Sygn. akt: KIO 1151/22

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 20 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 kwietnia 2022 roku przez odwołującego Control Process spółkę akcyjną z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez PGE Energia Odnawialna spółkę akcyjną z siedzibą Warszawie w przy udziale Victor Energy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. 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 oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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 1151/22

UZASADNIENIE

PGE Energia Odnawialna spółka akcyjna z siedzibą Warszawie, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn.: Zaprojektowanie i budowa pod klucz instalacji PV Jeziórko 1 i PV Jeziórko 2 o łącznej mocy do 100 MW. Numer referencyjny: POST/EOD/EOD/BM/00108/2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 075-205039.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawca Control Process spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") 25 kwietnia 2022 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym wobec treści wzoru umowy, wskazując, że Zamawiający zaniechał wprowadzenia do umowy zapisów dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy zgodnych z wymaganiami prawnymi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 Pzp przez wprowadzenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sposób nie spełniający wymagań wynikającego z wskazanego przepisu.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów projektu umowy przez nadanie im brzmienia:

• pkt 24.4.3.9 „pierwsza zmiana Wynagrodzenia może nastąpić po upływie 6 miesięcy od daty wejścia Umowy w życie, z zastrzeżeniem, że jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert (co oznacza, że pierwsza zmiana Wynagrodzenia może zostać dokonana po upływie 6 miesięcy od dnia upływu terminu składania ofert)",

• pkt 24.4.3.10 „kolejna zmiana Wynagrodzenia nie może nastąpić wcześniej niż 6 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia",

• pkt 24.4.3.11 „wszystkie zmiany Wynagrodzenia dokonane na podstawie niniejszego pkt 24.4.3. nie mogą łącznie powodować wzrostu Wynagrodzenia o więcej niż 20 % Wynagrodzenia wskazanego w pkt. 12.1 Umowy w dacie wejścia Umowy w życie;"

• pkt. 24.4.3.5 „zmiana Wynagrodzenia nie jest dokonywana, jeśli wartość bezwzględna Wskaźnika wynosi mniej niż 1,25%" oraz pkt. 24.4.3.4: „podstawą zmiany Wynagrodzenia jest zmiana cen produkcji budowlano-montażowej publikowana na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego w zakładce „Opracowania sygnalne", podzakładka „Informacje sygnalne", częstotliwość publikacji „miesięczne", pozycja L.P. 7 „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej", obliczana jako procentowa zmiana cen pomiędzy cenami w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, w stosunku do cen które występowały w miesiącu który wypadał sześć miesięcy przed miesiącem poprzedzającym złożenie wniosku (dalej „Wskaźnik"),"

• pkt. 24.4.3.7 „jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Wynagrodzenie ulega podwyższeniu o procent odpowiadający wartości procentowej Wskaźnika,"

• pkt. 24.4.3.8 „jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Wynagrodzenie ulega obniżeniu o procent odpowiadający wartości procentowej Wskaźnika,"

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według stawek prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie. Poprzez dokonanie czynności i zaniechań przez Zamawiającego w sposób naruszający przepisy Pzp, Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty (a w szczególności rzetelnej i prawidłowo wycenionej oferty) i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym udzieleniem mu zamówienia, zaś dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania Zamawiającego mogą uniemożliwić uzyskanie przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia oraz może on ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził do umowy zapisy mające spełniać wymagania zawarte w art. 439 Pzp, przy czym wprowadzone zapisy nie mogą zostać uznane za odzwierciedlające cel i ideę wynikającą z ww. przepisu. Odwołujący wskazał, że istotą wprowadzenia tego przepisu było zobowiązanie Zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń Wykonawców. Odwołujący wskazał na uzasadnienie projektu ustawy:

„c) Obligatoryjna klauzula dotycząca zmiany wysokości wynagrodzenia

W art. 439 ust. 1 projektu ustawy wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia."

Odwołujący zwrócił uwagę, że autor przepisu wprost używa pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja" uznać należy że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego

realnej wartości na niezmienionym poziomie - zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa „waloryzacja".

W zakresie okresów pomiędzy zawarciem umowy a waloryzacją oraz kolejnymi waloryzacjami Odwołujący wskazał, że w ciągu ostatniego okresu (ok. 2 lat) mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem cen materiałów budowlanych i innych kosztów realizacji przedsięwzięć budowlanych. Odwołujący dla przykładu wskazał na wzrost cen stali (pomiędzy 31 tygodniem roku 2020 a 29 tygodniem roku 2021 o ponad 90%) czy innych materiałów (płyty OSB - 80%, dachy, rynny - 21%) jak również dynamiczny wzrost płac w sektorze budowlanym (ponad 7% pomiędzy rokiem 2019 a pierwszą połową roku 2021). Tak dynamiczny i rozpędzający się wzrost cen powoduje że są uzasadnione podstawy do przyjęcia, że pierwsza waloryzacja winna nastąpić wcześniej niż po 12 miesiącach trwania umowy. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku KIO 440/22 - „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."

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego uzasadniają również obniżenie

minimalnego progu zmiany wskaźnika od którego może dojść do waloryzacji. Odwołujący przyznał, że jakkolwiek przyjmując okres 12 miesięcy, przy obecnym poziomie inflacji wskaźnik 6% jest wysoce prawdopodobny że zostanie przekroczony, tak dla okresu 6 miesięcznego może być on nieadekwatny. Jednak celem zapisu waloryzacyjnego nie jest doprowadzenie do tego aby z przyczyn czysto formalnych nie został on zastosowany, a do tego aby umożliwił realne zachowanie ekwiwalentności świadczeń i nie zmuszał Wykonawców do uwzględniania w pierwotnej cenie oferty kosztów przyszłego, szacowanego wzrostu cen. Odwołujący zaproponował przyjęcie wskaźnika wynikającego z polityki pieniężnej NBP (https://www.nbp.pl/home.aspx?f=/polityka pieniezna/polityka pieniezna.html) jako

adekwatnego dla progu powyżej którego waloryzacja jest zasadna.

W zakresie przyjętej przez Zamawiającego zasady, że zmiana wynagrodzenia będzie obejmować tylko połowę wartości wynikającej z obliczonego wskaźnika, Odwołujący wskazał że zmiana taka w sposób oczywisty łamie zasadę zachowania ekwiwalentności świadczeń. Wykonawca bowiem z góry musi założyć, że w przypadku wzrostu kosztów np. o 50%, jego wynagrodzenie zostanie zwiększone o 25%. Tym samym - żeby realizacja umowy miała sens ekonomiczny, musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty te ryzyka - co czyni waloryzację umowną w % pozorną. Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku KIO 440/22 i KIO 3600/21.

Odwołujący wskazał, że z wyżej wskazanych orzeczeń jednoznacznie wynika, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia o % wartości wynikającej z obiektywnego i niezależnego od stron wskaźnika w oczywisty sposób nie spełnia tych wymagań.

Odwołujący wskazał także, że celem zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania jest pozyskanie przez Zamawiającego instalacji, która będzie stanowić element jego przedsiębiorstwa i służyć pozyskiwaniu przychodów w ramach tego przedsiębiorstwa - biorąc pod uwagę wzrost cen, Zamawiający w istocie będzie jego beneficjentem, gdyż uzyska instalację o większej wartości oraz jej produkty będą mogły być sprzedawane po cenach uwzględniających inflacyjny wzrost.

2 maja 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego, zgłosił wykonawca Victor Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący").

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej 19 maja 2022 r. Zamawiający wniósł od oddalenie odwołania w całości.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest zainteresowany ubieganiem się o to zamówienie publiczne.

Izba ustaliła, że przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego było skuteczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453).

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia

sprawy.

Na podstawie akt sprawy (vide: załącznik nr 2 do SWZ PPU) Izba ustaliła, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia mają następujące brzmienie:

24.4.3.4 podstawą zmiany Wynagrodzenia jest zmiana cen produkcji budowlano-montażowej publikowana na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego w zakładce „Opracowania sygnalne", podzakładka „Informacje sygnalne", częstotliwość publikacji „miesięczne", pozycja L.P. 7 „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej" w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w analogicznym miesiącu poprzedniego roku kalendarzowego (dalej „Wskaźnik"),

24.4.3.5 zmiana Wynagrodzenia nie jest dokonywana, jeśli wartość bezwzględna Wskaźnika wynosi mniej niż 6 %;

(...)

24.4.3.7 jeśli Wskaźnik jest dodatni (tj. potwierdza wzrost cen produkcji budowlano-montażowej) Wynagrodzenie ulega podwyższeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika,

24.4.3.8 jeśli Wskaźnik jest ujemny (tj. potwierdza spadek cen produkcji budowlano-montażowej) Wynagrodzenie ulega obniżeniu o procent odpowiadający połowie wartości procentowej Wskaźnika;

24.4.3.9 pierwsza zmiana Wynagrodzenia może nastąpić po upływie 12 miesięcy od daty wejścia Umowy w życie, z zastrzeżeniem, że jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert (co oznacza, że pierwsza zmiana Wynagrodzenia może zostać dokonana po upływie 12 miesięcy od dnia upływu terminu składania ofert);

24.4.3.10 kolejna zmiana Wynagrodzenia nie może nastąpić wcześniej niż 12 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia;

24.4.3.11 wszystkie zmiany Wynagrodzenia dokonane na podstawie niniejszego pkt 24.4.3. nie mogą łącznie powodować wzrostu Wynagrodzenia o więcej niż 10 % Wynagrodzenia wskazanego w pkt. 12.1 Umowy w dacie wejścia Umowy w życie;

Następnie w oparciu o złącznik do odpowiedzi na odwołanie ustalono, że udzielając wyjaśnień do SWZ pismem z 16 maja 2022 r., Zamawiający odmówił dokonania modyfikacji postanowień 24.4.3.9; 24.4.3.10; 24.4.3.11; 24.4.3.5; 24.4.3.7 oraz 24.4.3.8 załącznika nr 2

do SWZ PPU (vide: odpowiedzi na pytania 2 - 7).

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby zarzuty odwołania nie zostały w wystarczający sposób wykazane, w konsekwencji czego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 439 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.

5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Jak wynika z powyższej regulacji, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, obowiązkiem zamawiających jest określenie zasad, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest więc określić w umowie w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych oraz maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia.

W treści odwołania Odwołujący nie kwestionował braku wskazania któregokolwiek z powyższych elementów lecz skoncentrował się na twierdzeniu, zgodnie z którym sposób określenia powyższych elementów klauzuli waloryzacyjnej w zakresie przez Odwołującego kwestionowanym, nie odzwierciedla celu art. 439 ustawy Pzp, tj. nie zapewnia realnej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w tym postępowaniu.

W tym miejscu skład orzekający w tej sprawie wskazuje, że podziela pogląd wyrażony w orzecznictwie Izby, a przywołany również w treści odwołania, zgodnie z którym celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Jednocześnie zauważyć należy, że wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Należy również zauważyć, że wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21).

Z drugiej strony, uwzględniając treść art. 555 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, należy pamiętać o tym, że Izba rozpoznając odwołanie może poruszać się w granicach wyznaczonych jego zarzutami. Z powyższego wynika również dla odwołującego obowiązek powołania w odwołaniu treści zarzutów w sposób kompleksowy, tj. nie tylko przez wskazanie podstawy prawnej ale przede wszystkim okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. Podkreślić należy, że nie jest wystarczające jedynie zasygnalizowanie w treści

odwołania zarzutów w sposób ogólny, ponieważ ich spóźnione wykazywanie w szerszym zakresie dopiero podczas rozprawy nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Mając na uwadze powyższe, Izba rozpoznając niniejsze odwołanie uwzględniła treść zarzutów wynikających z odwołania. Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionych zarzutów. Zasadnicza część argumentacji Odwołującego sprowadzała się do przywołania stanowiska Izby wyrażonego w wyrokach o sygn. akt KIO 3600/21 oraz KIO 440/22. Natomiast uzasadnienie żądań miało charakter lakoniczny i nie odnosiło się do wszystkich żądań wprowadzenia zmiany treści kwestionowanych postanowień umowy.

W zakresie żądania zmiany treści pkt 24.4.3.4 argumentacja wskazana w treści uzasadnienia odwołania ma charakter szczątkowy. Nie jest dla Izby jasne z czego wynika proponowana zmiana i dlaczego jej wprowadzenie jest zasadne. Co do żądania zmiany treści pkt 24.4.3.5, 24.4.3.9 i 24.4.3.10 sam Odwołujący przyznaje, że jest wysoce prawdopodobne, że wskaźnik 6% w okresie 12 miesięcy zostanie przekroczony. Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie uzasadnił w sposób przekonujący dlaczego pierwsza zmiana wynagrodzenia po upływie 12 miesięcy od daty wejścia w życie umowy nie spełni celu waloryzacji. Choć przepis art. 439 ustawy Pzp, nie zawiera regulacji co do terminu i

częstotliwości waloryzacji wynagrodzenia, więc termin inny niż 12 miesięcy jest możliwy, to jednak Odwołujący który domaga się tego rodzaju zmiany powinien swoje żądanie uzasadnić w sposób przekonujący, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający umowa zawarta będzie na 16 miesięcy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby uwzględniając czas trwania umowy nie było możliwe skalkulowanie ceny, w tym

ewentualnego ryzyka na odpowiednim poziomie z uwzględnieniem aktualnej na dzień składania ofert sytuacji na rynku oraz mając na uwadze projektowane postanowienia umowy o to zamówienie. Ponadto dane, na które powołał się Odwołujący dotyczą okresu między 31 tygodniem 2020 r a 29 tygodniem 2021 r. (stal) a także między rokiem 2019 a pierwszą połową roku 2021 (dynamiczny wzrost płac w sektorze budowlanym), Odwołujący nie wskazał jak aktualnie przedstawia się sytuacja na rynku w powyższym zakresie i dlaczego zasadna jest zmiana terminu z 12 miesięcy na 6 miesięcy. Ponadto Odwołujący nie uzasadnił wysokości proponowanego przez siebie wskaźnika na poziomie 1,25%.

Odnosząc się do żądania zmiany treści pkt 24.4.3.7 i 24.4.3.8 Izba wskazuje, że z treści art. 439 ustawy Pzp nie można wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko Izby, zgodnie z którym powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. Jakkolwiek Izba nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak nie oznacza, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe (vide: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 235/22). Z tego też względu dowód 1 złożony przez Odwołującego nie mógł przesądzić o uwzględnieniu tego żądania.

Natomiast odnosząc się do żądania zmiany treści pkt 24.4.3.11, wskazać należy, że nie zostało ono w treści odwołania w ogóle uzasadnione, a powołanie odpowiedniej argumentacji dopiero na etapie rozprawy uznać należy za spóźnione.

Reasumując o oddaleniu odwołania przesądziła jego teść, w tym lakoniczne uzasadnienie. W ocenie składu orzekającego w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. Zatem aby odwołanie w tego rodzaju sprawach mogło zostać uznane za zasadne, powinno oprócz wskazania wadliwości postanowień proponowanych przez Zamawiającego, zawierać również uzasadnienie żądania określonej zmiany. W ocenie Izby przedstawione uzasadnienie zarzutów odwołania nie korespondowało z wnioskowanymi przez Odwołującego zmianami treści załącznika nr 2 do SWZ w skarżonym zakresie.

Dowód 1 złożony przez Zamawiającego stanowiący informację prasową z jednego z portali informacyjnych przedstawiał dla Izby znikomą moc dowodową.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....