty, które wpłynęły do Zamawiającego po zawarciu Umowy, w danym miesiącu w stosunku do wartości netto całej Umowy na Roboty, i zostały zatwierdzone w PŚP za dany miesiąc i wyliczane będzie według następującego wzoru:

$$W_{zm} = \Sigma FWR \times WKN / WKR$$

gdzie:

W<sub>zm</sub> - Wynagrodzenie zmienne netto Wykonawcy w danym miesiącu,



$\Sigma$  FWR - Suma wartości Robót netto na fakturach Wykonawcy Robót danego Kontraktu i nadzorowanych i zarządzanych przez Wykonawcę, które wpłynęły do Zamawiającego w danym miesiącu po zawarciu niniejszej Umowy,

WKN - Wartość Wynagrodzenia zmiennego netto Wykonawcy za Usługi dotyczące danego Kontraktu,

WKR - wartość netto Kontraktu.

Należne Wynagrodzenie zmienne nie może przekroczyć WKN.

Załącznik 1a do formularza ofertowego stanowi, że:

Wynagrodzenie maksymalne za Etap 2, składa się z Wynagrodzenia w części stałej i zmiennej.

Okres podstawowy 40%W PLN Okres wydłużony  $p*n*40\%W$  PLN

Okres wykonywania robót wykraczający poza okres wydłużony 0 PLN

Wynagrodzenie zmienne 60%W PLN

W - Wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca ustala wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia). Wykonawca wycenia Wynagrodzenie podstawowe w części 2 w sposób następujący:

Wskaźnik n od 0,7 do 1

n - wskaźnik, mieszczący się w granicach od 0,7 do 1 którego wartość Wykonawca określa w sposób następujący:

- jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego (z danych z Tabl, kolumna 3/2), który należy zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku.

Cena za realizację Etapu 2 będzie obliczona i wprowadzona do Tabeli 7 w pkt 3 zgodnie z następującym wzorem:

Wynagrodzenie maksymalne dla Etapu 2 =  $40\%W + p*n*40\%W + 60\%W$ ,

Mając na uwadze powyższe zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad naruszenie art. 353<sup>1</sup>, art. 5 k.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy P.z.p., zamawiający w pierwszej kolejności zaznaczył, że KIO stoi na stanowisku, iż „w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku

zobowiązaniowego (art. 353<sup>1</sup> K.c.) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego" (np. wyrok KIO 283/14). Na gruncie ustawy P.z.p. dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający przygotowując umowę o zamówienie publiczne przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość w kalkulowaniu w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dodatkowo KIO orzekła, że wszyscy wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o konkretne zamówienie znajdują się w takiej samej sytuacji i dlatego nie można twierdzić, że postanowienia umowy - takie same dla wszystkich - mogą ich dyskryminować (np. wyrok KIO 283/14). W ocenie KIO kary umowne są pożytecznym instrumentem nie tylko o charakterze odszkodowawczym, ale również prewencyjnym. Ich zadaniem jest dyscyplinowanie wykonawców w trakcie realizacji umowy. KIO podkreśla, że wykonawca niezadowolony z wysokości nałożonej kary umownej ma ustawowe prawo do domagania się jej miarkowania przez sąd (wyrok KIO o sygn. akt KIO 283/14).

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie w postanowieniach dotyczących kar umownych postanowień, że ich nałożenie może nastąpić tylko w sytuacji zawinionego działania lub zaniechania wykonawcy”.

Zamawiający wskazał, iż wprowadzenie modyfikacji do WU zgodnie z żądaniem odwołującego będzie powodować, że każdorazowa możliwość naliczenia kary umownej będzie wiązać się z koniecznością wykazania winy wykonawcy. To z kolei może prowadzić do sytuacji, że uprawnienie do naliczenia kary będzie iluzoryczne.

Odwołujący wskazał, że określony przez zamawiającego limit kar umownych na poziomie 40% jest zbyt wysoki i powinien wynosić 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Zamawiający stwierdził, że w orzecznictwie wskazuje się, że zamawiający w ogóle nie jest zobowiązany do ustalenia limitu wysokości kary umownej oraz może naliczać kary umowne także w przypadku odstąpienia od umowy. Jeżeli kary umowne były ustalone w trakcie trwania umowy, zdaniem KIO brak jest powodu, aby po ewentualnym odstąpieniu przez zamawiającego od umowy zrezygnować z ich dochodzenia (wyrok KIO o sygn. akt KIO 69/14).

Zamawiający stwierdził, że nie widzi podstaw do dokonywania zmiany s.i.w.z. w zakresie wskazanym przez Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z żądaniem odwołującego usunął z § 13 WU ust. 3, co czyni zadość żądaniu odwołującego określonym w pkt 11 (strona 6 odwołania). W pozostałym zakresie zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut odwołującego jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie w dniu 28 października 2016 roku odwołujący cofnął zarzut 3 i 4 odwołania oraz zarzut określony w ust. 5b w zakresie dotyczącym nieuzupełnienia przez zamawiającego długości okresu podstawowego i długości okresu wydłużonego w tabeli 1.

#### **Izba ustaliła co następuje:**

Zamawiający w Sekcji III, pkt III. 1.1 ppkt 8.5.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 8.5.1 IDW (stanowiącej Tom I s.i.w.z.) określił warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że świadczył usługi polegające na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie, budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) linii kolejowej o wartości 4 mln złotych brutto oraz by nadzorowane roboty budowlane były określonej wartości (tj. 300 mln złotych brutto).

Wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani są do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

W Tomie II s.i.w.z. - Warunki Umowy w § 3 ust. 1 pkt 1 zamawiający wskazał, że „Etap 2 - dotyczący realizacji Robót, realizowany będzie od dnia wskazanego w wydanym, przez Zamawiającego Poleceniu rozpoczęcia Usługi dla Etapu 2, wydanym nie później niż 14 dnia od zawarcia Umowy na Roboty; określającym termin rozpoczęcia realizacji Etapu nie później niż w terminie 30 dni od jej zawarcia do dnia zakończenia wykonywania Robót (Wystawienia Świadcstwa Przejęcia)", natomiast, zgodnie z ust. 2 lit. a, „Przewidywany czas realizacji Usługi wynosi: a) 37 miesiące - Etap 2”

Zgodnie z § 4 ust. 3 Warunków Umowy (stanowiących Tom II SIWZ) „Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania podwyższenia Wynagrodzenia, z zastrzeżeniem przypadków określonych w niniejszej Umowie. W szczególności Wykonawca nie będzie uprawniony do.

żądania podwyższenia Wynagrodzenia, jak też zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonania Usługi w okresie wykraczającym: poza zakładane okresy dla Kontraktów, określone w § 3 Umowy bądź w przypadku wystąpienia Zadań dodatkowych, z zastrzeżeniem regulacji zawartych w pkt. 4; 1.1.19 OPZ i zobowiązania z pkt 5 Formularza Oferty.

Załącznik 1a do formularza ofertowego stanowi, że:

Wynagrodzenie maksymalne za Etap 2, składa się z Wynagrodzenia w części stałej i zmiennej.

Okres podstawowy 40%W PLN Okres wydłużony  $p \cdot n \cdot 40\%W$  PLN

Okres wykonywania robót wykraczający poza okres wydłużony 0 PLN

Wynagrodzenie zmienne 60%W PLN

W - Wynagrodzenie podstawowe netto za realizację Etapu 2 (Wykonawca ustala wynagrodzenie w oparciu o Okres podstawowy oraz przedmiot zamówienia). Wykonawca wycenia Wynagrodzenie podstawowe w części 2 w sposób następujący:

Wskaźnik n od 0,7 do 1

n - wskaźnik, mieszczący się w granicach od 0,7 do 1 którego wartość Wykonawca określa w sposób następujący:

- jest wyrażonym ułamkowo stosunkiem okresu wydłużonego do okresu podstawowego (z danych z Tabl, kolumna 3/2), który należy zaokrąglić do dwóch miejsc po przecinku.

W § 13 WU zamawiający określi kary umowne za naruszenia tam przewidziane. Łączna suma kar umownych nie może przekroczyć 30% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 4 ust. 1 umowy, za wyjątkiem sytuacji, w której przekroczenie limitu kar umownych nastąpi na skutek wypowiedzenia umowy.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 22d ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez określenie w pkt 8.5.1.

s.i.w.z., warunku udziału, jaki muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, w zakresie posiadanej zdolności; technicznej i zawodowej w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a ustawy P.z.p.).

Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270). W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający takiemu warunkowi sprostał.

Podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia są usługi zarządzania i nadzoru nad robotami budowlanymi. Usługa tego typu jest nierozzerwalnie związana z wykonywaniem robót budowlanych. Oczywistym jest zatem, iż zamawiający uzna za spełniającego warunek wykonawcę, który jest w stanie wykazać się wykonywaniem analogicznej usługi wobec porównywalnych robót budowlanych.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż o doświadczeniu wykonawcy nie decyduje wartość wykonywanych robót budowlanych, ale ich zakres, Izba wskazuje, że zakres ten został określony treścią warunku, zgodnie z którym wykonawcy muszą wykazać się świadczeniem usług zarządzania inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub modernizacji (rozbudowy, przebudowy) linii kolejowej. Określenie warunku poprzez wymóg, by usługa dotyczyła nadzoru nad budową lub modernizacją linii kolejowej pozwala na ustalenie, jakiego rodzaju roboty były przez wykonawcę nadzorowane. Wskazać przy tym należy, że dla wykazania spełnienia warunku nie jest konieczne wykazanie pełnienia nadzoru nad robotami identycznymi z tymi, które

będą nadzorowane w przedmiotowym postępowaniu. Sama wartość robót objętych nadzorem może również nieść informacje na temat doświadczenia i zdolności wykonawców. Jakkolwiek wartość zamówienia nie zawsze oddaje zakres, jakość czy zaawansowanie wykonywanych robót, jest jednak przeważnie obiektywnym miernikiem ich skali.

Należy przy tym zauważyć, że mimo nowelizacji przepisów ustawy P.z.p. również w zakresie przepisów dotyczących ustalania warunków udziału w postępowaniu, nadal aktualny jest pogląd, iż zamawiający jest obowiązany dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkie podmioty zainteresowane wykonaniem danego zamówienia. Regulacje ustawy wskazują wręcz na przyjęcie diametralnie odmiennego założenia, czyli realizacji zamówienia publicznego jedynie przez podmioty należycie zweryfikowane pod kątem możliwości należytego wykonania przez nie umowy. Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt XII Ga 143/09; niepubl.), przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1862/09), podkreślono, że zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Opis oceny spełniania warunków jest podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, a także stopniem złożoności. I nie musi zatem zapewniać możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu. Nie stanowi zatem naruszenia (utrudniania) uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 d ust. 1 ustawy P.z.p. w związku z § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z art. 7, ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez określenie; że wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani są do złożenia wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, w sytuacji gdy zostały spełnione przesłanki, aby wykaz wykonanych usług dotyczył usług wykonanych w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 *in principio* rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W myśl ust. 5 pkt 2, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może dopuścić, aby wykaz o którym mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Analiza przepisu zawartego w § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia wskazuje, że przepis ten ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt 2. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 ustawy P.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Niemniej jednak, w ocenie Izby, postawiony przez odwołującego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Okoliczności uzasadniające bowiem wydłużenie terminu zgodnie z żądaniem odwołującego winny być przez niego udowodnione, stosownie do wynikającej z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. zasady, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Innymi słowy - to odwołujący winien udowodnić, że określone przez zamawiającego żądanie wykazania doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat naruszy uczciwą konkurencję. Tymczasem odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż z posiadanego przez niego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich 3-ach latach ilość

zakończonych w Polsce takich usług, z których każda oddzielnie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, czyli że jest to zakończona usługa zarządzania i nadzorowania budową/przebudową linii kolejowej o wartości 4 mln PLN brutto, która dotyczyła robót budowlanych o wartości 300 mln PLN brutto, a roboty te zostały już odebrane protokołem odbioru końcowego, jest znikoma. Odwołujący nie przedstawił żadnych danych pozwalających na określenie ilości i wartości zleconych i wykonanych usług tego rodzaju w wymaganym okresie czasu. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż tego typu informacje, z uwagi na fakt, iż dotyczą sfery zamówień publicznych, są jawne i dostępne dla zainteresowanych podmiotów. Odwołujący sam przyznał, że PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie jest jedynym zamawiającym w Polsce, realizującym zamówienia porównywalne z zamówieniem będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Tym samym odwołujący nie powinien mieć problemu z ustaleniem okoliczności, które podnosi. Mimo to nie sprostał ciężącemu na nim obowiązкови dowodowemu, co skutkuje oddaleniem zarzutu.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p. poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia polegający na określeniu w § 3 warunków umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.), że termin wykonania Etapu 2 jest terminem szacunkowym, podczas gdy termin wykonania przedmiotu zamówienia powinien być ściśle określony, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości ustalenia ceny oferty;

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2015 roku sygn. akt KIO 2002/15, KIO 2010/15, gdzie wskazano, że termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia został określony przez wskazanie zdarzenia – wystawienie Świadectwa Przejęcia. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i cel, któremu świadczona usługa ma służyć, takie ukształtowanie terminu zakończenia usługi jest racjonalne. Specyfika robót będących przedmiotem nadzoru nie pozwala bowiem na sztywne określenie daty zakończenia tych robót, a co za tym idzie, daty zakończenia usługi nadzoru nad ich wykonywaniem. Z kolei przerwanie usługi przed zakończeniem procesu budowlanego wprowadziłoby chaos organizacyjny i decyzyjny, utrudniający płynne i sprawne doprowadzenie inwestycji do końca. Oznaczenie maksymalnego terminu trwania usługi przez wskazanie daty w praktyce prowadzi do konieczności aneksowania umów, co zawsze wywołuje stan niepewności co do dalszego trwania usługi.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p.



poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia polegający na braku precyzyjnego określenia, że:

- termin wykonywania umowy zostanie przedłużony w sytuacji przedłużenia wykonywania Kontraktu; (na roboty budowlane);
- wykonawca uprawniony będzie do wypłaty wynagrodzenia w Okresie wydłużonym;

Izba podtrzymuje wyrażone wyżej stanowisko w zakresie prawidłowego określenia terminu wykonywania umowy.

Izba podkreśla, iż uprawnienie do wypłaty wynagrodzenia w Okresie wydłużonym wynika z treści Załącznika 1a do Formularza ofertowego, gdzie wskazano również sposób jego wyliczenia.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ustawy P.z.p. poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia polegający na nieuzupełnieniu przez zamawiającego wskaźnika „n”.

Izba podkreśla, iż kwestionowany przez odwołującego wskaźnik „n” jest wielkością wyrażoną poprzez określenie jego zakresu od 0,7 do 1. Jest to wskaźnik matematyczny, przy pomocy którego wykonawca będzie obowiązany wyliczyć wynagrodzenie za okres wydłużony. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby niemożliwe jest ustalenie wysokości wskaźnika „n”. Będzie to liczba zawierająca się w ustalonym przedziale.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 9, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 353<sup>1</sup> K.c., poprzez określenie w § 4 ust. 3 Warunków Umowy (Stanowiących Tom II s.i.w.z.), że wykonawca nie będzie posiadać uprawnienia do żądania podwyższenia wynagrodzenia oraz zapłaty wynagrodzenia dodatkowego, w przypadku wykonania usługi w okresie wykraczającym poza zakładane okresy dla poszczególnych Kontraktów, określone w § 3 umowy, bądź w przypadku wystąpienia zadań dodatkowych.

Zamawiający przewidział, że usługa niezakończona w tzw. okresie podstawowym będzie realizowana w okresie przedłużonym trwającym nie dłużej niż 50% okresu podstawowego (§ 3 ust. 2 WU). W obu tych etapach wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie stałe oraz wynagrodzenie zmienne, zależne od postępu prac. Ponadto – co istotne – w przypadku niezakończenia procesu budowlanego w okresie przedłużonym, wykonawca za usługę świadczoną po tym okresie będzie otrzymywał wynagrodzenie zmienne. Powyższe wynika wprost z tabeli nr 2 w załączniku nr 1 do IDW, zgodnie z którym

wynagrodzenie zmienne, stanowiące 60% wynagrodzenia za etap 2, będzie wypłacane w całym okresie trwania usługi. Znajduje to również potwierdzenie w § 4 ust. 2 WU, zgodnie z którym wynagrodzenie zmienne przysługuje w całym okresie realizacji etapu 2. Zatem twierdzenie Odwoływającego o braku wynagrodzenia w przypadku świadczenia usługi po okresie przedłużonym nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. Przeciwnie, wynagrodzenie zmienne nieopbrane we wcześniejszych okresach świadczenia usługi w związku z mniejszymi „przerobami”, zostanie wypłacone w okresie, w którym te „przeroby” wystąpią. Tym samym możliwość przedłużenia się realizacji usługi poza okres przedłużony nie stanowi ryzyka, że usługa wykonywana będzie bez wynagrodzenia. Nie można więc mówić o naruszeniu zasady ekwiwalentności świadczeń. Wobec powyższego nie sposób również podzielić tezy Odwoływającego o nieprecyzyjnym określeniu przedmiotu zamówienia i niemożności złożenia porównywalnych ofert, wykonawcy bowiem dysponują informacjami niezbędnymi do skalkulowania ofert.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 353<sup>1</sup>, art. 5 K.c. w zw. z art. 14 oraz art. 139 ustawy P.z.p. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej zamawiającego jako podmiotu wszczynającego postępowanie i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na nałożeniu w § 13 Warunków Umowy (stanowiących Tom II s.i.w.z.) rażąco wygórowanych kar umownych na Wykonawcę oraz innych naruszeń dotyczących kar umownych.

Oceniając poszczególne postanowienia s.i.w.z., Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną s.i.w.z. Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Ponadto żadnej z kwestionowanych w treści odwołania kar umownych nie można uznać za nadmierną i godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Kary umowne mają bowiem nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, gdyż mają

dyscyplinować wykonawców w trakcie realizacji umowy. Żadna z nich nie narusza także przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Kary umowne, a także mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w kodeksie cywilnym. Tak więc strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....