Sygn. akt: KIO 400/22

WYROK

z dnia 25 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Ewa Sikorska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2022 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Pruszkowski z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Drzymały 30 (05-800 Pruszków)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt IV lit. b) petitum odwołania odnoszącego się do naruszenia przepisu art. 441 ust. 1, art. 99 ust. 1, art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) w zw. z art. 353 [1] lub/i art. 58, art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 2459) w zw. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) z uwagi na cofnięcie przedmiotowego zarzutu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 400/22

Powiat Pruszkowski z siedzibą w Pruszkowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: Przebudowa LO im. T. Kościuszki w Pruszkowie” polegającego na rozbudowie i przebudowie Liceum Ogólnokształcącego im. Tadeusza Kościuszki w Pruszkowie z zagospodarowaniem terenu o numerze: ZP.272.52.2021, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2021 r., pod numerem: 2021/S 246-648879.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 14 lutego 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego w postępowaniu polegających na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy, w sposób naruszający przepisy Pzp oraz przepisy kodeksu cywilnego.

Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 7-9 Pzp odwołujący podniósł niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) zamawiającego, polegających na:

a) umieszczeniu postanowień niezgodnych z Pzp oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa w SWZ, w tym we wzorze umowy stanowiącej część składową SWZ, tj. w § 18 ust. 3 wzoru umowy o treści:

Analiza podstaw do waloryzacji wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy w zakresie wynikającym z lit. e) może następować po upływie pierwszego a następnie kolejnego roku po zawarciu Umowy, nie częściej niż raz w roku. Jeżeli po upływie każdego następującego po sobie rocznego okresu po zawarciu Umowy, okaże się, że wskaźnik „ogółem” cen produkcji

budowlano-montażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny, za okres styczeń - grudzień roku poprzedzającego wyniósł według GUS:

(i) więcej niż 106 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany poprzez podwyższenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy.

(ii) mniej niż 100 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany poprzez obniżenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy.

Podstawą do dokonania odpowiednich zmian wysokości Wynagrodzenia w zakresie wskazanym w lit. a) do e), będzie przedstawiona każdorazowo Zamawiającemu z inicjatywny Generalnego Wykonawcy a w przypadku wskazanym w (ii) również na wniosek Zamawiającego - szczegółowa kalkulacja kosztów wskazanych w Harmonogramie sporządzona przez Generalnego Wykonawcę, potwierdzająca wpływ wejścia w życie zmienianych przepisów z lit. a) do d) lub podstaw waloryzacji z lit. e) na ceny materiałów i koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Generalnego Wykonawcę. Generalny Wykonawca ma obowiązek dostarczyć dokumentację potwierdzającą poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi rzeczywistą zmianę Wynagrodzenia.

Przed podjęciem decyzji o zmianie wynagrodzenia Zamawiający dokona weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Generalnego Wykonawcę w zakresie kalkulacji zmiany Wynagrodzenia, a także oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym Zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok.

Zmiana wysokości Wynagrodzenia objęta uzgodnioną przez Strony waloryzacją na podstawie wskazanej w lit. e) wyżej będzie dotyczyć Wynagrodzenia w części pozostałej do zapłaty i obejmie okres począwszy od trzeciego kwartału roku kalendarzowego, w którym zmiana zostanie zawnioskowana i ustalona.

naruszając tym samym przepis art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp, art. 17 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 [1] k.c. lub/i art. 58 k.c., art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 Pzp poprzez

sformułowanie projektu umowy w sposób obciążający wykonawcę ryzykiem zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i przewidujący pozorny tryb zmiany wysokości wynagrodzenia na tej podstawie poprzez:

- ustalenie korzystnych wyłącznie dla zamawiającego poziomów zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniających strony do żądania zmiany wynagrodzenia, tj. na poziomie uniemożliwiającym złożenie przez wykonawcę wniosku o podwyższenie wynagrodzenia oraz na poziomie umożliwiającym zamawiającemu złożenie wniosku o obniżenie wynagrodzenia, mając na uwadze kształtowanie się poziomu wybranego przez zamawiającego wskaźnika cen „ogółem" produkcji budowlano-montażowej w latach 2010-2021;

- ustalenie zmiany pozostałej części wynagrodzenia do zapłaty dopiero od trzeciego kwartału roku kalendarzowego, w którym zmiana zostanie zawnioskowana i ustalona, przy czym pierwsza zmiana wynagrodzenia mogłaby nastąpić po upływie pierwszego a następnie kolejnego roku po zawarciu Umowy, nie częściej niż raz w roku, co zdaniem odwołującego oznacza, że pierwsza zmiana wynagrodzenia mogłaby nastąpić dopiero w trzecim roku kalendarzowym od roku, w którym zawarto Umowę (de facto w ostatnim roku realizacji zamówienia);

- obciążenie wykonawcy ryzykiem wyboru sposobu wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, który sprowadza się do sporządzenia przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji kosztów wskazanych w Harmonogramie wykazującej wpływ określonych w umowie wskaźników GUS na koszt wykonania zamówienia oraz dostarczenia bliżej nieokreślonej dokumentacji potwierdzającej poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi rzeczywistą zmianę Wynagrodzenia;

- warunkowanie decyzji zamawiającego o zmianie wynagrodzenia od oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok;

i stosownie do art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp odwołujący zażądał zmiany przez zamawiającego treści postanowienia § 18 ust. 3 wzoru umowy zgodnie z następującą propozycją:

Analiza podstaw do waloryzacji wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy w zakresie

wynikającym z lit. e) może następować każdorazowo po upływie ~~pierwszego~~ 12 miesięcy obowiązywania Umowy a następnie ~~kolejnego roku po zawarciu~~ po upływie kolejnych 12 miesięcznych okresów obowiązywania Umowy, nie częściej niż raz w roku. Jeżeli po upływie każdego następującego po sobie ~~rocznego~~ 12-miesięcznego okresu po ~~zawarciu~~ obowiązywania Umowy, okaże się, że wskaźnik „ogółem" cen produkcji budowlanomontażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny, ~~za okres styczeń-grudzień roku poprzedzającego~~ w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę, wyniósł według GUS:

(i) więcej niż 106 103 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany poprzez podwyższenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy na dzień złożenia wniosku o waloryzację Wynagrodzenia.,

(ii) mniej niż 100 97 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany poprzez obniżenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy na dzień złożenia wniosku o waloryzację Wynagrodzenia.

Powyższe oznacza, że w przypadku:

- gdy w pierwszym 12-miesięcznym okresie danej analizy wyżej wskazany wskaźnik będzie mniejszy niż 103 i większy niż 97, w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę,

- a następnie w kolejnym 12 miesięcznym okresie przekroczy on 103 lub będzie mniejszy niż 97, w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę,

do ustalenia wysokości zmiany wynagrodzenia uwzględniony zostanie kumulatywnie wskaźnik za okres 24 miesięcy +w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę. Zasady opisane powyżej stosuje się odpowiednio do kolejnych 12-miesięcznych okresów analizy.

Podstawą do dokonania odpowiednich zmian wysokości Wynagrodzenia w zakresie wskazanym w lit. e) w przypadku wskazanym w (i) będzie przedstawienie każdorazowo Zamawiającemu z inicjatywny Generalnego Wykonawcy a w przypadku wskazanym w (ii) również na wniosek Zamawiającego - szczegółowa kalkulacja kosztów wskazanych w Harmonogramie na podstawie wskaźnika, o którym mowa powyżej. Kalkulacja polegać będzie na odpowiedniej zmianie wartości robót według Harmonogramu powiększanych bądź

zmniejszanych o wartość wskaźnika w stosunku do wartości uprawniającej do zmiany wynagrodzenia, dla robót pozostałych do zapłaty według następującego wzoru:

W_o - wskaźnik „ogółem" cen produkcji budowlano - montażowej

Analiza sporządzona będzie przez Generalnego Wykonawcę, i będzie potwierdzać wysokość zmiany wynagrodzenia wraz z przedstawieniem propozycji nowego

Harmonogramu. Zamawiający zobowiązuje się zawrzeć z Generalnym Wykonawcą aneks do Umowy najpóźniej w terminie do 30 dni od dnia złożenia wniosku o waloryzację Wynagrodzenia.

Podstawą do dokonania odpowiednich zmian wysokości Wynagrodzenia w zakresie wskazanym w lit. a) do d), będzie przedstawiona każdorazowo Zamawiającemu z inicjatywny

Generalnego Wykonawcy a~~—w— przypadku wskazanym w (ii)— również na— wniosek Zamawiającego—~~ szczegółowa kalkulacja kosztów wskazanych w Harmonogramie sporządzona przez Generalnego Wykonawcę, potwierdzająca wpływ wejścia w życie zmienianych przepisów z lit. a) do d) ~~lub podstaw waloryzacji z lit. e) na ceny materiałów i koszty— wykonania— przedmiotu— Umowy przez— Generalnego— Wykonawcę~~. Generalny Wykonawca ma obowiązek dostarczyć dokumentację potwierdzającą poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi rzeczywistą zmianę Wynagrodzenia.

Przed podjęciem decyzji o zmianie wynagrodzenia Zamawiający dokona w zakresie wskazanym w lit. a)-e) weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Generalnego Wykonawcę w zakresie kalkulacji zmiany Wynagrodzenia, a w zakresie wskazanym w lit. a)-d) także oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym Zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok.

~~Zmiana— wysokości— Wynagrodzenia— objęta— uzgodnioną przez— Strony waloryzacją na podstawie wskazanej w lit. e) wyżej będzie dotyczyć Wynagrodzenia w części pozostałej do zapłaty i obejmie okres począwszy od trzeciego kwartału roku kalendarzowego, w którym zmiana zostanie zawnioskowana i ustalona.~~

a także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych dokumentów udostępnionych w postępowaniu, których treść wprost odnosi się do zaskarżonej materii, zwłaszcza gdy powiela skarżoną materie lub wprost referuje do niej;

b) brzmieniu treści pkt I ppkt 1 Załącznika B do SWZ w związku z udzielonymi odpowiedziami przez zamawiającego co powoduje, że całościowe brzmienie i znaczenie postanowień dotyczących rozwiązań proekologicznych jest niezgodne z Pzp oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj.: wskazanie w odpowiedzi na pytania 5 i 6 do SWZ na wniosek nr 9 z dnia 18 stycznia 2022 r.: (publikacja w dniu 3 lutego 2022 r.) w brzmieniu:

5. W Zał. B do SWZ pkt. I, ppkt. 1. Zamawiający pisze: „W ramach Naprawczego Projektu Wykonawczego i koordynacji branżowej Zamawiający oczekuje wskazania w ramach opcji (do wyboru Zamawiającego) rozwiązań proekologicznych, z wyszczególnieniem przy propozycjach w ramach opcji wskaźników oszczędności energii".

Czy w związku z powyższym zapisem, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania alternatywnej dokumentacji z rozwiązaniami „proekologicznymi”?

Odpowiedź 5:

Zamawiający wskazał, że oczekuje wskazania w ramach opcji (do wyboru Zamawiającego) rozwiązań proekologicznych, z wyszczególnieniem przy propozycjach w ramach opcji wskaźników oszczędności energii. Należy to odczytywać literalnie, zgodnie z treścią. Brak zobowiązania w tym zakresie oraz brak wskazań, że oczekiwania obejmują sporządzenie alternatywnej dokumentacji z rozwiązaniami proekologicznymi.

6. W nawiązaniu do poprzedniego pytania — Rozwiązania proekologiczne zazwyczaj wiążą się z większymi nakładami inwestycyjnym. Czy w związku z powyższym, Wykonawca powinien przyjąć do oferty rozwiązania „standardowe”, czy „proekologiczne”?

Odpowiedź 6: Rozwiązania proekologiczne mają być wskazane w ramach opcji i mają być do wyboru Zamawiającego.

Oferta powinna zawierać wynagrodzenie, które uwzględnia rozwiązania proekologiczne,

które wykonawca planuje wprowadzić.

naruszając tym samym przepis art. 441 ust. 1 Pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 16 Pzp w zw. z art. 353 [1] k.c. lub/i art. 58 k.c., art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 Pzp poprzez wyjaśnienie treści SWZ w sposób wewnętrznie sprzeczny, a przez to niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami w zakresie w jakim pkt I ppkt 1 Załącznika B do SWZ dotyczy de facto przewidzianego w art. 411 ust. 1 Pzp prawa opcji bez użycia zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych które łącznie określałyby m.in. rodzaj i maksymalną wartości opcji, okoliczności skorzystania przez zamawiającego z opcji, z jednoczesnym zobowiązaniem wykonawcy do dokonania wariantowej wyceny w ofercie kilku „rozwiązań proekologicznych, które wykonawca planuje wprowadzić" przy ustaleniu ryczałtowego sposobu płatności, podczas gdy analiza treści dokumentów udostępnionych w przetargu przez zamawiającego nie pozwalała wyciągnąć takiego wniosku, a więc poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia uniemożliwiające wycenę oferty, co nie zapewnia zachowania zasady uczciwej konkurencji;

i stosownie do art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp odwołujący żądał zmiany przez zamawiającego treści SWZ poprzez wykreślenie prawa opcji w rozumieniu art. 441 ust. 1 Pzp w pkt I ppkt I Załącznika B do SWZ:

I. PRACE PROJEKTOWE

1. Zakres planowanego przedsięwzięcia obejmuje:

Etap 0 - Prace Przygotowawcze

Opracowanie Naprawczego Projektu Wykonawczego konstrukcji i skoordynowanie go z innymi projektami branżowymi i jeśli okaże się to konieczne wprowadzenie zmian tzw. „nieistotnych" w projekcie budowlanym w zakresie przebudowy i rozbudowy budynków Liceum Ogólnokształcącego im. Tadeusza Kościuszki na dz. ew. 90/2 obr. 21 w Pruszkowie, w ramach rozpoczętego procesu inwestycyjnego, z uwzględnieniem uzyskanych uzgodnień, w tym przede wszystkim na podstawie Projektu Budowlanego opracowanego przez MANS Pracowania Projektowa mgr inż. G. P. ul. Wojskowa 3L/6 w Poznaniu, stanowiącego integralny załącznik do decyzji nr 322/2019 z dnia 22 lutego 2019 r. zatwierdzającej projekt budowany i udzielającej pozwolenia na budowę oraz sporządzenie projektu przebudowy przyłącza wodociągowego, w związku z nowymi warunkami uzyskanymi od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji.

~~W ramach Naprawczego Projektu Wykonawczego i koordynacji branżowej Zamawiający oczekuje wskazania w ramach opcji (do wyboru Zamawiającego) rozwiązań pro ekologicznych, z wyszczególnieniem przy propozycjach w ramach opcji wskaźników oszczędności energii.~~

oraz w rozdziale V pkt 2 ppkt 1 SWZ:

2. Generalny Wykonawca wykona na rzecz Zamawiającego w Etapie 0 - Prace Przygotowawcze Naprawczy Projekt Wykonawczy (NPW), umożliwiający w kolejnym etapie wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce, rozbudowie i przebudowie budynku Liceum Ogólnokształcącego oraz posadowi na gruncie tymczasowe pomieszczenia w technologii kontenerowej na okres realizacji wskazanej części Inwestycji, oraz będzie świadczył czynności nadzoru autorskiego.

1) Część nr 1) opracowanie Naprawczego Projektu Wykonawczego konstrukcji i skoordynowanie go z innymi projektami branżowymi i jeśli okaże się to konieczne wprowadzenie zmian tzw. „nieistotnych" w projekcie budowlanym w zakresie przebudowy i rozbudowy budynków Liceum Ogólnokształcącego im. Tadeusza Kościuszki na dz. ew. 90/2 obr. 21 w Pruszkowie, w ramach rozpoczętego procesu inwestycyjnego, z uwzględnieniem uzyskanych uzgodnień, w tym przede wszystkim na podstawie Projektu Budowlanego stanowiącego integralny załącznik do decyzji nr 322/2019 z dnia 22 lutego 2019 r. zatwierdzającej projekt budowany i udzielającej pozwolenia na budowę oraz sporządzenie projektu przebudowy przyłącza wodociągowego, w związku z nowymi warunkami od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji (innymi niż dotychczasowe). W ~~ramach Naprawczego Projektu Wykonawczego i koordynacji branżowej należy przedstawić analizę możliwości wykorzystania rozwiązań proekologicznych (Odnawialne Źródła Energii) ze wskazaniem różnych opcji i kosztów zastosowania danego wariantu oraz bilansu zawierającego stosunek kosztów do korzyści.~~"

albo wprowadzenie prawa opcji zgodnie z wymaganiami art. 441 ust. 1 Pzp tj. przewidzenia skorzystania przez zamawiającego z opcji w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych poprzez określenie rodzaju i maksymalnej wartości opcji, sposobu wyceny opcji w ofercie, okoliczności skorzystania przez zamawiającego z

opcji.

A także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych dokumentów udostępnionych w postępowaniu, których treść wprost odnosi się do zaskarżonej materii, zwłaszcza gdy powiela skarżoną materie lub wprost referuje do niej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w zakresie inwestycji realizowanych w trybie Pzp. W ocenie odwołującego na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia odwołania, mimo posiadania odpowiednich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia w realizacji prac stanowiących przedmiot zamówienia, nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z Pzp oferty. Odwołujący wyjaśnił, że zamierza złożyć ofertę w postępowaniu, a w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi przez zamawiającego w SWZ. Odwołujący stwierdził, że treść umowy, jaką opracował zamawiający, narusza przepisy Pzp i zasady określone w Kodeksie cywilnym. Odwołujący podkreślił, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, że interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia w postaci zawarcia umowy, jest jej realizacja ze skutkami wynikającymi na etapie, na którym nie już ma możliwości kwestionowania postanowień wzoru umowy stanowiącego część składową SWZ. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu. Czynności zamawiającego objęte odwołaniem - w ocenie odwołującego - nie tylko naruszają powołane przepisy Pzp, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert.

W części ogólnej uzasadnienia odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż przepis art. art. 353 [1] k.c. rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań. Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny". Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe. Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich naruszeń. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. W tym kontekście chodzi o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego). Zwrócić ponadto należy uwagę, że zasada swobody umów doznaje ograniczenia wynikającego z natury (właściwości) zobowiązania. Natura stosunku prawnego wyraża się poprzez nakaz respektowania podstawowych cech obligacyjnego stosunku prawnego, a więc tych jego elementów, których brak może prowadzić do podważenia sensu (istoty) nawiązywanej więzi prawnej. Wywieść się on daje bądź wprost z samego charakteru stosunków obligacyjnych jako takich, bądź też z charakteru przypisywanego określonej kategorii tych stosunków. Przykładem tego sposobu

rozumienia pojęcia natury stosunku prawnego jest uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 22 maja 1991 r., sygn. akt III CZP 15/91, w której Sąd Najwyższy stwierdza, że za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany, w dowolnym czasie, takich warunków narusza zasady słuszności kontraktowej.

Odwołujący wyjaśnił, że jest mu znane aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu. Odwołujący wskazał, że rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że zamawiający nie możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca nie ma wpływu na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08). O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą negocjacji jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący stwierdził, że co do zasady nie kwestionuje uprawnienia zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie jednak z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. W ocenie odwołującego w realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353^1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Przechodząc do szczegółowej części uzasadnienia odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do pierwszego zarzutu wskazanego w odwołaniu w tym zakresie stwierdził, że zgodnie z art. 439 Pzp umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

Statystycznego lub

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

wynagrodzenia;

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

wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia

wykonawcy zawartego w ofercie.

Odwołujący wskazał, że w opublikowanej po raz pierwszy SWZ - „Załącznik A do SWZ Projektowane postanowienia Umowy" zamawiający przewidział w § 18 ust. 7 szczątkową regulacje odnoszącą się do art. 439 Pzp. Następnie zamawiający w ramach wyjaśnień do treści SWZ (pytanie nr 8) zmienił w dniu 3 lutego 2022 r. treść „Załącznika A do SWZ Projektowane postanowienia Umowy" w zakresie § 18 ust. 3 wprowadzając klauzulę waloryzacyjną na podstawie art. 439 Pzp.

Jak wyjaśnił odwołujący zgodnie z wprowadzonym zapisem § 18 ust. 3 lit. e) możliwa jest zmiana wynagrodzenia w przypadku istotnej zmiany cen materiałów lub kosztów realizacji Umowy, którego miernikiem jest wskaźnik „ogółem" cen produkcji budowlano montażowej publikowany przez GUS, który za okres styczeń - grudzień 2021 r. wyniósł wg GUS 104,2. Ponadto zamawiający ograniczył zastosowania waloryzacji § 18 ust. 3 wzoru umowy:

- od spełnienia tzw. warunków progowych dla ww. wskaźnika, który musi za okres od stycznia do grudnia danego roku przekroczyć 106 - wówczas wynagrodzenie będzie mogło zostać zwiększone albo musi być niższy niż 100 - wówczas wynagrodzenie będzie mogło zostać obniżone;

- wskazując, że może ona nastąpić po upływie pierwszego a następnie kolejnego roku po zawarciu umowy, nie częściej niż raz w roku, co oznaczało zdaniem odwołującego, że wykonawca może złożyć pierwszy wniosek zmianę wynagrodzenia dopiero w trzecim roku kalendarzowym licząc od roku, w którym zawarto Umowę (wykonawca tylko pozornie może złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia po upływie roku od zawarcia Umowy, gdyż wskaźnik GUS musi osiągnąć określony we wzorze umowy próg od stycznia do grudnia roku poprzedniego, a pełny rok realizacji Umowy to dopiero drugi rok po roku, w którym zawarto Umowę);

- do wynagrodzenia wyłącznie w części pozostałej do zapłaty i obejmie okres dopiero od trzeciego kwartału kalendarzowego, w którym zmiana zostanie zawnioskowana i ustalona bez jednoczesnego określenia terminu, w którym zamawiający ma obowiązek ustalić z wykonawcą zmianę wynagrodzenia;

a także uwarunkował podjęcie decyzji o zmianie wynagrodzenia od oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym Zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok.

Zakładając więc, że do zawarcia umowy doszłoby w roku 2022, mając na uwadze termin realizacji zamówienia określony w § 8 ust. 5 wzoru umowy na „nie później niż do dnia 30.11.2024 r.", pierwsza zmiana wynagrodzenia mogłaby nastąpić dopiero w ostatnim roku realizacji zamówienia i mogłaby dotyczyć jedynie części wynagrodzenia pozostałej do zapłaty, tj. w najlepszym przypadku za okres 5 miesięcy (lipiec - listopad) i to o ile zamawiający przewidzi w 2023 r. możliwość sfinansowania ewentualnej zmiany wysokości wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym zamawiającego, zatwierdzonym na rok 2024. Biorąc jednakże pod uwagę, że termin wykonania Umowy określony w § 8 ust. 5 Umowy przewidziano na 30 listopada 2024 r. oraz z uwagi na fakt, że w tym terminie wykonawca ma jeszcze uzyskać pozwolenie na użytkowanie oraz dokonać odbioru końcowego oznacza to, że w III kwartale 2024 r. nie będą już prowadzone niemal żadne roboty budowlane i pozostała część wynagrodzenia do zapłaty będzie na znikomym poziomie.

Powyższe zdaniem odwołującego dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia na podstawie zapisu § 18 ust. 3 lit. e) Umowy ma charakter pozorny w zakresie umożliwiającym zwiększenie wynagrodzenia. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 Pzp. Ponadto z badania historycznej zmienności wskaźnika „ogółem" cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny ww. wskaźnik „za okres od stycznia do grudnia każdego roku za lata 2010-2021" wynosił maksymalnie 104,2. Jednocześnie w okresie ostatnich 12 lat wskaźnik ten pięciokrotnie znajdował się na poziomie niższym niż 100 (treści odwołania został zamieszczony wykres, który miał zostać sporządzony w oparciu o dane znajdujące się na stronie GUS).

Wyjaśniając wykres przedstawiony na str. 15 odwołania, odwołujący wskazał, że na wykresie wskazano dwie linie:

- czerwoną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy;

- zieloną wskazującą moment, w którym spełniony zostałby warunek umożliwiający zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy.

Pomimo wykorzystania maksymalnego okresu danych historycznych za 12 lat, w żadnym momencie wskaźnik „ogółem" cen produkcji budowlano-montażowej nie przekraczał 106, zatem ustalenie go na tym tylko pozornie umożliwia podwyższenie wynagrodzenia,

natomiast pięciokrotnie był niższy niż 100, dając tym samym - przy ustaleniu go na tym poziomie w umowie przez zamawiającego - realną możliwość obniżenia wynagrodzenia. Tak ustalone warunki progowe dla waloryzacji wynagrodzenia na postawie art. 439 Pzp stanowiły, w ocenie odwołującego, naruszenie równowagi ekonomicznej stron.

Wniosek odwołującego sprowadzał się do określenia wskaźnika „ogółem" cen produkcji budowlano-montażowej na poziomie pomiędzy 97 a 103 jako wartości odpowiadającej zwykłemu ryzyku gospodarczemu realizacji umowy o roboty budowlane. Jeśli wskaźnik w okresie całej realizacji zamówienia publicznego nie przekroczy wartości 103, wynagrodzenie nie zostanie podwyższone a w przypadku, gdy wskaźnik nie spadnie poniżej 97, wynagrodzenie nie zostanie zmniejszone. Zdaniem odwołującego w odniesieniu do wykresu, jego propozycja sformułowana na podstawie danych historycznych za 12 lat, prowadziłaby do ustalenia, że tylko w dwóch przypadkach lat (2019, 2021) wynagrodzenie mogłoby zostać zmienione. Tym samym tak określony poziom wskaźnika „ogółem" zapewnia wykonawcy możliwość wyceny oferty w sposób zabezpieczający przed nadmiernym wzrostem cen, jak również zabezpiecza zamawiającego przy ich gwałtownym spadku. Jednocześnie wykonawca nadal ponosi ryzyko gospodarcze wzrostu cen do poziomu wskaźnika wynoszącego 103.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że ponadto zamawiający obciąża wykonawcę ryzkiem wyboru sposobu wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem w § 18 ust. 3 wzoru umowy, że wykonawca ma sporządzić szczegółową kalkulację kosztów wskazanych w Harmonogramie wykazującą wpływ określonych w umowie wskaźników GUS na koszt wykonania zamówienia oraz dostarczyć bliżej nieokreślony zakres dokumentacji potwierdzającej poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi rzeczywistą zmianę wynagrodzenia. Tak sformułowane wymogi przerzucają na wykonawcę wybór dokumentów, które wykażą wpływ zmiany cen materiałów i kosztów na koszt wykonania zamówienia, a co więcej, które będą uzasadniać wpływ danego poziomu wskaźnika GUS na wynagrodzenie, podczas gdy sama zmiana wskaźnika GUS powinna być dowodem wpływu zmiany cen materiałów i kosztów na koszt zamówienia i uzasadniać per se wniosek o zmianę wynagrodzenia. Tak ukształtowane zapisy mogą stanowić pole do nadużyć ze strony zamawiającego podczas rozpatrywania wniosku o zmianę wynagrodzenia na podstawie art. 439 Pzp zgodnie z umową.

W ocenie odwołującego określenie sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia w umowie w zakresie zapisów opartych o art. 439 Pzp powinno umożliwić mu określenie konkretnej kwoty wynagrodzenia uwzględniającej zaistniałe zmiany ceny materiałów lub kosztów oraz jej wpływu na koszt wykonania zamówienia. To na zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, że zmiana cen materiałów i kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Osiągnięcie samego pułapu umożliwiającego wnioskowanie o zmianę wynagrodzenia nie gwarantuje bowiem zmiany wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 Pzp. Wprowadzenie przez ustawodawcę do Pzp zasady przewidywania w umowach waloryzacji wynagrodzeń miało zaś na celu zabezpieczenie wykonawców przed gwałtownymi zmianami ekonomicznymi na rynku budowlanym mając również na uwadze długi okres realizacji Umowy i brak możliwości przewidzenia i uwzględnienia trendów rynkowych przy dokonywaniu wyceny oferty. Tak sformułowane zapisy § 18 ust. 3 wzoru umowy w zakresie waloryzacji określonej w art. 439 Pzp nie spełni powyższego celu. Wykonawca ponosi bowiem ryzyko gwałtowanych zmian ekonomicznych na rynku budowlanym. Jednocześnie zgodnie z danymi podawanymi przez niezależne wydawnictwa Sekocenbud, które bada zmienność cen na rynku budowlanym, według publikacji Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych (BCO) - cz.1 Obiekty kubaturowe, dla obiektów referencyjnych, podobnych do obiektu objętego zamówieniem, zakładany w ofercie poziom zysku mieści się w przedziale 3,6%-3,7%. Przykłady według danych za II kwartał 2020 r.:

- Obiekt nr 1263-111, Szkoła podstawowa 21-oddziałowa dla 525 uczniów - 3,6% (vide BCO 2/2020 TABELE CEN str. 338),

• Obiekt nr 1263-106 -3,7 , Przedszkole integracyjne 10-oddziałowe - 3,7% (vide BCO 2/2020 TABELE CEN str. 327) .

Powyższe zdaniem odwołującego oznaczało, że w przypadku pozostawienia wskaźnika „ogółem" pozwalającego na zwiększenie wynagrodzenia dopiero powyżej 106, wykonawca realizując umowę w okresie wzrastających cen odnotowałby nie tylko utratę zysku, ale realizacja zamówienia prowadziłaby do powstania straty. Wynika to z faktu, że wskaźnik 106 oznacza „ogółem" wzrost cen materiałów i kosztów na rynku budowlanym o 6% w przeciągu jednego roku kalendarzowego. W przypadku, gdy zakładany poziom zysku w ofercie wynosi w przedziale 3,6-3,7% wartość wzrostu cen materiałów i kosztów „ogółem" na rynku budowlanym przewyższa zakładany zysk. Tym samym, formułując zapis § 18 ust. 3 w ww. zakresie, zamawiający nie zapewnia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachowania uczciwej konkurencji i równości, a także świadczy o naruszeniu przez zamawiającego zasady proporcjonalności (art. 16 Pzp), poprzez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez przerzucenie na wykonawcę nadmiernych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia (art. 99 i art. 16 Pzp). Co więcej przy takiej redakcji zapisów zamawiający nie spełnia również wymagań w zakresie zasady efektywności (art. 17 ust. 1 Pzp), gdyż to obowiązkiem zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania przetargowego, które pozwoli uzyskać zamawiającemu najlepszą jakość zamówienia w stosunku do środków finansowych, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, a także do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający. Powyższe nie stanowi obowiązku wykonawcy przy wycenie oferty oraz po zawarciu umowy, zwłaszcza w sytuacji gdy dokonana wycena będzie wymagała korekty z uwagi na zmiany cen materiałów i kosztów. Podsumowując odwołujący stwierdził, że przywołane postanowienie § 18 ust. 3 wzoru umowy w powyższym zakresie jest sprzeczne z przepisami Pzp, a także z przepisem art. 353 [1] k.c. oraz w myśl zasady określonej w przepisie 5 k.c., stanowią nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu. Zdaniem odwołującego zaskarżone zapisy SWZ naruszają równowagę stron i nakładają na wykonawcę nieproporcjonalne ryzyko, które może skutkować odstąpieniem od złożenia oferty.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron dniu 23 lutego 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami. W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie niepodlegającym umorzeniu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu wskazanego w pkt IV lit. b) petitum odwołania, odnoszącego się do naruszenia przepisu art. 441 ust. 1, art. 99 ust. 1, art. 16 Pzp w zw. z art. 353 [1] lub/i art. 58, art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowym zakresie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 22 lutego 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");

- wyjaśnienia treści SWZ opublikowane w dniu 3 lutego 2022 r.;

2) załączone do odwołania fragmenty zestawień BCO 2/2020 TABELE CEN str. 323-327 i BCO 2/2020 TABELE CEN str. 333-338;

3) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- wydruki zestawień publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (opracowanie merytoryczne Departament Handlu i Usług) pt.: Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r. (opatrzony datą 18 lutego 2022 r.), Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2021 r. (opatrzony datą 21 stycznia 2022 r.), Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2020 r. (opatrzony datą 22 stycznia 2021 r.) oraz Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2019 r. (opatrzony datą 22 stycznia 2020 r.)

- wyjaśnienia treści SWZ z dnia 22 lutego 2022 r.

Ponadto zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: pani K. M. oraz pana M. M. na fakt, niezasadności odwołania, w szczególności poprawności przyjętych klauzul waloryzacyjnych oraz terminów i sposobu ewentualnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Izba na podstawie art. 541 Pzp odmówiła przeprowadzenia powyżej wskazanego dowodu. Skład orzekający uznał, że na potrzeby rozpoznania przedmiotowej sprawy nie było konieczne uzyskanie informacji pochodzących dodatkowo z przesłuchania świadków, gdyż dopuszczenie przedmiotowego wniosku dowodowego doprowadziłoby wyłącznie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania odwoławczego. Ponadto Izba doszła do przekonania, że zebrany w sprawie materiał dowodowy, opisany szczegółowo powyżej, pozwolił na merytoryczne rozpoznania sprawy. Tym samym Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanego dowodu było niedopuszczalne, ponieważ został on przywołany jedynie dla zwłoki.

Izba ustaliła co następuje

W wyniku modyfikacji i wyjaśnień treści SWZ opublikowanych w dniu 3 lutego 2022 r., na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 8, zamawiający wprowadził następujące brzmienie §18 projektowanych postanowień umowy. W kontekście odwołania na szczególne wyróżnienie zasługiwały postanowienia ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 ww. paragrafu:

2. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru Generalnego Wykonawcy w razie:

1) Zmian ogólnie obowiązujących przepisów, prawa miejscowego oraz wymogów dotyczących Zamawiającego bezpośrednio odnoszących się do praw i obowiązków stron Umowy, przy czym zmiany Umowy w tym zakresie mogą być dokonane tylko w zakresie niezbędnym do dostosowania zapisów Umowy do wprowadzonych przepisów oraz innych zmian, niż wskazane w art. 436 pkt 4 Ustawy w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy, rozumianej jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy zawartego w jego ofercie i ustalonym Harmonogramie.

[...]

3. W zakres wskazany w ust. 2 punkt 1) wchodzą w szczególności:

a) zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,

b) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

d) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych

e) istotna zmiana ceny materiałów lub kosztów realizacji Umowy, której miernikiem są

wskaźnik „ogółem” cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny, który za okres styczeń - grudzień 2021 r wyniósł według GUS 104,2.

- jeżeli zmiany te będą miały realny wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

W przypadku zmiany przepisów, o których mowa wyżej w lit. a) do d) skutkujących zmianą wysokości wynagrodzenia Generalnemu Wykonawcy, każda ze stron Umowy, w terminie od dnia opublikowania przepisów dokonujących tych zmian do 30 dnia od dnia ich wejścia w życie, może wystąpić do drugiej strony o dokonanie odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia.

Analiza podstaw do waloryzacji wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy w zakresie wynikającym z lit. e) może następować po upływie pierwszego a następnie kolejnego roku po zawarciu Umowy, nie częściej niż raz w roku. Jeżeli po upływie każdego następującego po sobie rocznego okresu po zawarciu Umowy, okaże się, że wskaźnik „ogółem” cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny, za okres styczeń - grudzień roku poprzedzającego wyniósł według GUS :

(i) więcej niż 106 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany - poprzez podwyższenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy.

(ii) mniej niż 100 to okoliczność ta stanowić będzie podstawę do ewentualnej zmiany - poprzez obniżenie - pozostałego do zapłaty wynagrodzenia na rzecz Generalnego Wykonawcy.

Podstawą do dokonania odpowiednich zmian wysokości Wynagrodzenia w zakresie wskazanym w lit. a) do e) , będzie przedstawiona każdorazowo Zamawiającemu z inicjatywny Generalnego Wykonawcy a w przypadku wskazanym w (ii) również na wniosek Zamawiającego - szczegółowa kalkulacja kosztów wskazanych w Harmonogramie sporządzona przez Generalnego Wykonawcę, potwierdzająca wpływ wejścia w życie zmienianych przepisów z lit. a) do d) lub podstaw waloryzacji z lit. e) na ceny materiałów i koszty wykonania przedmiotu Umowy przez Generalnego Wykonawcę. Generalny Wykonawca ma obowiązek dostarczyć dokumentację potwierdzającą poprawność dokonanej kalkulacji wraz z dowodami uzasadniającymi rzeczywistą zmianę Wynagrodzenia.

Przed podjęciem decyzji o zmianie Wynagrodzenia Zamawiający dokona weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez Generalnego Wykonawcę w zakresie kalkulacji zmiany Wynagrodzenia, a także oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym Zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok.

Zmiana wysokości Wynagrodzenia objęta uzgodnioną przez Strony waloryzacją na podstawie wskazanej w lit. e) wyżej będzie dotyczyć Wynagrodzenia w części pozostałej do zapłaty i obejmie okres począwszy od trzeciego kwartału roku kalendarzowego, w którym zmiana zostanie zawnioskowana i ustalona.

Maksymalna wartość zmiany Wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Wynagrodzenia, o których mowa w postanowieniach niniejszego ustępu 3 lit. e) nie może przekroczyć 5 % a kumulatywnie - biorąc pod uwagę wszelkie zmiany wynagrodzenia przewidziane Umową - 50 % wysokości wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy wskazanego w § 13 ust. 2 Umowy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 439 ust. 1 i 2 Pzp - 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

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

- art. 99 ust. 1 Pzp - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 17 ust. 1 Pzp - Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.;

- art. 353^1 k.c. - Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;

- art. 58 k.c. - § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.;

- art. 5 k.c. - Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.;

- art. 8 ust. 1 Pzp - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazała, że niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji

świadczenia. Ponadto co istotne wykonanie obowiązku z art. 439 Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego.

Przechodząc do meritum sprawy skład orzekający uznał, że odwołujący błędnie zinterpretował kwestionowane postanowienia wzoru umowy wskazując, że wykonawca w okolicznościach przedmiotowej sprawy będzie mógł złożyć pierwszy wniosek o zmianę wynagrodzenia dopiero w trzecim roku kalendarzowym licząc od roku, w którym zawarto umowę. Ww. stanowisko odwołującego nie znalazło potwierdzenia w treści projektowanych postanowień umowy. Z przytoczonych powyżej postanowień wzoru umowy - w części dotyczącej ustaleń - wynikało, że podstawy waloryzacji będą mogły być dokonywane po upływie pierwszego, a następnie kolejnego roku po zawarciu umowy. W związku z tym w wyniku zawarcia umowy, a w celu określenia rocznego terminu po którym będzie można złożyć pierwszy wniosek o waloryzację należy przyjąć regułę określoną w art. 112 k.c. Zamawiający w treści skarżonych postanowień umowy nie odnosił się do rocznych okresów kalendarzowych, ale do rocznych terminów następujących po zawarciu umowy. Stąd też Izba przyjęła, że nie można było uznać możliwości dokonania waloryzacji w okolicznościach przewidzianych we wzorze umowy za pozorną ponieważ wykonawca będzie mógł skutecznie złożyć wniosek o zwiększenie wynagrodzenia po upływie roku od zawarcia umowy w sytuacji gdy wskaźnik GUS osiągnie określony we wzorze umowy próg od stycznia do grudnia roku poprzedniego, a nie pełnego roku realizacji umowy.

Ponadto na moment rozpoznania sprawy nie można było odmówić słuszności założeniom zamawiającego, który przyjął, że zawarcie umowy w ramach postępowania powinno nastąpić do końca drugiego kwartału 2022 r. i zgodnie z tym założeniem zostały opracowane postanowienia umowy. Ponadto skład orzekający zwrócił uwagę, że faktyczna zmiana wynagrodzenia powinna być wykazana przez wykonawcę dla rozpoczęcia ustaleń co do jej zakresu, a na dokonanie tych ustaleń potrzebny będzie czas. W wyniku tego w treści wzoru umowy zawarte zostało wskazanie, że zmiana dotyczyć będzie wynagrodzenia należnego od trzeciego kwartału następującego po złożeniu wniosku. Tym samym założenia poczynione przez zamawiającego były w ocenie składu orzekającego wynikowe i powiązane ze sobą. Dodatkowo Izba miała na uwadze deklarację zamawiającego, który wyjaśnił na rozprawie, że w przypadku zawarcia umowy po terminie wynikającym z założeń, czyli po upływie drugiego kwartału 2022 r. pozostałe postanowienia umowy zostaną zmodyfikowane odpowiednio do tej okoliczności.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do kwestii wartości wskaźników podanych we wzorze umowy, określających możliwość ubiegania się przez wykonawcę o zmianę wynagrodzenia. Bezspornym było, że jeśli chodzi o badanie historyczne zmienności wskaźnika „ogółem” cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny ww. wskaźnik za okres od stycznia do grudnia każdego roku za lata 2010-2021 wynosił maksymalnie 104,2. Jednakże skład orzekający doszedł do przekonania, że odnoszenie się przez wykonawcę wyłącznie do wskaźników obejmujących okres ostatnich 11 lat, bez uwzględnienia aktualnej sytuacji dotyczącej poziomu inflacji, było zdecydowanie niewystarczające i niemiarodajne. W ocenie Izby zamawiający wykazał, że w ostatnim czasie wskaźnik ten znacznie wzrasta i wzrost ten jest widoczny w stosunku miesięcznym. W tym kontekście skład orzekający wziął pod uwagę załączone do odpowiedzi na odwołanie opracowania publikowane przez Główny Urząd Statystyczny prezentujące wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu

2022 r., grudniu 2021 r., grudniu 2020 r. oraz grudniu 2019 r. O ile z opracowania właściwego dla grudnia 2019 r. wskaźnik ten wynosił 102,9, a w grudniu 2020 r. 102,7 to od marca 2021 r. zauważalna jest stała tendencja wzrostowa, która w czerwcu 2021 r. przekroczyła wartość 103, a od listopada 2021 r. wartość 106, przyjmując w listopadzie 2021

r. poziom 106,6, w grudniu 2021 r. - 107,6, a w styczniu 2022 r. - 108,3. Co prawda

powyższe dane prezentują zestawienia właściwe dla poszczególnych miesięcy, a w treści wzoru umowy wskaźnik „ogółem” cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS ma dotyczyć okresu styczeń - grudzień roku poprzedzającego, to dowód ten potwierdza stały wzrost wskaźnika, który od listopada 2021 r. przekracza poziom 106 i dalej wzrasta. W związku z tym można było przyjąć założenie, że uśredniony wskaźnik za rok 2022 r. przekroczy wartość 106, co potwierdziło słuszność założeń zamawiającego szczególnie, że odwołujący nie przedstawił dowodów mogących zakwestionować założenia zamawiającego.

Jedynymi dowodami przedstawionymi przez odwołującego były załączone do odwołania fragmenty zestawień BCO 2/2020 TABELE CEN str. 323-327 i BCO 2/2020 TABELE CEN str. 333-338, które miały potwierdzać, że wykonawcy zakładają w ofercie poziom zysku w przedziale 3,6%-3,7%, co w kontekście przewidzianej waloryzacji, tj. dopiero po przekroczeniu wskaźnika „ogółem” na poziomie 106 (czyli 6%) doprowadzi do powstania

straty podczas realizacji zamówienia. Złożone prze odwołującego dowody nie potwierdziły zasadności podniesionego zarzutu. Skład orzekający stwierdził, że skoro wykonawcy będą wiedzieć w jakich sytuacjach waloryzacja nastąpi oraz znać poziom wskaźnika powyżej, którego waloryzacja będzie możliwa, to biorąc pod uwagę sytuację i tendencje rynkową będą w stanie w taki sposób skalkulować cenę oferty, aby zminimalizować ryzyko gospodarcze związane z realizacją zamówienia.

Odwołujący żądał także zmniejszenia z poziomu 100 na 97 wartości wskaźnika poniżej, którego mogłoby nastąpić obniżenie wynagrodzenia. W ocenie Izby w aktualnej sytuacji wartość wskaźnika na poziomie 100 wskazywała na utrzymanie standardów rynkowych. Jak wynikało z zamieszczonego w odwołaniu wykresu wartość wskaźnika „ogółem" poniżej 100 ostatnio miała miejsce w 2016 r., a w okresie ostatnich 11 lat nigdy nie doszło do osiągnięcia poziomu wskaźnika poniżej 97. Ponadto odwołujący nie uprawdopodobnił żeby wartość ta miała w perspektywie 2-3 lat spaść poniżej 100, nie mówiąc już nawet o możliwości zejścia wskaźnika do poziomu poniżej 97, szczególnie mając na uwadze aktualne tendencje rynkowe związane z postępującym wzrostem inflacji.

Wobec powyższego nie można było uznać za właściwe stanowisko odwołującego, które wskazywało, że zamawiający powinien uzyskać możliwość obniżenia wynagrodzenia przy spadku wskaźnika jakiego nie odnotowano w ciągu ostatnich 11 lat, a wykonawca powinien uzyskać możliwość podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji wzrostu wskaźnika jaka notowana jest od kilku miesięcy, co powinno być skalkulowane w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego.

Zamawiający wskazał także we wzorze umowy, że przed podjęciem decyzji o zmianie wynagrodzenia dokona weryfikacji zasadności oraz poprawności obliczeń dokonanych przez generalnego wykonawcę w zakresie kalkulacji zmiany wynagrodzenia, a także oceny możliwości sfinansowania wynagrodzenia w ramach środków posiadanych w planie finansowym zamawiającego, zatwierdzonym na dany rok. Izba nie dopatrzyła się naruszeń w takim sposobie działania zamawiającego. Po pierwsze za uzasadnione należało uznać, że zamawiający ma możliwość badania wpływu zmian obrazowanych wskaźnikiem na faktyczny wzrost wynagrodzenia wykonawcy, a po drugie - jak wskazano na wstępie rozważań - wykonanie obowiązku z art. 439 Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....