

WYROK

z dnia 2 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2022 r. przez wykonawcę

EKOINDUSTRY sp. z o.o. (dawniej CONTROL PROCESS Silesia), Aleja W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego warunków udziału w postępowaniu,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego § 13 ust. 10 i ust. 11 projektu umowy i nakazuje zamawiającemu zmianę:

a) treści § 13 ust. 10 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6, może nastąpić nie wcześniej niż po 6 miesiącach od podpisania Umowy i będzie wyliczona poprzez narastające uwzględnienie wskaźników za miesiące od daty podpisania umowy do momentu waloryzacji (zwane w dalszej treści Umowy „stawką waloryzacji”). W przypadku kolejnych waloryzacji będą uwzględniane wskaźniki za miesiące od daty poprzedniej waloryzacji do momentu kolejnej waloryzacji.”

b) treści § 13 ust. 11 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 10 % ceny oferty, o której mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.”

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo

Oczyszczania Sp. z o.o. ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.943 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset czterdzieści trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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 440/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ul. Nowohucka 1, 31-580

Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie -

budowa Zakładu Recyklingu Tworzyw Sztucznych”, numer referencyjny: TZ/EG/1/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 07.02.2022 r., nr 2022/S 026-065096.

W dniu 17.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę CONTROL PROCESS Silesia sp. z o.o., Aleja W. Roździeńskiego 188/222, 40-203 Katowice - obecnie: EKOINDUSTRY sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób przekraczający minimalne poziomy zdolności, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie naruszającym zasadę uczciwej konkurencji,
2. art. 439 ustawy Pzp poprzez:
 - a) pozorne wprowadzenie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy - poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 1%,
 - b) wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej - tj. ograniczenie możliwości waloryzacji poprzez dopuszczenie pierwszej waloryzacji po okresie 12 m-cy oraz przyjęciu średniej arytmetycznej wskaźników za poprzednie miesiące.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) 4. Odwołujący wskazuje, że warunek w zakresie parametrów hali jest warunkiem nadmiernym. W praktyce bardzo rzadko występują hale jednonawowe o rozpiętości równej lub większej niż 50 m, przy czym parametr ten ma charakter skalowalny. Projektowanie oraz wykonanie hal stalowych o rozpiętości 40 m nie różni się technicznie i technologicznie od hal o rozpiętości 50 m. Projektant i wykonawca posiadający doświadczenie w wykonaniu hal jednoprzęsłowych 40 m ma odpowiednie doświadczenie aby wykonywać hale o większej rozpiętości.

5. Wobec powyższego, parametry techniczne jednoznacznie wskazują, że ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny i w efekcie ograniczający uczciwą konkurencję. Jediną bowiem trudnością w jego

spełnieniu jest fakt, że obiekty o takich parametrach są rzadko budowane (na co nie mają wpływu Wykonawcy gdyż to jaki obiekt jest budowany pozostaje w gestii inwestora), a nie fakt szczególnej trudności inżynierskiej, czy konieczności stosowania wyjątkowych rozwiązań. (...)

7. Odwołujący wskazuje, że budowa hali jest standardowym zadaniem inżynierskim i z dużą pewnością można przyjąć, że podmiot który zrealizował halę o zaproponowanych parametrach zrealizuje halę przewidzianą w niniejszym zamówieniu. Są to obiekty skalowalne i dokonanie odpowiednich obliczeń pozwala na prawidłowe zaprojektowanie a następnie zrealizowanie obiektu.

8. W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu § 13 ust. 10 i 11 wzoru umowy, Odwołujący wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Odwołujący wskazuje, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie - leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane z wzrostem swoich kosztów - zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu one wystąpią. W przypadku zachowania zgodnego z intencją przepisu - Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny: (...)

9. Odnosząc się szczegółowo do zapisów wzoru umowy, Odwołujący wskazuje że brzmienie § 13 ust. 10 wzoru umowy jest fundamentalnie sprzeczny z ideą waloryzacji wskaźnikowej. Jakkolwiek fakt waloryzacji po 12 miesiącach jest wyłącznie kwestią przeniesienia na wykonawcę kosztów finansowania tego wzrostu przez 12 m-cy, tak przyjęcie średniej arytmetycznej wskaźników miesięcznych jest w istocie ograniczeniem wskaźnika do 1/12 jego wartości. Wskaźnik miesięczny bowiem wskazuje narastający wzrost cen - tym samym wskaźnik roczny jest bliski sumy wskaźników miesięcznych a nie jej średniej arytmetycznej.

10. W zakresie zarzutu dotyczącego zapisu § 13 ust. 11 wzoru umowy, Odwołujący wskazuje że samo jego brzmienie jest wystarczające do uznania, że Zamawiający jedynie pozornie zrealizował obowiązek wynikający z przepisu art. 439 PZP. Zaskarżony zapis bowiem brzmi:

„Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 1 % ceny oferty, o której o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika. ”

Biorąc pod uwagę fakt, że aktualnie wskaźniki wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej wynoszą miesięcznie ok. 1%, wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm „waloryzacji” jest oczywiście pozorny.

11. Podejście Zamawiającego do waloryzacji - faktyczne jej uniemożliwienie - jest także w ocenie Odwołującego całkowicie nieracjonalne i sprzeczne z ratio legis przepisu art. 439 PZP i podejściem do umowy o realizację zamówienia publicznego jako partnerskiej współpracy obu stron a nie siłowego wymuszania jej realizacji przez stronę silniejszą (Zamawiającego) pomimo zmiany warunków. Waloryzacja bowiem wprowadzana jest w interesie obu stron, a szczególnie Zamawiającego.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany zapisów swz dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych parametrów hali - (swz, pkt VIII.1.4 lit. a) - z wymaganej rozpiętości 50 m na 40 m oraz powierzchni z 7.000 m² na 4.500 m², analogicznie w zakresie wymagań dla doświadczenia projektanta branży konstrukcyjnej oraz kierownika budowy (swz, pkt VIII.1.4 lit. b) - z wymaganej rozpiętości 50 m na 40 m oraz powierzchni z 7.000 m² na 4.500 m²,

2. zmiany:

a) zapisu § 13 ust. 10 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6, może nastąpić nie wcześniej niż po 6 miesiącach od podpisania Umowy i będzie wyliczona poprzez narastające uwzględnienie wskaźników za miesiące od daty podpisania umowy do momentu waloryzacji (zwanej w dalszej treści Umowy „stawką waloryzacji”). W przypadku kolejnych waloryzacji będą uwzględniane wskaźniki za miesiące od daty poprzedniej waloryzacji do momentu kolejnej waloryzacji.”

b) zapisu § 13 ust. 11 wzoru umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 30 % ceny oferty, o której

o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.”

Pismem z dnia 01.03.2022 r. odwołujący poinformował o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego warunków udziału w postępowaniu z uwagi na modyfikacje dokonane przez zamawiającego, a także przedstawił dodatkową argumentację w zakresie zarzutu nr 2. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr 1 na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28.02.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

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

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca musi więc posiadać interes faktyczny, nie zaś interes prawny, we wniesieniu odwołania. Na tym etapie postępowania, tj. przed upływem terminu składania ofert, interes w kwestionowaniu postanowień swz lub ogłoszenia o zamówieniu ma każdy wykonawca, który jest zainteresowany złożeniem oferty i któremu te postanowienia mogą utrudnić złożenie konkurencyjnej oferty. Bez względu zatem na to, co napisał odwołujący w odwołaniu (prawdopodobnie nie usunął fragmentu z poprzedniego odwołania dotyczącego innego stanu faktycznego), sam fakt, że jest on zainteresowany ubieganiem się o zamówienie i uznaje postanowienia projektu umowy (czyli części swz) za naruszające przepisy i utrudniające mu złożenie oferty, stanowi podstawę, by stwierdzić, że posiada on interes we wniesieniu odwołania. Nie jest przy tym konieczne, aby kwestionowane postanowienia uniemożliwiły wykonawcy złożenie oferty, ale wystarczy, że utrudniają mu złożenie oferty. Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo Izby, np. wyrok KIO 1747/17 z dnia 05.09.2017 r. czy KIO 2426/17 z dnia 01.12.2017 r. Odwołujący w niniejszej sprawie może też ponieść szkodę w wyniku zastosowania kwestionowanego postanowienia projektu umowy, ponieważ postanowienie to, w jego ocenie, pozbawia wykonawców możliwości dokonania realnej waloryzacji wynagrodzenia, co stwarza ryzyko finansowe w zakresie możliwego do osiągnięcia zysku lub nawet ryzyko poniesienia straty. W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania i nie mógł ponieść szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła zatem, że odwołanie nie podlega oddaleniu z uwagi na brak interesu w jego wniesieniu, gdyż zostały spełnione materialnoprawne przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do analizy zarzutu podniesionego w odwołaniu, należy najpierw przytoczyć właściwe przepisy. Zgodnie z art. 439 ust. 1 - 4 ustawy 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.
3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.
4. 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.

W niniejszym postępowaniu, zgodnie z § 13 ust. 10 i 11 projektu umowy:

10. Pierwsza waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6, może nastąpić nie wcześniej niż po 12 miesiącach od podpisania Umowy i będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika waloryzacji za okres poprzednich 12 miesięcy (zwanej w dalszej treści Umowy „stawką waloryzacji”).
11. Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 1% ceny oferty, o której o mowa w § 8 ust. 1 Umowy, co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.

Rozpoznając postawiony w odwołaniu zarzut przede wszystkim należy zgodzić się z odwołującym, że celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku. Tym samym nie jest wystarczające i zgodne z ww. przepisem samo określenie w projekcie umowy np. poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia lub maksymalnej dopuszczalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jeżeli zostały one określone w oderwaniu od sytuacji rynkowej w danej branży, w tym od kształtowania się cen na danym rynku. Takie nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie daje bowiem stronom umowy szans na rzetelną zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany cen związanych z realizacją zamówienia, a w konsekwencji - czyni waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis.

Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie

ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponieść te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalili sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być sformułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiającą dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Jak wskazano już wyżej, jedynie formalne zawarcie w projekcie umowy postanowień odnoszących się do kwestii wskazanych w art. 439 ustawy Pzp, nie stanowi prawidłowego zastosowania ww. przepisu, jeżeli treść tych postanowień w istocie nie pozwala na realną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie zamawiający przewidział w § 13 ust. 10 i ust. 11 projektu umowy, że:

- wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 1% ceny oferty, zatem zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika,
- waloryzacja będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika waloryzacji za okres poprzednich 12 miesięcy,
- pierwsza waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6, może nastąpić nie wcześniej niż po 12 miesiącach od podpisania umowy.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że przewidywana przez zamawiającego zmiana wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 1% ceny jego oferty, nie odzwierciedla obecnej sytuacji na rynku. Jest faktem notoryjnym, że od pewnego czasu mamy do czynienia ze znacznym wzrostem cen, także w sektorze budownictwa. Obecnie inflacja przekroczyła 8% i nie jest przewidywany jej spadek, a wręcz znane są prognozy przewidujące jej wzrost. Przy czym prognozy te były ogłaszane nawet przed rosyjską inwazją na Ukrainę, choć należy zgodzić się z odwołującym, że potencjalne trudności z zakupem stali w tych krajach mogą zmniejszyć podaż stali na rynku globalnym i w efekcie również podnieść jej ceny. W świetle powyższych okoliczności postanowienie projektu umowy określające waloryzację na poziomie do 1% ceny oferty wykonawcy jest zupełnie nieadekwatne do sytuacji na rynku budowlanym. Tak ustalony poziom waloryzacji czyni ją w praktyce iluzoryczną, ponieważ nie daje wykonawcy szans na zmianę wynagrodzenia stosownie do rzeczywistej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Izba nie zgodziła się jednocześnie z argumentacją zamawiającego, w myśl której szczegółowy opis przedmiotu zamówienia pozwala wykonawcom na oszacowanie ilości potrzebnych materiałów, w tym stali i właściwe skalkulowanie ceny oferty, niewymagające ustalenia waloryzacji na wyższym poziomie. Po pierwsze, jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i wypełnienie tego obowiązku nie zwalnia zamawiającego z innego obowiązku, tj. obowiązku określenia zasad waloryzacji zgodnie z realiami rynkowymi. Po drugie, nawet najlepiej opisany przedmiot zamówienia nie wpływa na zmiany cen na rynku. Po trzecie, jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący, nawet sugerowane przez zamawiającego kupienie stali po obecnych cenach pociąga za sobą koszty kredytowania tego zakupu, wpłacenia zaliczek, czy wreszcie magazynowania tej stali, które to koszty wykonawca będzie musiał doliczyć do ceny oferty, co oznacza, że ostatecznie poniesie je zamawiający. Tym samym wskazywane przez zamawiającego rozwiązanie uniknięcia kosztów waloryzacji, nie musi być dla niego korzystne ekonomicznie, a ponadto prowadzi do ustalenia w projekcie umowy zasad waloryzacji w sposób czyniący tę instytucję pozorną.

Nie można też zgodzić się z argumentacją zamawiającego, zgodnie z którą żądana w odwołaniu waloryzacja na poziomie do 30% odpowiada progowi 30%, od którego ustala

się obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co oznaczałoby, że za pomocą waloryzacji wykonawca mógłby chcieć urealnić cenę swojej oferty w celu należącego waloryzacji zamówienia. Co do samego żądania w odwołaniu poziomu waloryzacji Izba odnie się w dalszej części uzasadnienia tego wyroku. Natomiast w tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 224 ustawy Pzp do obowiązków zamawiającego należy dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny oraz odrzucenie tej oferty w przypadkach, o których mowa w art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przy prawidłowym wypełnieniu tych obowiązków przez zamawiającego oferta z rażąco niską ceną nie powinna być uznana za najkorzystniejszą i wykonawca, który ją złożył, w ogóle nie powinien wykonywać zamówienia. Nawet jeśli jednak dojdzie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę z rażąco niską ceną, należy zauważyć, że przecież waloryzacja jego wynagrodzenia na poziomie ustalonym wg obiektywnych wskaźników, np. komunikatu GUS, pokryje jedynie koszty wzrostu cen na rynku, nie zaś koszty, których nie uwzględnił on lub nie doszacował w swojej ofercie od początku. Tym samym argumentacja zamawiającego odnosząca się do kwestii rażąco niskiej ceny (abstrahując w tym miejscu od oceny żądania odwołującego) nie jest zasadna co do samej istoty sprawy, jaką jest konieczność ustalania zasad waloryzacji zgodnie z realiami rynkowymi.

Nie jest także zasadny argument zamawiającego dotyczący możliwości zastosowania art. 357¹ kc. Przepis ten znajduje zastosowanie w razie nadzwyczajnej zmiany stosunków, której strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, tymczasem wzrost cen w obecnych realiach rynkowych nie jest sytuacją nieprzewidywalną. Nawet pomijając jednak to, w jakich okolicznościach przepis ten ma zastosowanie, przede wszystkim należy zauważyć, że dochodzenie roszczeń na jego podstawie wymaga wszczęcia postępowania przed sądem, podczas gdy celem waloryzacji przewidzianej w umowie jest też to, aby strony mogły rzetelnie ustalić wysokość wynagrodzenia wykonawcy w stosunku do zmian cen na rynku w oparciu o łączący ich stosunek prawny, bez konieczności prowadzenia sporów na drodze sądowej.

Reasumując, ustalenie przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie, że wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 1% ceny oferty, czyni tę waloryzację pozorną, ponieważ sytuacja na rynku wskazuje, że taki poziom zmiany wynagrodzenia nie odzwierciedla i nie będzie odzwierciedlał obecnej i prognozowanej zmiany cen na rynku. Tym samym takie określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia stanowi naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, w szczególności z punktu widzenia celu, dla którego przepisy te zostały ustanowione.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w § 13 ust. 10 projektu umowy zamawiający przewidział także, że pierwsza waloryzacja będzie wyliczona jako średnia arytmetyczna ze wskaźnika waloryzacji za okres poprzednich 12 miesięcy. Tym samym waloryzacja wynagrodzenia nie tylko ma zostać ograniczona do maksymalnie 1% ceny oferty, ale dodatkowo ma być wyliczana na podstawie średniej arytmetycznej wskaźników miesięcznych, czyli średniej ze wzrostu inflacji z miesiąca na miesiąc, nie zaś wzrostu np. w skali roku. Jak wynika z wyliczeń przedstawionych przez odwołującego na przykładzie 2021 r., zastosowanie mechanizmu przewidzianego przez zamawiającego oznaczałoby ustalenie wzrostu cen na poziomie 0,61%, natomiast ustalenie tego w skali roku - 8,3%. Różnica między tymi metodami obliczania podstaw waloryzacji prowadzi do osiągnięcia zasadniczo innego wyniku i nie ma wątpliwości, że metoda przyjęta przez zamawiającego daje wynik nie mający nic wspólnego z rzeczywistym wzrostem cen na rynku. Dlatego Izba nakazała zamawiającemu zmianę § 13 ust. 10 projektu umowy również w zakresie sposobu wyliczania pierwszej waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z żądaniem odwołującego, tj. poprzez narastające uwzględnienie wskaźników za miesiące od daty podpisania umowy do momentu waloryzacji, a w przypadku kolejnych waloryzacji - z uwzględnieniem wskaźników za miesiące od daty poprzedniej waloryzacji do momentu kolejnej waloryzacji.

Izba nie podzieliła także stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym treść art. 439 ust. 1 ustawy Pzp przesądza o tym, że waloryzacja może nastąpić dopiero po 12 miesiącach. Wskazany przepis odnosi się do umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, co oznacza, że w przypadku takich właśnie umów zamawiający mają obowiązek zamieścić w umowie postanowienia dotyczące waloryzacji. Przepis nie zawiera natomiast żadnego wskazania, od kiedy zamawiający może dokonać waloryzacji. Nie wynika to też z art. 439 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, w którym nie sprecyzowano, od kiedy ma biec początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Umowa w niniejszej sprawie będzie zawarta na okres 18 miesięcy, jednak treść art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, nie stoi na przeszkodzie, aby pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy była dokonywana już po 6 miesiącach od jej podpisania. Jak wskazano już wyżej, rolą zamawiającego jest dokonanie oceny sytuacji rynkowej i określenie postanowień projektu umowy z uwzględnieniem tej sytuacji. Zdaniem Izby, wskazane wyżej okoliczności faktyczne, w tym

przede wszystkim rosnące z miesiąca na miesiąc ceny, uzasadniają to, by możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy następowała już po 6 miesiącach od podpisania umowy. Dlatego Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany § 13 ust. 10 projektu umowy w tym zakresie zgodnie z żądaniem odwołującego.

Izba uwzględniła zatem odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie zmian projektu umowy zgodnie z żądaniem odwołującego, z wyjątkiem żądania podwyższenia maksymalnej wartości zmian wynagrodzenia z poziomu „do 1%” do poziomu „do 30%”. Izba uznała, że żądany przez odwołującego poziom „do 30%” nie został dostatecznie wykazany. Nawet z materiałów dołączonych przez odwołującego do jego pisma procesowego wynika, że w styczniu 2022 r. wzrost cen produkcji budowlano-montażowej wyniósł 8,3%, przy czym ceny budowy budynków wzrosły o 8,7%, ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 8,5%, a ceny robót budowlanych specjalistycznych - o 7,5%. Wprawdzie ostateczna zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie oparta na wskaźniku zmian cen produkcji budowlano-montażowej wynikającym z komunikatu GUS, a żądane przez odwołującego 30% jest tylko górnym limitem tej zmiany, niemniej jednak nie oznacza to, że taki górny limit może być określany na jakimkolwiek wysokim poziomie. Jak wskazano już wyżej, zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen powinny być określone z uwzględnieniem aktualnej sytuacji na rynku. W oparciu o dane przedstawione przez odwołującego, Izba stwierdziła, że maksymalna wartość zmian wynagrodzenia na poziomie „do 10%” będzie adekwatna w stosunku do dotychczasowego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej. Sam zresztą odwołujący również powoływał się na działania innych podmiotów, które z własnej inicjatywy podnoszą poziom waloryzacji w umowach właśnie do 10%. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany § 13 ust. 11 projektu umowy poprzez wprowadzenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 10% ceny oferty (zamiast dotychczasowego 1%).

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), przy czym koszty noclegu (343 zł) Izba potraktowała jako koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Przewodniczący