Sygn. akt: KIO 1648/22

KIO 1649/22

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (KIO 1648/22, KIO 1649/22) w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku

przy udziale:

1) wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1648/22 i KIO 1649/22 po stronie odwołującego,

2) wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1648/22 i KIO 1649/22 po stronie odwołującego,

3) wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 1648/22 i KIO 1649/22 po stronie odwołującego,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt KIO 1648/22:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego (częściowo zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania z wyłączeniem żądań nr 1.4 i 1.5 oraz w całości zarzuty 3 i 4 petitum odwołania) oraz wycofanych przez Odwołującego (częściowo zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania odnośnie żądań nr 1.2 i 2.1 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego oraz w całości zarzut nr 5 petitum odwołania).

2. Uwzględnia częściowo zarzut nr 6 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę mechanizmu waloryzacji na mechanizm odzwierciedlający rzeczywiste zmiany poziomu cen.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o.

z siedzibą w Pruszkowie oraz Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez odwołującego - Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2 zasądza od Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 11.800,00 (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisu od odwołania w kwocie 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) oraz z tytułu 1/2 wysokości kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w kwocie 1 800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych 00/100).

W sprawie o sygn. akt KIO 1649/22:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutów w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego (częściowo zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania z wyłączeniem żądań nr 1.5 i 1.6 oraz w całości zarzuty nr 3 i 4 petitum odwołania) oraz wycofanych przez Odwołującego (częściowo zarzuty z pkt 1 i 2 petitum odwołania odnośnie żądań nr 1.2 i 2.1 w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego oraz w całości zarzut nr 5 petitum odwołania).

2. Uwzględnia częściowo zarzut nr 6 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu zmianę mechanizmu waloryzacji na mechanizm odzwierciedlający rzeczywiste zmiany poziomu cen.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża po 1/2 Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o.

z siedzibą w Pruszkowie oraz Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez odwołującego - Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2 zasądza od Zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 11.800,00 (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/2 wysokości wpisu od odwołania w kwocie 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) oraz z tytułu 1/2 wysokości kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w kwocie 1 800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1648/22
KIO 1649/22

Uzasadnienie

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający" oraz „ZMPG S.A.") działając na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") w zw. z art. 378 ustawy Pzp prowadzi równolegle dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

1) „Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk" (Numer postępowania: NPR/NS/2022/009) - KIO 1648/22,

2) „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk" (Numer postępowania: NPR/NS/2022/002) - KIO 1649/22.

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 8 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S_109 odpowiednio pod poz. 309211 oraz 309212.

Wartość wskazanych zamówień przekracza progi unijne.

sygn. akt KIO 1648/22

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący" oraz „STRABAG Sp. z o.o.") wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.").

Odwołujący w petitum odwołania wskazał zakres (pkt I), zarzuty (pkt II) oraz żądania (pkt III).

Odnosząc się do zakresu odwołania (pkt I) STRABAG Sp. z o.o. podniosła, co następuje:

1. Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem powinien ponosić we własnym zakresie, przez co narusza klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

1) Przerzucenie na wykonawcę kosztów robót rozbiórkowych niewykazanych w projekcie a podlegających rozbiórce - pkt 21.5.2.22 SWZ;

2) Przerzucenie na wykonawcę ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia w przedłużonym okresie trwania umowy z uwagi na okoliczności od niego niezależnych, warunkujących zmianę terminu realizacji umowy w przypadkach określonych w § 4 ust. 1 pkt od a) do e) wzoru umowy tj.:

a) niedotrzymania tego terminu wynika z okoliczności zawinionych przez Zamawiającego (np. nieterminowe przekazanie terenu budowy, konieczność

dokonania istotnych odstępstw (w rozumieniu Prawa budowlanego) w dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego, w tym zmian na zlecenie Zamawiającego) lub z siły wyższej,

b) wystąpienia po stronie właściwych organów opóźnień lub zaniechań w podjęciu czynności, do podjęcia których są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie takie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym czynności powinny zostać podjęte i nie jest następstwem okoliczności zawinionych przez wykonawcę,

c) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu nie dopuszczania

do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ wskutek okoliczności niezawinionych przez wykonawcę,

d) wystąpienia siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy

zgodnie z jej postanowieniami lub załącznikami do niej lub przepisami,

e) zmiany przepisów prawa, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy,

bez wskazania, że zmianie może ulec także wynagrodzenie należne wykonawcy;

3) Przerzucenie na wykonawcę ryzyka, którego na podstawie wizji lokalnej jak i udostępnionych w postępowaniu dokumentów nie da się oszacować tj. zmiany poziomu wody, falowanie, potencjalne zanieczyszczenia, ruch statków, występowanie na dnie lub w dnie złomu lub pali itp. zgodnie z § 8 ust. 3 i ust. 5 wzoru umowy z wyłączeniem jakichkolwiek roszczeń, w szczególności o przedłużenia terminu

wykonania przedmiotu mowy lub zmiany wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy lub zmianę warunków wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy z przekazanej dokumentacji postępowania w tym badań obiektów zalegających na

dnie nie da się określić dokładnej ilości, gabarytów ani rodzaju zanieczyszczeń co

powoduje wycenę ryzyka niemożliwego na etapie oferty a jednocześnie ponoszenie

odpowiedzialności przez wykonawcę na etapie realizacji;

4) Przerzucenie w § 15 ust. 6 oraz w § 16 ust. 6 wzoru umowy ryzyka wykonania niezbędnych badań i analiz oraz pokrycia związanych z tym kosztów w sytuacji złożenia wniosku o wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych, nawet gdy okażą się one niezasadne a będą wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

5) Poprzez nadmierne i nieproporcjonalne przerzucenie ryzyka na wykonawcę za procedurę akceptacji wniosków materiałowych określonych w § 9 ust. 7 wzoru umowy polegających na każdorazowym pozyskiwaniu akceptacji i ponoszeniu w tym kosztów, które powinny obciążać Zamawiającego (jako podmiotu odpowiedzialnego za projekt) tj. wbudowanie, wykorzystanie lub zmiana materiałów wymagają przeprowadzenia ww. procedury i są możliwe jedynie po uzyskaniu ww. zgody akceptacji Zamawiającego (Nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2), przy czym za każdym razem wszystkie związane z tym koszty (np. opinia nadzoru autorskiego, dodatkowe badania, sprawdzenia itp.) wykonawca wykona na własny koszt.

2. Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków umownych w sposób niejasny, niedokładny oraz w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców. Opis ten dowodzi także istotnego zachwiania równowagi kontraktowej w sposób niezasadnie dający przewagę kontraktową Zamawiającemu, co powoduje przerzucenie na wykonawcę niewspółmiernie wysokiego ryzyka, niemożliwego do przewidzenia i wyceny na etapie składania oferty jak też przerzucenie ryzyka nieścisłości i niejasności opisu na wykonawcę co zostało wyrażone:

1) W postaci konieczności wyceny w ofercie , jako ceny ryczałtowej zgodnie z pkt 21.5.2.3 SWZ oraz § 8 ust. 3 i 5 wzoru umowy kosztów przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) wraz z wydobyciem obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów oraz sporządzeniem raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu, podczas gdy udostępnione w postępowaniu dane w tym przegląd nurkowym, raport ferromagnetyczny uniemożliwiają określenie dokładnej ilości, wielkości i tonażu. Można jedynie oszacować z niego, że jest 206 obiektów, przy czym nie wiadomo jaki

to rodzaj i wielkość obiektu, czy będzie wymagał wydobycia przez profesjonalny patrol saperski, czy będzie zwykłym odpadem/złomem i jakie koszty w związku z tym wykonawca powinien przyjąć w ofercie;

2) W postaci całkowitej dowolności i uznaniowości dokonania zmian umowy w zakresie terminu realizacji jak i wynagrodzenia poprzez użycie niejasnych i niekonkretnych sformułowań w § 4 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 5 (BIS), ust. 6 (BIS), oraz w § 6 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8 wzoru umowy mówiących o tym, że Zamawiający może wniosek zaakceptować w całości, w części lub go nie zaakceptować w całości albo w części

(...) i jedynie o czas [lub kwotę] (...) wskazany i szczegółowo uzasadniony w zaakceptowanym wniosku Wykonawcy co literalnie prowadzi do stwierdzenia, że nawet w sytuacjach obiektywnych i uzasadnionych Zamawiający ma prawo odmówić dokonania zmiany umowy przerzucając ryzyko na wykonawcę;

3) W postaci niewspółmiernego do wartości jak i przedmiotu zamówienia możliwości odstąpienia od umowy na podstawie § 23 ust. 2 pkt d) wzoru umowy, w sytuacji gdy, wykonany zakres przedmiotu umowy ma wady, podczas gdy uprawnienie do terminacji umowy powinno mieć miejsce w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ocenianego przez pryzmat art. 647 k.c. co uprawniałoby do takiego odstąpienia dopiero w momencie nieusunięcia wad istotnych obiektu (a nie każdej wady, innej nawet nieistotnej).

3. Poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie w § 5 ust. 4, § 19 ust. 8 wzoru umowy płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy, w sytuacji dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, do kwoty wskazanej przez Zamawiającego w protokole końcowym, stanowiącej wartość wad, podczas gdy takie zatrzymanie stanowi dodatkowe i nieprzewidziane w przepisach prawa, w tym ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy i stanowi obejście wymogu art. 452 ust. 2 ustawy Pzp, ponadto narusza art. 647 k.c. nakazujący zapłacić wykonawcy wynagrodzenie należne za wykonany i odebrany obiekt.

4. Poprzez przyznanie dowolności Zamawiającemu w § 19 ust. 8 wzoru umowy dokonania odbioru końcowego, w sytuacji gdy wykonany przedmiot umowy ma wady nieistotne, podczas gdy art. 647 k.c., i utrwalona na jego kanwie linia orzecznicza Sądu Najwyższego nakazuje w takiej sytuacji dokonanie odbioru i zapłatę umówionego wynagrodzenia.

5. Poprzez żądanie wraz z wnioskiem o płatność w § 5 ust. 5 pkt c) wzoru umowy oświadczenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu przedmiotu umowy lub cesję należności na rzecz tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ustawą Pzp i przepisem jej art. 437 ust. 1 pkt 4, art 447 ust. 1 ustawy Pzp wymaga się złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia (rozumianego jako każdy inny dowód np. potwierdzenie przelewu).

6. Poprzez przewidzenie w § 7 umowy klauzul waloryzacyjnych pozornych, niemożliwych do osiągnięcia, oderwanych zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków realizacji przedmiotu umowy oraz określenie zbyt niskiego maksymalnego limitu zmiany wynagrodzenia.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w

zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 649 k.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w część I pkt 1 i 2 odwołania, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego lub innych organów bądź okoliczności niezależnych od stron, za ponoszenie odpowiedzialności i kosztów za dodatkowe analizy, badania uzgodnienia podczas akceptacji wniosków materiałowych czy wniosków o roboty dodatkowe lub zamienne podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a przez to jest niezgodne z klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

2) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 649 k.c. w stosunku do zakresu określonego w części I pkt 1 i 2 odwołania, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez skonstruowania postanowień umowy w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji

Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych;

3) art. 436 pkt 2, art. 447 ust. 1 pkt 1, art. 450, art. 452 ust. 2, art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353^1 k.c. i 647 i 654 k.c. poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane prace w sytuacji stwierdzenia wad podczas odbioru, co stanowi podwójne zabezpieczenie ponad wymagane zgodnie z umową w § 17 (5 % ceny brutto oferty), które to zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi górny limit zabezpieczenia, jakiego można się domagać zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp a wszelkie dalsze zabezpieczenia, w tym w postaci wstrzymywania

płatności przekracza ten próg i stanowi o naruszeniu ustawy. Co więcej, Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 k.c. a więc wstrzymywanie płatności w sytuacji dokonania odbioru końcowego (odbiór jest tylko kiedy nie ma wad istotnych) stanowi o naruszeniu obowiązku wynikającego z tego przepisu;

4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 19 ust. 8 wzoru umowy możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad i usterek, możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia wad i usterek w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie

w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do

odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane z wadami nieistotnymi inwestor (zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego. Zgodnie z art. 647 k.c. inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie;

5) art. 437 ust. 1 pkt 4, art. 447 ust. 1, art. 465 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp

w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego

podwykonawcy co do zapłaty wszystkich wymagalnych należności lub cesji tych należności podczas gdy ww. przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy;

6) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub

kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie

zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy i zawiera mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji niezrozumiałe, niezasadne i pozorne z uwagi na ich sposób jak i przyjęte podstawy

ich liczenia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ „Projektowane postanowienia umowy" poprzez:

1. W zakresie wskazanym w części I pkt 1 odwołania: wyeliminowanie odpowiedzialności wykonawcy za działania i zaniechania Zamawiającego, innych organów lub osób trzecich bądź odpowiedzialności za zdarzenia lub czynności podjęte przez Zamawiającego, których konsekwencje, w tym finansowe również powinny leżeć po jego stronie i tak:

1) Wykreślenie z obowiązków umownych wykonania rozbiórki nieokreślonej w projekcie

tj. pkt 21.5.2.22 SWZ;

2) Wykreślenie obowiązku wyceny w ramach ceny ryczałtowej kosztów wydobycia obiektów ferromagnetycznych w tym niewypałów lub niewybuchów tj. wykreślenie pkt 21.5.2.3 SWZ oraz jednocześnie określenie w umowie, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wydobycie obiektów niezidentyfikowanych na etapie

postępowania przy czym zakres wydobycia takich obiektów oraz wycena powinna się odbywać w ramach robót dodatkowych, koniecznych do prawidłowego wykonania umowy;

3) Wskazanie że wykonawca będzie miał uprawnienia do zmiany terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia także w przypadkach określonych w § 4 ust. 1 pkt a), b), c), d),e) jako że okoliczności tam wymienione nie leżą po stronie wykonawcy, są od niego niezależne a ich wystąpienie nie jest możliwe do wyszacowania i wyceny w ofercie. Ponadto okoliczności te w zakresie w jakim wynikają z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego powinny obciążać jego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

4) Wykreślenie w § 8 ust. 3 i ust. 5 lub zmianę brzmienia ust 3 w taki sposób aby wykonawca ponosił odpowiedzialność tylko za możliwe do ustalenia podczas wizji lokalnej jak i przekazaną dokumentację zakresu prac a nie prac lub zakresów, których podczas wizji ustalić się nie dało, z jednoczesnym zrzeczeniem się roszczeń z tego tytułu. Zapis prowadzi pod pozorem wizji lokalnej, podczas której nie ma możliwości zlokalizowania chociażby podwodnych czy podgruntowych zanieczyszczeń/złomu/pali do przerzucenia ryzyka za nieścisłości dokumentacji i jak i konieczności wykonania prac, których zakresu jak i wyceny nie da się przewidzieć i wycenić w cenie ryczałtowej.

W razie pozostawienia zapisu akceptowalna byłaby treść ust. 3:

Wykonawca oświadcza, że miał zapewnioną możliwość udziału w wizji lokalnej miejsca wykonania Przedmiotu Umowy, a także, że jest świadomy charakterystyki

(stan, lokalizacja, dotychczasowe i planowane wykorzystanie - przemysłowe nabrzeże przeładunkowe różnych towarów, w tym złomu, dotychczasowa obecność specjalistycznych maszyn i wynikające z tego ryzyka itp.) tego miejsca i ewentualnych trudności mogących wystąpić w tym miejscu ~~właśnie z uwagi na jego charakterystykę~~ (np.~~ zmiana poziomu wody, falowanie, potencjalne zanieczyszczenia,~~ i -

z zastrzeżeniem odmiennych postanowień Umowy - nie będzie z tego tytułu zgłaszał jakichkolwiek roszczeń, o ile dało się je przewidzieć i wycenić na podstawie wizji lokalnej i udostępnionych na etapie postępowania dokumentów, ~~w szczególności nie przysługuje mu z tego tytułu prawo do wnioskowania o przedłużenie terminu~~

~~wykonania Przedmiotu Umowy lub zmianę wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu~~

~~Umowy lub zmianę warunków wykonania Przedmiotu Umowy,~~

5) Jednocześnie z uwagi na brak możliwości wyceny ryczałtowej w stosunku do całości oczyszczenia terenu z złomu i elementów ferromagnetycznych (przekazany raport z badań i przegląd nurkowy pokazuje, że są zanieczyszczenia i anomalie ale nie określają jakie są co do wielkości gabarytów i rodzaju, bo czym innym jest usunięcie

niewybuchu np. bomby, które usuwa saper a czym innym kawałek metalu, który usunie wykonawca) Odwołujący wniósł o zmianę udostępnionego przedmiaru z ryczałtowego na kosztorysowy w zakresie 2 pozycji odnoszących się do:

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Poszcz.	Razem
1		PRACE PRZYGOTOWAWCZE			
1 d.1	kalk. wtasna	Przeszukanie i nadzór saperski na terenie inwestycji - część lądowa 1	kpi. kpi.	1.000	
				RAZEM	1,000
2 d.1	kalk. własna	Przeszukanie i nadzór saperski na terenie inwestycji - część pod-wodna 1	kpi. kpi.	1.000	
				RAZEM	1,000

poprzez przyjęcie Cen jednostkowych wskazanych w Formularzu cenowym Oferty.

Powyższe miałoby zastosowanie do następujących zakresów robót, których zakresu nie można w sposób jednoznaczny określić w dokumentacji przetargowej i mogłoby się odbywać poprzez wskazanie ceny jednostkowej dla jednej pozycji/sztuki w podziale na:

- Utylizacja niewybuchów i niewypałów z części lądowej,
- Utylizacja niewybuchów i niewypałów z części podwodnej,
- Wydobycie ferromagnetyków z części podwodnej,
- Wydobycie i utylizacja odpadów wg grup odpadów z części podwodnej:
  - 03 01 05 Trociny, wióry, ścinki, drewno, płyta wiórowa i fornir inne niż wymienione w 03 01 04;
  - 15 01 10 Opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone;
  - 16 01 03 Zużyte opony;
  - 17 01 Odpady materiałów i elementów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (np. beton, cegły, płyty, ceramika);
  - 17 02 Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych;
  - 17 03 Mieszanki bitumiczne;
  - 17 09 04 Zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02, 17 09 03;
  - 19 12 04 Tworzywa sztuczne i guma;

6) Wskazanie w § 15 ust. 6 i w § 16 ust. 6 umowy, że koszty wykonania niezbędnych badań i analiz w sytuacji złożenia wniosku o wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych w razie wykazania ich zasadności ponosi Zamawiający tj.

Jeżeli w ocenie Zamawiającego (Kierownik Projektu) wskutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 3 powyżej, powstanie konieczność przeprowadzenia dodatkowych badań lub analiz, przeprowadzenie takich czynności wymaga uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego, a koszt tych czynności - ~~niezależnie od wyniku rozpatrzenia wniosku Wykonawcy przez Zamawiającego~~ w razie wykazania niezasadności wniosku - ponosi Wykonawca;

7) Zmianę w treści § 9 ust. 7 wzoru umowy:

Wykonawca dostarcza wszystkie materiały niezbędne do realizacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca celem wbudowania lub wykorzystania danego materiału, przedstawi Zamawiającemu (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2) wniosek materiałowy zawierający informacje i dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego wynikających z Umowy i załączników do niej oraz dokumenty potwierdzające dopuszczenie do obrotu i powszechnego stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający może żądać dodatkowych informacji w tym zakresie pod rygorem niezaakceptowania wniosku Wykonawcy. Zamawiający (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2) w terminie 28 dni od otrzymania kompletnego wniosku, uwzględniającego w razie konieczności w/w dodatkowe informacje żądane przez Zamawiającego, zaakceptuje go albo odmówi akceptacji w części lub w całości gdy materiał nie będzie zgodny z przekazaną mu dokumentacją projektową. ~~Wbudowanie, wykorzystanie lub~~ Zmiana materiałów wymaga przeprowadzenia w/w procedury i jest są możliwa jedynie po uzyskaniu w/w zgody akceptacji Zamawiającego (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2), przy czym ~~za każdym razem~~ w przypadkach zmian leżących po stronie Wykonawcy wszystkie związane z tym koszty (np. opinia nadzoru autorskiego, dodatkowe badania, sprawdzenia itp.) Wykonawca wykona na własny koszt.

2. W zakresie wskazanym w Części I pkt 2 odwołania: doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków Zamawiającego oraz wykonawcy w sposób jasny i umożliwiający wycenę oferty a jednocześnie przywrócenia zachwianej w sposób

nieuprawniony na korzyść Zamawiającego równowagi zapisów umowy poprzez:

1) W zakresie pkt 21.5.2.3 SWZ oraz § 8 ust. 3 i 5 wzoru umowy - poprzez ich

wykreślenie lub jak wyżej;

2) Zmiany treści w § 4 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 5(BIS), ust. 6(BIS), oraz w § 6 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8 wzoru umowy w taki sposób, aby w razie ziszczenia się przesłanek do zmiany umowy i wykazania ich zasadności Zamawiający dokonywał zmiany umowy, a nie pozostawiał sobie niczym nieograniczonej dowolności. Proponowane brzmienie zapisów:

(...) Zamawiający (Kierownik Projektu) pisemnie poinformuje Wykonawcę o wyniku rozpatrzenia wniosku Wykonawcy, przy czym ~~może~~ wniosek zaakceptuje w całości, lub w części gdy zajdą ku temu przesłanki lub może go nie zaakceptować w całości albo w części w sytuacji gdy przesłanki zmiany nie zostaną wykazane. Termin wykonania Przedmiotu Umowy [lub kwota] ~~może~~ zostanie zmieniony na podstawie

niniejszego ustępu w formie aneksu do Umowy zawartego po akceptacji wniosku

Wykonawcy przez Zamawiającego (Kierownik Projektu) (...);

3) Zmianę § 23 ust. 2 pkt d) i przyjęcie że prawo odstąpienia będzie przysługiwało gdy

wykonany zakres Przedmiotu Umowy ma wady istotne, pomimo faktu, że Zamawiający uprzednio zażądał od Wykonawcy ich usunięcia, wyznaczając w tym celu określony dodatkowy termin.

3. W odniesieniu do Części I pkt 3 odwołania: Wykreślenie z § 5 ust. 4, § 19 ust. 8 wzoru umowy możliwości wstrzymywania płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy, w sytuacji dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, do kwoty wskazanej przez Zamawiającego w protokole stanowiącej wartość wad.

4. W odniesieniu do Części I pkt 3 odwołania: określenie w § 19 ust. 8 wzoru umowy, że w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru przedmiotu umowy tj.:

W przypadku niestwierdzenia wad istotnych w chwili odbioru lub usunięcia wad zgodnie z ust. 7 powyżej, Strony zawrą w protokole informację o dokonaniu i dacie Odbioru Końcowego i podpiszą taki protokół Odbioru Końcowego. Strony ~~przewidują możliwość~~ dokonają odbioru Przedmiotu Umowy i obustronnego podpisania protokołu Obioru Końcowego także ze stwierdzonymi nieistotnymi wadami, które Komisja Odbioru Końcowego wskaże w protokole Odbioru Końcowego i zaakceptuje - w takim wypadku Wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia w terminie i w sposób wskazany w protokole Odbioru Końcowego, ~~a Zamawiający będzie uprawniony do samodzielnego określenia wartości tych wad i do wstrzymania płatności faktury, o której mowa w § 5 ust.~~

~~6 Umowy, o tę wartość do czasu potwierdzenia przez Zamawiającego usunięcia tych wad~~

~~przez Wykonawcę w terminie i w sposób wskazany w protokole Odbioru Końcowego, co~~

~~nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego, w tym prawa do naliczania i dochodzenia~~

~~kar umownych~~.

5. Zmianę w § 5 ust. 5 pkt c) wzoru umowy poprzez wskazanie, że Wniosek o płatność musi zawierać dokumenty w celu wykazania przez Wykonawcę wywiązania się z obowiązku dokonania zapłaty należności wszystkim podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu Przedmiotu Umowy, którego dotyczy faktura Wykonawcy tj. dowodów zapłaty należnego i wymagalnego podwykonawcom wynagrodzenia (np. oświadczenie podwykonawcy, dalszego podwykonawcy, cesja należności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu Przedmiotu Umowy, którego dotyczy wniosek o płatność Wykonawcy).

6. Zmianę sposobu ustalania zasad i wysokości waloryzacji w taki sposób aby zamiast średniej z ostatnich 6 miesięcy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający

strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia został określony poprzez sam wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, z miesiąca poprzedzającego termin złożenia oferty, bez odwoływania się do jego wartości z okresu porównawczego oraz wnosi by zmiana wynagrodzenia odbywała się po zmianie tego wskaźnika o co najmniej 5% w stosunku do

miesiąca, w którym składana była oferta.

Odwołujący wskazuje, że zmiana wynagrodzenia winna odbywać się poprzez jego zwiększenie lub zmniejszenie z zastosowaniem iloczynu wynagrodzenia pozostałego do zapłaty i wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, z jednoczesnym zwiększeniem w § 7 ust. 10 limitu zmiany wynagrodzenia całościowego netto z 7% do 10%. Proponowane brzmienie zapisów, które odpowiadałyby obecnym realiom i pozwoliły zachować sens wprowadzenia art. 439 ustawy Pzp a jednocześnie nie odstawałyby większości zapisów wprowadzanych do umów tego typu to:

1. Wynagrodzenie netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, pozostałe jeszcze do wypłaty Wykonawcy, ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu w przypadku odpowiednio wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy zgodnie z warunkami wskazanym w niniejszym paragrafie i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy. Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie zmian miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik ~~zmian~~ cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku). Wskaźnik ten publikowany jest na stronie . Zmiana
miejsca lub sposobu publikacji tego wskaźnika nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy. W przypadku gdyby wskaźnik ten przestał być dostępny, uległby zmianie lub usunięciu - zastosowanie znajdzie inny najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskazany przez Zamawiającego, a zmiana taka nie będzie wymagała aneksu do Umowy.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, ulegnie:

a) zwiększeniu pod warunkiem, że ~~średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej,~~

~~miesięcznych wartości~~ wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazany we wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie większy lub równy 105 względem ~~o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej tego wskaźnika z~~

~~ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc,~~ miesiąca, w którym upływał termin

składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia);
b) zmniejszeniu pod warunkiem, że ~~średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej,~~

~~miesięcznych wartości~~ wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazana w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie mniejszy lub równy 95 względem ~~o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej tego wskaźnika z~~

~~ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc~~ miesiąca, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia).

3. Po spełnieniu warunków z ust. 2 powyżej, w przypadku, o którym mowa:

a) w ust. 2 lit. a) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie powiększone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (100 + R\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

|R| - oznacza wartość ~~bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną~~ wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, ~~z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających~~ pomiędzy miesiącem poprzedzającym dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia a miesiącem poprzedzającym złożenie oferty, lub, w przypadku kolejnych wniosków - od dokonania poprzedniej waloryzacji w przypadku wzrostu wskaźnika ~~miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią~~

~~arytmetyczna z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika~~

~~wskazaną w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej.~~ |R| ~~nie może przyjąć wartości~~

~~ujemnej~~.

b) w ust. 2 lit. b) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie pomniejszone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (100 - R\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

R - oznacza wartość ~~bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną~~ wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, ~~z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających~~ pomiędzy miesiącem poprzedzającym dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia a miesiącem poprzedzającym złożenie oferty, lub, w przypadku kolejnych wniosków - od dokonania poprzedniej waloryzacji w przypadku spadku wskaźnika ~~miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią~~

~~arytmetyczna z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika~~

~~wskazaną w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej.~~ |R| ~~nie może przyjąć wartości~~

~~ujemnej~~.

10. Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to 7 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1.

W uzasadnieniu odwołania STRABAG Sp. z o.o. następująco przedstawiła okoliczności faktyczne i prawne jako dodatkowe sprecyzowanie tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę:

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów w zakresie niewycofanym i nieuwzględnionym}

„W przypadku inwestycji prowadzonych na polskich nabrzeżach, niemal w każdym przypadku dochodzi do wykrycia w trakcie realizacji prac anomalii wcześniej nieinwentaryzowanych lub nawet nie możliwych do wykrycia, mimo przeprowadzenia odpowiednich i specjalistycznych badań, jak skan ferromagnetyczny. Nadbrzeża cechują się częścią lądową prac oraz częścią podwodną. Z uwagi na pozostałości po wojnach światowych na dnie często zalegają obiekty niebezpieczne i niewybuchy. Zdarza się też że badanie ferromagnetyczne wskazuje anomalie i obiekty metalowe ale bez podejścia do ich wydobycia nie jest możliwe określenie rodzaju czy dokładnej skali zanieczyszczeń. Z uwagi na trudności w dokładnej ocenie ilości i rodzaju zanieczyszczeń koniecznych do usunięcia Zamawiający coraz częściej decydują się na mieszane formy wynagrodzenia i tam gdzie mowa o zakresie niemożliwym do określenia i wyceny na etapie postępowania przewidują rozliczenia kosztorysowe np. za sztukę odpadu.

Powyższe zasady postępowania zastosował Zamawiający w ogłoszonym przetargu nr NPR/IH/2020/030 „Prace zabezpieczeniowe ścianki szczelnej na odcinku 28c-29 Nabrzeża Węglowego w Porcie Gdańsk" w stosunku do zakresu polegającego na usunięciu w ściance szczelnej Nabrzeża Węglowego otworów korozyjnych. Dla powyższego zakresu Umowa przewidywała wynagrodzenie kosztorysowe obliczone w oparciu o kosztorys powykonawczy i formularz cenowy oferenta zawierającego ceny jednostkowe do następujących pozycji robót: Blacha stalowa do łat Spaw do przyspawania łaty stalowej, czyli robót, których zakresu nie można było określić na etapie postępowania przetargowego.

Podobnie, w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. na wykonanie zamówienia pn. „Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia - Etap I" Zamawiający wyłączył z zakresu objętego wynagrodzeniem ryczałtowym roboty polegające na zagospodarowaniu odpadów niebezpiecznych z uwagi na brak możliwości określenia zakresu tych prac w postępowaniu przetargowym.

Urząd Morski w Słupsku w postępowaniu pn.: „Ochrona brzegów morskich na wysokości miejscowości Łeba, Rowy, Ustka", w którym określono cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienie, za zakres wydobycia i zabezpieczenia oraz utylizacji niewybuchów i niewypałów wyłączony z ceny ryczałtowej, określono rozliczenia na podstawie faktycznej ilości oraz cen jednostkowych podanych w pomocniczym kosztorysie ofertowym.

Odwołujący jeszcze raz podkreśla, iż nawet jeżeli przekazany raport określa ilości zalegających obiektów ferromagnetycznych, to faktycznie nie precyzuje, z jakim obiektem mamy do czynienia, jaka jest jego waga, kubatura, czy jest niewybuchem lub niewypałem co obliguje wydobycie przez ekipy specjalistyczne (saperów) oraz w większości przypadków okazuje się raportem niepełnym. Doświadczenie wykonawcy pozyskane na kontrakcie realizowanym obecnie dla Zamawiającego tj. Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk pokazuje, że w stosunku do szacunków z etapu postępowania faktyczna ilość wydobytych obiektów była większa o 800% (wydobyto 863 szt. Ferromagnetyków w stosunku do 87 szt. zakładanych na etapie oferty na podstawie dokumentacji przetargowej).

Mając na uwadze brak możliwości jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia (art. 99 ust 1 ustawy Pzp) a jednocześnie brak możliwości wyceny pełnego zakresu koniecznego do wykonania, Odwołujący wnosi o zmianę formę rozliczenia z usunięciem zapisów próbujących w całości przerzucić to ryzyko na wykonawcę. Brak możliwości jednoznacznego opisu zamówienia nie może być rekompensowane zapisami, takimi jak § 8 ust. 3 lub 5 umowy, który wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego i możliwość dochodzenia roszczeń przez wykonawcę. Zapis taki stanowi z jednej strony o przerzuceniu na wykonawcę w całości ryzyka, jakie zgodnie z prawem powinien ponosić Zamawiający (pełne i prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia) z drugiej strony jest przejawem zapisów skrajnie naruszających równowagę kontraktową. Zamawiający mimo, iż jest stroną silniejszą mającą możliwość kreowania treści przyszłego stosunku prawnego nie może tej pozycji nadużywać w ten sposób, ze tak gdzie nie jest pewny zakresu to poprzez ogólne sformułowania przerzuci ten koszt i ryzyko na wykonawcę, który nie jest w stanie skalkulować takiego ryzyka z ofercie. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisów z umowy, przerzucających ryzyko na wykonawcę, i jednoczesną zmianę sposobu rozliczania kontraktu w tym zakresie na pozycje kosztorysowe, określające szacowaną ilość i cenę jednostkową za wydobycie i utylizację poszczególnego rodzaju odpadu".

{ad pkt 6 listy zarzutów}

„Zgodnie z § 7 ust. 2 lit. a) i b) wynagrodzenie określone w Umowie ulega zmianie, jeśli średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku miesięcznych wartości wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej będą odpowiednio większe lub mniejsze o 20% od wartości w/w wskaźnika z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym upływał termin składania ofert.

Przyjęte zasady zmiany wynagrodzenia wskazane w § 7 ust. 2 i 3 Umowy zasadniczo (przewidując że sytuacja związana z rekordowym skokiem cen się ustabilizuje) prowadzić będą do obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy nawet w sytuacji, gdy wskazany w § 7 ust. 1 wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez Prezesa Głównego

Urzędu Statystycznego wskazywać będzie na wzrost cen względem okresu porównawczego określonego przez Zamawiającego w § 7 ust. 2 lit. a) i b) Umowy.

Wykonawca podnosi, że wskazany w § 7 ust. 1 Umowy wskaźnik będący podstawą do określenia zmiany wynagrodzenia określa zmianę cen za okres 12 miesięcy (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku). Wedle ostatnich danych publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego kształtuje się on następująco:

(źródło: GUS)

Wedle ostatnich dostępnych danych, w okresie od stycznia 2021 roku do kwietnia 2022, zmiany cen (wzrosty) za okres 12 miesięcy poprzedzających publikację wskaźnika wynosiły od 2,4 % do 11,0 %. Przyjmując ostatnie dostępne dane publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na potrzeby określenia okresu porównawczego zgodnie z § 7 ust. 2 Umowy, bazowy wskaźnik wynoszący średnią z ostatnich 6 miesięcy wynosiłby:

Listopad	Grudzień	Styczeń	Luty	Marzec	Kwiecień
2021	2021	2022	2022	2022	2022
6,6	7,6	8,3	9,3	10,4	11,0

Średnia arytmetyczna wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-

montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem

poprzedniego roku 8,87

Odwołujący zauważa, że wynagrodzenie określone w Umowie mogłoby zostać zmniejszone zgodnie z § 7 ust. 3 lit. b), gdyby powyższa średnia obliczona dla następujących po sobie 6 miesiącach była niższa od wartości bazowej o ponad 20%, tj. wynosiła mniej niż 7,10: 8,87x80%=7,10

Przyjmując sytuację, w której nadal utrzymywałby się wzrost cen wyrażony wzrostem w/w wskaźnika o mniej 7,10% za każde 12 miesięcy realizacji Umowy, Zamawiający byłby uprawniony do obniżenia wynagrodzenia. Oznacza to, że nawet w sytuacji dalszego wzrostu cen, tylko o mniej dynamicznym charakterze niż w okresie porównawczym sprzed zawarcia Umowy, wynagrodzenie Wykonawcy uległoby zmniejszeniu zgodnie z § 7 ust. 2 lit. b) i ust. 3 lit. b). Inaczej mówiąc, podstawą zmiany wynagrodzenia umownego nie jest wzrost lub spadek cen na rynku budowlanym a zmiana ich dynamiki. Oznacza to, że wynagrodzenie nie ulegałoby zmianie tylko w przypadku, gdyby w każdym 6-miesięcznym okresie wzrost cen wyrażony w/w wskaźnikiem utrzymywał taki sam wzrost, jak w okresie porównawczym sprzed podpisania Umowy.

Dla zobrazowania powyższego Wykonawca przedstawia symulację zmian wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku w okresie od maja 2022 do kwietnia 2023:

Maj 2022	Czerwiec 2022	Lipiec 2022	Sierpień 2022	Wrzesień 2022	Październik 2022	Listopad 2022	Grudzień 2022	Styczeń 2023	Luty 2023	Marzec 2023	Kwiecień 2023
10,5	10,0	9,5	9,0	8,5	8,0	7,5	7,2	6,9	6,7	6,5	6,3
						6,85					

Wniosek może obejmować wyłącznie

6 miesięcy sprzed daty jego złożenia. Średnia arytmetyczna wskaźnika zmiany cen

Okres Maj 2022 - Październik 2022 nie produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z

został uwzględniony. analogicznym miesiącem poprzedniego roku

Wykonawca zwraca uwagę, że w przypadku ziszczenia się w/w odczytów zgodnie z § 7 ust. 6 po upływie 12 miesięcy Zamawiający byłby uprawniony do zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy, pomimo tego, że następuje wzrost cen wyrażony dodatnim wskaźnikiem zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, gdyż:

• Wskaźnik |R| dla miesięcy od listopada 2022 do kwietnia 2023 równy 6,85 byłby o ponad 20% niższy od wskaźnika z okresu porównawczego, który wynosił 8,87:

6,85 < 8,87 x 80% = 7,10

• Wówczas wynagrodzenie zostałoby zmniejszone, dla robót pozostających do wykonania po

kwietniu 2023 roku, zgodnie z § 7 ust. 3 lit. b) Umowy o:

$iv_Z = (iv_p\text{-}iv_w)\text{-}(ioo\text{-}|fi|)\%$

$= (MZ_p - \quad - (100 - |6{,}85 - 8{,}87|)\%$

$W_Z = (W_p - W_w) \bullet (100 - 2{,}02)\%$

$W_Z = (\% - \quad \bullet 97{,}98\%$

co oznacza, że wartość wynagrodzenia dla pozostałych robót do wykonania zostałaby zmniejszona o 2,02% pomimo wzrostu cen wyrażonego wskaźnikiem Prezesa GUS o 6,85% w tym okresie.

Wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej pokazuje zmiany cen następujące w danym okresie czasu. Zawsze, gdy wskaźnik ma wartość dodatnią (lub powyżej wartości 100) oznacza to, że ceny wzrosły w stosunku do badanego okresu. Wartość ujemna wskaźnika (lub poniżej wartości 100) oznacza, że ceny w badanym okresie spadły. Zastosowana przez Zamawiającego propozycja porównywania wielkości samych wskaźników uzależnia zmianę wynagrodzenia od zmiany dynamiki zmian cen, natomiast nie odnosi się do faktycznych zmian cen.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi by poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia został określony poprzez sam wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej bez odwoływania się do jego wartości z okresu półrocznego poprzedzającego termin złożenia oferty oraz by zmiana wynagrodzenia określonego w Umowie odbywała się po zmianie tego wskaźnika o co najmniej 5% w stosunku do miesiąca kalendarzowego w którym składana była oferta.

(...)

Nadto Zamawiający określił w §7 ust. 10 maksymalną wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający na 7% wynagrodzenia netto. Należy zwrócić uwagę, że Ministerstwo Infrastruktury mając na uwadze świadomość rosnących cen, na podstawie przeprowadzonych w Ministerstwie analiz i w wyniku ustaleń z branżą wykonawczą, podwyższyło obecnie limit waloryzacji dla kontraktów zawartych z GDDKiA do 10% wartości kontraktu. Zdaniem Ministerstwa, wyższy limit waloryzacji pozwoli na ustabilizowanie rynku budowlanego i pozytywnie wpłynie na tempo realizacji kontraktów, a także zniweluje zagrożenie dla ciągłości prac budowlanych (źródło:
).

Z uwagi, że prace hydrotechniczne opierają się na podobnych elementach cenotwórczych wpływających na ostateczny bilans kosztowy kontraktu, takich jak: paliwa, cementu, stali, kruszywa Odwołujący wnosi o zastosowanie wskaźnika tej samej wartości. W obecnych realiach rynkowych określony przez Zamawiającego limit zmian wynagrodzenia może być niewystarczający dla zminimalizowania skutków rynkowych czynników niezależnych dla obu stron Umowy. Odwołujący wskazuje, że limit wynoszący 10% w sytuacji, w której ostatnie dane o wskaźnikach zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku określają wzrosty cen rok do roku wynoszące nawet ponad 10%, zastosowanie maksymalnego progu wynoszącego 7% może się okazać niewystarczające i tworzyć będzie po stronie Odwołującego dodatkowe ryzyko w przypadku,

gdy nastąpi jeszcze większy wzrost cen, prowadząc do osiągnięcia limitu zmiany wynagrodzenia. Wówczas całe ryzyko, związane z ponadnormatywną zmianą cen na rynku, która jest niezależna od Odwołującego czy Zamawiającego, przypadać będzie wyłącznie Odwołującemu. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o zwiększenie maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający, określoną w §7 ust. 10 z 7% na 10% wynagrodzenia netto.

8 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego zestawionych z zakresami i wnioskami z odwołania z dnia 20 czerwca 2022 r. wskazał, że:

1) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.1) i żądanie nr 1.1) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

2) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.2) i żądanie nr 1.3) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

3) nie uwzględnia zarzutu nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.3) i żądania nr 1.4) i 1.5) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie,

4) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.4) i żądanie nr 1.6) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

5) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.5) i żądanie nr 1.7 i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

6) częściowo uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.1) i żądanie nr 1.2) i 2.1) w ten sposób, że uwzględnia żądanie Odwołującego dotyczące zmiany pkt 21.5.2.3 SWZ i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie, natomiast w pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutu nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.1) i żądania nr 1.2) i 2.1) i wnosi o ich oddalenie,

7) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.2) i żądanie nr 2.2) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

8) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.3) i żądanie nr 2.3) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

9) uwzględnia zarzut nr 3 i 4 względem zakresu nr 3) i 4) i żądanie nr 3) i 4) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

10) nie uwzględnia zarzutu nr 5 względem zakresu nr 5) i żądania nr 5) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie,

11) nie uwzględnia zarzutu nr 6 względem zakresu nr 6) i żądania nr 6) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W zakresie zarzutów, o których oddalenie wnosił i które nie zostały wycofane przez Odwołującego, Zamawiający wskazał następującą argumentację.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów w zakresie niewycofanym i nieuwzględnionym}

Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie przerzuca na niego ryzyka, wymaga jedynie staranności odpowiadającej wymogom stawianym profesjonalnym uczestnikom rynku hydrobudowlanego. ZMPG S.A. podkreśliła, iż dołożyła wszelkiej możliwej staranności, aby precyzyjnie opisać przedmiot zamówienia. Na tej podstawie wykonawca powinien oszacować koszt wykonania prac czerpalnych celem dokonania pogłębienia i oczyszczenia akwenu zgodnie z wymaganiami wskazanymi w OPZ i dokumentacji projektowej. Zamawiający zaznaczył, że wymaga, aby w cenie ryczałtowej wykonawca wycenił projektowane prace czerpalne z tym zastrzeżeniem, iż w razie natrafienia na niewybuchy lub niewypały wykonawcy z tego tytułu będzie przysługiwało prawo żądania zmiany wynagrodzenia (§ 6 ust. 1 lit. e) oraz ust. 3 wzoru umowy) lub terminu wykonania umowy (§ 4 ust. 1 lit. f) i ust. 3 wzoru umowy). Nadto ZMPG S.A. podkreśliła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wymaga oczyszczenia dna ze złomu i elementów ferromagnetycznych, wymaga jedynie wykonania czynności opisanych w OPZ i dokumentacji

projektowej tj. wykonania prac czerpalnych, których wykonanie jest możliwe także z uwzględnieniem jednoczesnego wydobycia złomu i elementów ferromagnetycznych, o ile oczywiście nie są to elementy niebezpieczne takie jak niewypały i niewybuchy. Zamawiający wskazał, że powoływanie się przez STRABAG Sp. z o.o. w tym zakresie na inne postępowania lub postępowania innych zamawiających pozostaje irrelewantne dla przedmiotowej sprawy. W ocenie ZMPG S.A. pogłębienie dna z jednoczesnym wydobyciem innych elementów (nie niebezpiecznych) nie może uprawniać wykonawcy ani do dodatkowego czasu i wynagrodzenia, ani do żądania wynagrodzenia kosztorysowego, bowiem są to czynności możliwe do oszacowania w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, które dla doświadczonego wykonawcy robót hydrotechnicznych nie powinny generować żadnych problemów uzasadniających żądania zmiany czasu ani wynagrodzenia. Co więcej Zamawiający podkreślił, że wykonawca powinien bez problemu oszacować również takie okoliczności jak ruch statków i wywołane przez nie falowanie.

{ad pkt 6 listy zarzutów}

W ocenie Zamawiającego sformułowany przez Odwołującego wniosek o zmianę klauzuli waloryzacyjnej, która rzekomo ma być prawidłowa i odpowiadać wymogom art. 439 ustawy Pzp jest niezrozumiały i tym samym niemożliwy do uwzględnienia. Zamawiający wskazał, że STRABAG Sp. z o.o. raz wnosi o uwzględnienie zmian w wymiarze punktów procentowych („większy lub równy 105 lub mniejszy lub równy 95"), z drugiej strony natomiast jednocześnie wnosi o to, aby „zmiana wynagrodzenia odbywała się po zmianie tego wskaźnika o co najmniej 5% w stosunku do miesiąca, w którym składana była oferta". ZMPG S.A. podniosła, że Odwołujący zdaje się pomijać, iż między zmianą 5 % a zmianą 5 punktów procentowych występuje istotna różnica.

Ponadto zdaniem Zamawiającego działanie zaproponowane przez Odwołującego jest o wiele bardziej ryzykowne dla obu stron, bowiem nie chroni przed jednorazowymi zdarzeniami gospodarczo-politycznymi, które chwilowo (np. w miesiącu poprzedzającym złożenie oferty lub wniosku o waloryzację) mogą spowodować krótką istotną zmianę wskaźnika i tym samym narazić strony na nagłe i nieprzewidziane zmiany wynagrodzenia. W związku z powyższym ZMPG S.A., celem zniwelowania tego ryzyka i ułatwienia wykonawcy szacowania zmian kosztów w ofercie, przyjęła średnią tego wskaźnika z półrocznego okresu. Zamawiający wskazał również, że przyjęta maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie 7 % odpowiada jego możliwościom finansowym.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 12 lipca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje:

- zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania względem zakresu I ust. 1 pkt 3 i odpowiednio żądania III ust. 1 pkt 4 i pkt 5 petitum odwołania,

- zarzut nr 6 odwołania względem zakresu I ust. 6 i odpowiednio żądania III ust. 6 petitum odwołania.

Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w pozostałym zakresie.

sygn. akt KIO 1649/22

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz k.c.

Odwołujący w petitum odwołania wskazał zakres (pkt I), zarzuty (pkt II) oraz żądania (pkt III).

Odnosząc się do zakresu odwołania (pkt I) STRABAG Sp. z o.o. podniosła, co następuje:

1. Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem powinien ponosić we własnym zakresie, przez co narusza klauzule abuzywne określone w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

1) Przerzucenie na wykonawcę kosztów robót rozbiórkowych niewykazanych w projekcie

a podlegających rozbiórce - pkt 21.12.2 ppkt v) SWZ;

2) Przerzucenie ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia w przedłużonym okresie trwania

umowy z uwagi na zastosowane prawo opcji na wykonawcę poprzez pozbawienie go możliwości dochodzenia jakichkolwiek roszczeń w szczególności odszkodowawczych ani roszczeń o zmianę wynagrodzenia - § 2 ust. 12 wzoru umowy;

3) Przerzucenie na wykonawcę ryzyka realizacji przedmiotu zamówienia w przedłużonym okresie trwania umowy z uwagi na okoliczności od niego niezależnych, warunkujących zmianę terminu realizacji umowy w przypadkach określonych w § 4 ust. 1 pkt od a) do e) wzoru umowy tj.:

a) niedotrzymania tego terminu wynika z okoliczności zawinionych przez Zamawiającego (np. nieterminowe przekazanie terenu budowy, konieczność dokonania istotnych odstępstw (w rozumieniu Prawa budowlanego) w dokumentacji projektowej przekazanej wykonawcy przez Zamawiającego, w tym zmian na zlecenie Zamawiającego) lub z siły wyższej,

b) wystąpienia po stronie właściwych organów opóźnień lub zaniechań w podjęciu czynności, do podjęcia których są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie takie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym czynności powinny zostać podjęte i nie jest następstwem okoliczności zawinionych przez wykonawcę,

c) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu nie dopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ wskutek okoliczności niezawinionych przez wykonawcę,

d) wystąpienia siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami lub załącznikami do niej lub przepisami,

e) zmiany przepisów prawa, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy,

bez wskazania, że zmianie może ulec także wynagrodzenie należne wykonawcy;

4) Przerzucenie na wykonawcę ryzyka, którego na podstawie wizji lokalnej jak i udostępnionych w postępowaniu dokumentów nie da się oszacować tj. zmiany poziomu wody, falowanie, potencjalne zanieczyszczenia, ruch statków, występowanie na dnie lub w dnie złomu lub pali itp. zgodnie z § 8 ust. 3 i ust. 5 wzoru umowy z wyłączeniem jakichkolwiek roszczeń, w szczególności o przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy lub zmiany wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy lub zmianę warunków wykonania przedmiotu umowy, podczas gdy z przekazanej dokumentacji postępowania w tym badań obiektów zalegających na dnie nie da się określić dokładnej ilości, gabarytów ani rodzaju zanieczyszczeń co powoduje wycenę ryzyka niemożliwego na etapie oferty a jednocześnie ponoszenie odpowiedzialności przez wykonawcę na etapie realizacji;

5) Przerzucenie w § 15 ust. 6 oraz w § 16 ust. 6 wzoru umowy ryzyka wykonania niezbędnych badań i analiz oraz pokrycia związanych z tym kosztów w sytuacji złożenia wniosku o wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych, nawet gdy okażą się one niezasadne a będą wynikały z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

6) Poprzez nadmierne i nieproporcjonalne przerzucenie ryzyka na wykonawcę za procedurę akceptacji wniosków materiałowych określonych w § 9 ust. 7 wzoru umowy polegających na każdorazowym pozyskiwaniu akceptacji i ponoszeniu w tym kosztów, które powinny obciążać Zamawiającego (jako podmiotu odpowiedzialnego za projekt) tj. wbudowanie, wykorzystanie lub zmiana materiałów wymagają przeprowadzenia ww. procedury i są możliwe jedynie po uzyskaniu ww. zgody akceptacji Zamawiającego (Nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2), przy czym za każdym razem wszystkie związane z tym koszty (np. opinia nadzoru autorskiego, dodatkowe badania, sprawdzenia itp.) wykonawca wykona na własny koszt.

2. Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia oraz obowiązków umownych w sposób niejasny, niedokładny oraz w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców. Opis ten dowodzi także istotnego zachwiania równowagi kontraktowej w sposób niezasadnie dający przewagę kontraktową Zamawiającemu, co powoduje

przerzucenie na wykonawcę niewspółmiernie wysokiego ryzyka, niemożliwego do przewidzenia i wyceny na etapie składania oferty jak też przerzucenie ryzyka nieścisłości i niejasności opisu na wykonawcę co zostało wyrażone:

1) W postaci konieczności wyceny w ofercie , jako ceny ryczałtowej zgodnie z pkt 21.12.2 ppkt c) SWZ oraz § 8 ust. 3 i 5 wzoru umowy kosztów przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) wraz z wydobyciem obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów oraz sporządzeniem raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu, podczas gdy udostępnione w postępowaniu dane w tym przegląd nurkowy, raport ferromagnetyczny uniemożliwiają określenie dokładnej ilości, wielkości i tonażu. Można jedynie oszacować z niego, że jest 206 obiektów, przy czym nie wiadomo jaki to rodzaj i wielkość obiektu, czy będzie wymagał wydobycia przez profesjonalny patrol saperski, czy będzie zwykłym odpadem/złomem i jakie koszty w związku z tym wykonawca powinien przyjąć w ofercie;

2) W postaci całkowitej dowolności i uznaniowości dokonania zmian umowy w zakresie

terminu realizacji jak i wynagrodzenia poprzez użycie niejasnych i niekonkretnych sformułowań w § 4 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8, oraz w § 6 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8 wzoru umowy mówiących o tym, że Zamawiający może wniosek zaakceptować w całości, w części lub go nie zaakceptować w całości albo w części (...) i jedynie o czas [lub kwotę] (...) wskazany i szczegółowo uzasadniony w zaakceptowanym wniosku Wykonawcy co literalnie prowadzi do stwierdzenia, że nawet w sytuacjach obiektywnych i uzasadnionych Zamawiający ma prawo odmówić dokonania zmiany umowy przerzucając ryzyko na wykonawcę;

3) W postaci niewspółmiernego do wartości jak i przedmiotu zamówienia możliwości odstąpienia od umowy na podstawie § 23 ust. 2 pkt d) wzoru umowy, w sytuacji gdy, wykonany zakres przedmiotu umowy ma wady, podczas gdy uprawnienie do terminacji umowy powinno mieć miejsce w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ocenianego przez pryzmat art. 647 k.c. co uprawniałoby do takiego odstąpienia dopiero w momencie nieusunięcia wad istotnych obiektu (a nie każdej wady, innej nawet nieistotnej).

3. Poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie w § 5 ust. 6, § 19 ust. 8 wzoru umowy płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy, w sytuacji dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, do kwoty wskazanej przez Zamawiającego w protokole końcowym, stanowiącej wartość wad, podczas gdy takie zatrzymanie stanowi dodatkowe i nieprzewidziane w przepisach prawa, w tym ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy i stanowi obejście wymogu art. 452 ust. 2 ustawy Pzp, ponadto narusza art. 647 k.c. nakazujący zapłacić wykonawcy wynagrodzenie należne za wykonany i odebrany obiekt.

4. Poprzez przyznanie dowolności Zamawiającemu w § 19 ust. 8 wzoru umowy dokonania odbioru końcowego, w sytuacji gdy wykonany przedmiot umowy ma wady nieistotne, podczas gdy art. 647 k.c., i utrwalona na jego kanwie linia orzecznicza Sądu Najwyższego nakazuje w takiej sytuacji dokonanie odbioru i zapłatę umówionego wynagrodzenia.

5. Poprzez żądanie wraz z wnioskiem o płatność w § 5 ust. 7 pkt c) wzoru umowy oświadczenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu przedmiotu umowy lub cesję należności na rzecz tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ustawą Pzp i przepisem jej art. 437 ust. 1 pkt 4, art 447 ust. 1 ustawy Pzp wymaga się złożenia dowodów zapłaty należnego podwykonawcom wynagrodzenia (rozumianego jako każdy inny dowód np. potwierdzenie przelewu).

6. Poprzez przewidzenie w § 7 umowy klauzul waloryzacyjnych pozornych, niemożliwych do osiągnięcia, oderwanych zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków realizacji przedmiotu umowy.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w

zw. z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 649 k.c. poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka wskazanego w część I pkt 1 i 2 odwołania, w tym za przedłużenie czasu realizacji umowy z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego lub innych organów bądź okoliczności niezależnych od stron, kosztów realizacji opcji w przedłużonym terminie

umowy, za ponoszenie odpowiedzialności i kosztów za dodatkowe analizy, badania uzgodnienia podczas akceptacji wniosków materiałowych czy wniosków o roboty dodatkowe lub zamienne, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko Zamawiającego, a przez to jest niezgodne z klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy

Pzp;

2) art. 16 pkt 1,2,3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 649 k.c. w stosunku do zakresu określonego w części I pkt 1 i 2 odwołania, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez skonstruowania postanowień umowy w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych;

3) art. 436 pkt 2, art. 447 ust. 1 pkt 1, art. 450, art. 452 ust. 2, art. 453 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353^1 k.c. i 647 i 654 k.c. poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane prace w sytuacji stwierdzenia wad podczas odbioru, co stanowi podwójne zabezpieczenie ponad wymagane zgodnie z umową w § 17 (5 % ceny brutto oferty), które to zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi górny limit zabezpieczenia, jakiego można się domagać zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp a wszelkie dalsze zabezpieczenia, w tym w postaci wstrzymywania płatności przekracza ten próg i stanowi o naruszeniu ustawy. Co więcej, Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 k.c. a więc wstrzymywanie płatności w sytuacji dokonania odbioru końcowego (odbiór jest tylko kiedy nie ma wad istotnych) stanowi o naruszeniu obowiązku wynikającego z tego przepisu;

4) art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 k.c. poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 19 ust. 8 wzoru umowy możliwości odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad i usterek, możliwości wstrzymania płatności wynagrodzenia w sytuacji stwierdzenia wad i usterek w sytuacji gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor

(zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego. Zgodnie z art. 647 k.c. inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie;

5) art. 437 ust. 1 pkt 4, art. 447 ust. 1, art. 465 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy co do zapłaty wszystkich wymagalnych należności lub cesji tych należności, podczas gdy ww. przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy;

6) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy i zawiera mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji niezrozumiałe, niezasadne i pozorne z uwagi na ich sposób jak i przyjęte podstawy ich liczenia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu

dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ „Projektowane

postanowienia umowy” poprzez:

1. W zakresie wskazanym w części I pkt 1 odwołania: wyeliminowanie odpowiedzialności wykonawcy za działania i zaniechania Zamawiającego, innych organów lub osób trzecich bądź odpowiedzialności za zdarzenia lub czynności podjęte przez Zamawiającego, których konsekwencje, w tym finansowe również powinny leżeć po jego stronie i tak:

1) Wykreślenie z obowiązków umownych wykonania rozbiórki nieokreślonej w projekcie tj. pkt 21.12.2 ppkt v) SWZ;

2) Wykreślenie obowiązku wyceny w ramach ceny ryczałtowej kosztów wydobycia obiektów ferromagnetycznych w tym niewypałów lub niewybuchów tj. wykreślenie pkt 21.12.2 ppkt c) SWZ oraz jednocześnie określenie w umowie, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wydobycie obiektów niezidentyfikowanych na etapie postępowania przy czym zakres wydobycia takich obiektów oraz wycena powinna się

odbywać w ramach robót dodatkowych, koniecznych do prawidłowego wykonania

umowy;

3) Wykreślenie z § 2 ust. 12 wzoru umowy możliwości dochodzenia przez wykonawcę roszczeń o zmianę wynagrodzenia w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji tj. wykreślenie zdania: Zmiana terminu wykonania Przedmiotu Umowy z § 2 ust. 1 powyżej na podstawie niniejszego ustępu nie rodzi po stronie Wykonawcy jakichkolwiek roszczeń, w szczególności odszkodowawczych ani roszenia o zmianę wynagrodzenia;

4) Wskazanie że wykonawca będzie miał uprawnienia do zmiany terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia także w przypadkach określonych w § 4 ust. 1 pkt a), b), c), d),e) jako że okoliczności tam wymienione nie leżą po stronie wykonawcy, są od niego niezależne a ich wystąpienie nie jest możliwe do wyszacowania i wyceny w ofercie. Ponadto okoliczności te w zakresie w jakim wynikają z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego powinny obciążać jego zgodnie z rozkładem ciężaru odpowiedzialności z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

5) Wykreślenie w § 8 ust. 3 i ust. 5 lub zmianę brzmienia ust. 3 w taki sposób aby wykonawca ponosił odpowiedzialność tylko za możliwe do ustalenia podczas wizji lokalnej jak i przekazaną dokumentację zakresu prac a nie prac lub zakresów, których podczas wizji ustalić się nie dało, z jednoczesnym zrzeczeniem się roszczeń z tego tytułu. Zapis prowadzi pod pozorem wizji lokalnej, podczas której nie ma możliwości zlokalizowania chociażby podwodnych czy podgruntowych zanieczyszczeń/złomu/pali do przerzucenia ryzyka za nieścisłości dokumentacji i jak i konieczności wykonania prac, których zakresu jak i wyceny nie da się przewidzieć i wycenić w cenie ryczałtowej;

W razie pozostawienia zapisu akceptowalna byłaby treść ust. 3:

Wykonawca oświadcza, że miał zapewnioną możliwość udziału w wizji lokalnej miejsca wykonania Przedmiotu Umowy, a także, że jest świadomy charakterystyki (stan, lokalizacja, dotychczasowe i planowane wykorzystanie - przemysłowe nabrzeże przeładunkowe różnych towarów, w tym złomu, dotychczasowa obecność specjalistycznych maszyn i wynikające z tego ryzyka itp.) tego miejsca i ewentualnych trudności mogących wystąpić w tym miejscu ~~właśnie z uwagi na jego charakterystykę~~ (np.~~— zmiana— poziomu— wody,— falowanie,— potencjalne— zanieczyszczenia,—~~ i -

z zastrzeżeniem odmiennych postanowień Umowy - nie będzie z tego tytułu zgłaszał jakichkolwiek roszczeń, o ile dało się je przewidzieć i wycenić na podstawie wizji lokalnej i udostępnionych na etapie postępowania dokumentów, ~~w szczególności nie przysługuje mu z tego tytułu prawo do wnioskowania o przedłużenie terminu~~

~~wykonania Przedmiotu Umowy lub zmianę wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu~~

~~Umowy lub zmianę warunków wykonania Przedmiotu Umowy~~;

6) Jednocześnie z uwagi na brak możliwości wyceny ryczałtowej w stosunku do całości oczyszczenia terenu z złomu i elementów ferromagnetycznych (przekazany raport z badań i przegląd nurkowy pokazuje, że są zanieczyszczenia i anomalie ale nie określają jakie są co do wielkości gabarytów i rodzaju, bo czym innym jest usunięcie niewybuchu np. bomby, które usuwa saper a czym innym kawałek metalu, który usunie wykonawca) Odwołujący wniósł o zmianę udostępnionego przedmiaru z ryczałtowego na kosztorysowy w zakresie 2 pozycji odnoszących się do:

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Poszcz.	Razem
1		PRACE PRZYGOTOWAWCZE			
1 d.1	kalk. wtasna	Przeszukanie i nadzór saperski na terenie inwestycji - część lądowa 1	kpi. kpi.	 1.000	
				RAZEM	1,000
2 d.1	kalk. własna	Przeszukanie i nadzór saperski na terenie inwestycji - część pod-wodna 1	kpi. kpi.	 1.000	
				RAZEM	1,000

poprzez przyjęcie Cen jednostkowych wskazanych w Formularzu cenowym Oferty.

Powyższe miałoby zastosowanie do następujących zakresów robót, których zakresu nie można w sposób jednoznaczny określić w dokumentacji przetargowej i mogłoby się odbywać poprzez wskazanie ceny jednostkowej dla jednej pozycji/sztuki w podziale na:

- Utylizacja niewybuchów i niewypałów z części lądowej,
- Utylizacja niewybuchów i niewypałów z części podwodnej,
- Wydobycie ferromagnetyków z części podwodnej,
- Wydobycie i utylizacja odpadów wg grup odpadów z części podwodnej:
  - 03 01 05 Trociny, wióry, ścinki, drewno, płyta wiórowa i fornir inne niż wymienione w 03 01 04;
  - 15 01 10 Opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone;
  - 16 01 03 Zużyte opony;
  - 17 01 Odpady materiałów i elementów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (np. beton, cegły, płyty, ceramika);
  - 17 02 Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych;
  - 17 03 Mieszanki bitumiczne;
  - 17 09 04 Zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02, 17 09 03;
  - 19 12 04 Tworzywa sztuczne i guma;

7) Wskazanie w § 15 ust. 6 i w § 16 ust. 6 umowy, że koszty wykonania niezbędnych badań i analiz w sytuacji złożenia wniosku o wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych w razie wykazania ich zasadności ponosi Zamawiający tj.

Jeżeli w ocenie Zamawiającego (Kierownik Projektu) wskutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 3 powyżej, powstanie konieczność przeprowadzenia dodatkowych badań lub analiz, przeprowadzenie takich czynności wymaga uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego, a koszt tych czynności - ~~niezależnie od wyniku rozpatrzenia wniosku Wykonawcy przez Zamawiającego~~ w razie wykazania niezasadności wniosku - ponosi Wykonawca;

8) Zmianę w treści § 9 ust. 7 wzoru umowy:

Wykonawca dostarcza wszystkie materiały niezbędne do realizacji Przedmiotu Umowy. Wykonawca celem wbudowania lub wykorzystania danego materiału, przedstawi Zamawiającemu (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2) wniosek materiałowy zawierający informacje i dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego wynikających z Umowy i załączników do niej oraz dokumenty potwierdzające dopuszczenie do obrotu i powszechnego stosowania w budownictwie zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający może żądać dodatkowych informacji w tym zakresie pod rygorem niezaakceptowania wniosku Wykonawcy. Zamawiający (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2) w terminie 28 dni od otrzymania kompletnego wniosku, uwzględniającego w razie konieczności w/w dodatkowe informacje żądane przez Zamawiającego, zaakceptuje go albo odmówi akceptacji w części lub w całości gdy materiał nie będzie zgodny z przekazaną mu

dokumentacją projektową. ~~Wbudowanie, wykorzystanie lub~~ Zmiana materiałów wymaga przeprowadzenia w/w procedury i jest są możliwa jedynie po uzyskaniu w/w zgody akceptacji Zamawiającego (nadzór inwestorski określony w § 24 ust. 2), przy czym ~~za każdym razem~~ w przypadkach zmian leżących po stronie Wykonawcy wszystkie związane z tym koszty (np. opinia nadzoru autorskiego, dodatkowe badania, sprawdzenia itp.) Wykonawca wykona na własny koszt.

2. W zakresie wskazanym w Części I pkt 2 odwołania: doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i obowiązków Zamawiającego oraz wykonawcy w sposób jasny i umożliwiający wycenę oferty a jednocześnie przywrócenia zachwianej w sposób nieuprawniony na korzyść Zamawiającego równowagi zapisów umowy poprzez:

1) W zakresie pkt 21.12.2 ppkt c) SWZ oraz § 8 ust. 3 i 5 wzoru umowy - poprzez ich wykreślenie lub jak wyżej;

2) Zmiany treści w § 4 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8 oraz w § 6 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 7, ust. 8 wzoru umowy w taki sposób, aby w razie ziszczenia się przesłanek do zmiany umowy i wykazania ich zasadności Zamawiający dokonywał zmiany umowy,

a nie pozostawiał sobie niczym nieograniczonej dowolności. Proponowane brzmienie

zapisów:

(...) Zamawiający (Kierownik Projektu) pisemnie poinformuje Wykonawcę o wyniku rozpatrzenia wniosku Wykonawcy, przy czym ~~może~~ wniosek zaakceptuje w całości, lub w części gdy zajdą ku temu przesłanki lub może go nie zaakceptować w całości albo w części w sytuacji gdy przesłanki zmiany nie zostaną wykazane. Termin wykonania Przedmiotu Umowy [lub kwota] ~~może~~ zostanie zmieniony na podstawie niniejszego ustępu w formie aneksu do Umowy zawartego po akceptacji wniosku Wykonawcy przez Zamawiającego (Kierownik Projektu) (.);

3) Zmianę § 23 ust. 2 pkt d) i przyjęcie że prawo odstąpienia będzie przysługiwało gdy wykonany zakres Przedmiotu Umowy ma wady istotne, pomimo faktu, że Zamawiający uprzednio zażądał od Wykonawcy ich usunięcia, wyznaczając w tym celu określony dodatkowy termin.

3. W odniesieniu do Części I pkt 3 odwołania: Wykreślenie z § 5 ust. 6, § 19 ust. 8 wzoru umowy możliwości wstrzymywania płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy, w sytuacji dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy, do kwoty wskazanej przez Zamawiającego w protokole stanowiącej wartość wad.

4. W odniesieniu do Części I pkt 3 odwołania: określenie w § 19 ust. 8 wzoru umowy, że w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru przedmiotu umowy tj.:

W przypadku niestwierdzenia wad istotnych w chwili odbioru lub usunięcia wad zgodnie z ust. 7 powyżej, Strony zawrą w protokole informację o dokonaniu i dacie Odbioru Końcowego i podpiszą taki protokół Odbioru Końcowego. Strony ~~przewidują możliwość~~ dokonają odbioru Przedmiotu Umowy i obustronnego podpisania protokołu Obioru Końcowego także ze stwierdzonymi nieistotnymi wadami, które Komisja Odbioru Końcowego wskaże w protokole Odbioru Końcowego i zaakceptuje - w takim wypadku Wykonawca będzie zobowiązany do ich usunięcia w terminie i w sposób wskazany w protokole Odbioru Końcowego, ~~a Zamawiający będzie uprawniony do samodzielnego określenia wartości tych wad i do wstrzymania płatności faktury, o której mowa w § 5 ust. 6 Umowy, o tę wartość do czasu potwierdzenia przez Zamawiającego usunięcia tych wad przez Wykonawcę w terminie i w sposób wskazany w protokole Odbioru Końcowego, co nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego, w tym prawa do naliczania i dochodzenia kar umownych~~.

5. Zmianę w § 5 ust. 7 wzoru umowy poprzez wskazanie, że Wniosek o płatność musi zawierać dokumenty w celu wykazania przez Wykonawcę wywiązania się z obowiązku dokonania zapłaty należności wszystkim podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu Przedmiotu Umowy, którego dotyczy faktura

Wykonawcy tj. dowodów zapłaty należnego i wymagalnego podwykonawcom wynagrodzenia (np. oświadczenie podwykonawcy, dalszego podwykonawcy, cesja należności na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy uczestniczyli w realizacji zakresu Przedmiotu Umowy, którego dotyczy wniosek o płatność

Wykonawcy).

6. Zmianę sposobu ustalania zasad i wysokości waloryzacji w taki sposób aby zamiast średniej z ostatnich 6 miesięcy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia został określony poprzez sam wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, z miesiąca poprzedzającego termin złożenia oferty, bez odwoływania się do jego wartości z okresu porównawczego oraz wnosi by zmiana wynagrodzenia odbywała się po zmianie tego wskaźnika o co najmniej 5% w stosunku do miesiąca, w którym składana była oferta.

Odwołujący wskazuje, że zmiana wynagrodzenia winna odbywać się poprzez jego zwiększenie lub zmniejszenie z zastosowaniem iloczynu wynagrodzenia pozostałego do zapłaty i wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, z jednoczesnym zwiększeniem w § 7 ust. 10 limitu zmiany wynagrodzenia całościowego netto z 7% do 10%. Proponowane brzmienie zapisów, które odpowiadałyby obecnym realiom i pozwoliły zachować sens wprowadzenia art. 439 ustawy Pzp a jednocześnie nie odstawałyby większości zapisów wprowadzanych do umów tego typu to:

1. Wynagrodzenie netto, o którym mowa w § 5 ust. 1-3 Umowy, pozostałe jeszcze do wypłaty Wykonawcy, ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu w przypadku odpowiednio wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy zgodnie z warunkami wskazanym w niniejszym paragrafie i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy. Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie zmian miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik ~~zmian~~ cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku). Wskaźnik ten publikowany jest na stronie . Zmiana
miejsca lub sposobu publikacji tego wskaźnika nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy. W przypadku gdyby wskaźnik ten przestał być dostępny, uległby zmianie lub usunięciu - zastosowanie znajdzie inny najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskazany przez Zamawiającego, a zmiana taka nie będzie wymagała aneksu do Umowy.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, ulegnie:

a) zwiększeniu pod warunkiem, że ~~średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej,~~

~~miesięcznych wartości~~ wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazany we wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie większy lub równy 105 względem ~~o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej tego wskaźnika z~~

~~ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc,~~ miesiąca, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/002 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia);

b) zmniejszeniu pod warunkiem, że ~~średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej,~~

~~miesięcznych wartości~~ wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazana w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie mniejszy lub równy 95 względem ~~o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej~~ tego wskaźnika-z ~~ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc~~ miesiąca, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/002 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia).

3. Po spełnieniu warunków z ust. 2 powyżej, w przypadku, o którym mowa:

a) w ust. 2 lit. a) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie powiększone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (~~100 +~~ IR\)\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 - 3 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

|R| - oznacza wartość ~~bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną~~ wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, ~~z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających~~ pomiędzy miesiącem poprzedzającym dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia a miesiącem poprzedzającym złożenie oferty, lub, w przypadku kolejnych wniosków - od dokonania poprzedniej waloryzacji w przypadku wzrostu wskaźnika ~~miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/002 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią~~

~~arytmetyczna z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika~~

~~wskazaną w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej.~~ |R| ~~nie może przyjąć wartości~~

~~ujemnej~~.

b) w ust. 2 lit. b) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie pomniejszone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (100 - R\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 - 3 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

R - oznacza wartość ~~bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną~~ wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, ~~z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających~~ pomiędzy miesiącem poprzedzającym dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia a miesiącem poprzedzającym złożenie oferty, lub, w przypadku kolejnych wniosków - od dokonania poprzedniej waloryzacji w przypadku spadku wskaźnika ~~miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/002 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią~~

~~arytmetyczna z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika~~

~~wskazaną w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej.~~ |R| ~~nie może przyjąć wartości~~

~~ujemnej~~.

10. Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to 7 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1.

W uzasadnieniu odwołania STRABAG Sp. z o.o. przedstawiła te same okoliczności faktyczne i prawne, jak w sprawie o sygn. akt KIO 1648/22, jako dodatkowe sprecyzowanie

tych spośród powyższych zarzutów, które do zamknięcia rozprawy ostały się do rozpatrzenia przez Izbę tj. zarzutu nr 1 i nr 2 odwołania w zakresie niewycofanym i nieuwzględnionym oraz zarzutu nr 6 odwołania.

8 lipca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający ustosunkowując się do zarzutów Odwołującego zestawionych z zakresami i wnioskami z odwołania z dnia 20 czerwca 2022 r. wskazał, że:

1) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.1) i żądanie nr 1.1) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

2) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.2) i żądanie nr 1.3) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

3) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.3) i żądanie nr 1.4) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

4) nie uwzględnia zarzutu nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.4) i żądania nr 1.5) i 1.6) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie,

5) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.5) i żądanie nr 1.7) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

6) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 1.6) i żądanie nr 1.8) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

7) częściowo uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.1) i żądanie nr 1.2) i 2.1) w ten sposób, że uwzględnia żądanie Odwołującego dotyczące zmiany pkt 21.12.2 lit.

c) SWZ i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie, natomiast w pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutu nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.1) i żądania nr 1.2) i 2.1) i wnosi o ich oddalenie,

8) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.2) i żądanie nr 2.2) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

9) uwzględnia zarzut nr 1 i 2 względem zakresu nr 2.3) i żądanie nr 2.3) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

10) uwzględnia zarzut nr 3 i 4 względem zakresu nr 3) i 4) i żądanie nr 3) i 4) i wnosi o umorzenie postępowania w tym zakresie,

11) nie uwzględnia zarzutu nr 5 względem zakresu nr 5) i żądania nr 5) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie,

12) nie uwzględnia zarzutu nr 6 względem zakresu nr 6) i żądania nr 6) i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Ponadto Zamawiający wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

W zakresie zarzutów, o których oddalenie wnosił i które nie zostały wycofane przez Odwołującego, Zamawiający wskazał argumentację opierającą się na tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych jak w sprawie o sygn. akt KIO 1648/22.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 12 lipca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje:

- zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania względem zakresu I ust. 1 pkt 4 i odpowiednio żądania III ust. 1 pkt 5 i pkt 6 petitum odwołania;

- zarzut nr 6 odwołania względem zakresu I ust. 6 i odpowiednio żądania III ust. 6 petitum odwołania.

Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których

stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowych zamówień, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1

ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołań.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 1648/22 i KIO 1649/22.

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

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z pkt 21.5.1 SWZ (w sprawie o sygn. akt KIO 1648/22) i pkt 21.12.1 SWZ (w sprawie o sygn. akt KIO 1649/22) cena ofertowa jest ceną ryczałtową i pokrywa wszelkie zobowiązania wykonawcy objęte umową oraz wszystko potrzebne dla właściwego wykonania i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO 1648/22) oświadczył, że uwzględnia żądanie Odwołującego - dotyczące zmiany pkt 21.5.2.3 SWZ i wskutek tego dokonuje zmiany jego treści:

• dotychczasowe brzmienie - „Cena oferty powinna zawierać m.in.: (...) 21.5.2.3

Koszty przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) wraz z wydobyciem obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów oraz sporządzeniem raportu

potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu";

• nowe brzmienie - „Cena oferty powinna zawierać m.in.: (...) 21.5.2.3 Koszty przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) oraz sporządzeniem raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu".

Analogicznie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 lipca 2022 r. (sygn. akt KIO 1649/22) oświadczył, że uwzględnia żądanie Odwołującego - dotyczące zmiany pkt 21.12.2 lit. c) SWZ i wskutek tego dokonuje zmiany jego treści:

• dotychczasowe brzmienie - „Cena oferty powinna zawierać m.in.: (.) 21.12.2 lit. c)

Koszty przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) wraz z wydobyciem obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów oraz sporządzeniem raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu";

• nowe brzmienie - „Cena oferty powinna zawierać m.in.: (.) 21.12.2 lit. c) Koszty przeprowadzenia rozpoznania saperskiego terenu objętego przedmiotową inwestycją (z terenem oddziaływania technologicznego) oraz sporządzeniem raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu".

Stosownie do brzmienia pkt 4.7. OPZ (Wykonanie robót budowlanych dla projektu: „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk") „Na zakres zamówienia składają się w szczególności: (...) Prace czerpalne - pogłębienie dna akwenu przy nabrzeżu do rzędnej -10,2 mA. Prace czerpalne należy poprzedzić rozpoznaniem saperskim i wydobyciem obiektów niebezpiecznych i potencjalnie niebezpiecznych".

Zgodnie z pkt 5.14.42. OPZ (Wykonanie robót budowlanych dla projektu: „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk")

„W trakcie prowadzenia robót budowlanych Wykonawca zobowiązany jest m.in. do: (.) Wydobycia, przed przystąpieniem do robót czerpalnych i ziemnych, obiektów potencjalnie niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów, ze wszystkich terenów objętych wykonywaniem robót ziemnych i czerpalnych oraz wykonywaniem lub demontażem infrastruktury podziemnej, w tym z terenu określonego na rys.II/01/28 projektu wykonawczego branży hydrotechnicznej. W tym celu Wykonawca opracuje i przedstawi do
40

akceptacji Zamawiającego (Kierownik Projektu) program badań, na bazie którego zlokalizuje, odkryje i zidentyfikuje obiekty potencjalnie niebezpieczne, a następnie przystąpi do ich wydobycia i utylizacji (zgodnie z obowiązującym prawem w tym zakresie). Z wymienionych powyżej czynności Wykonawca sporządzi raport potwierdzający oczyszczenie terenu z obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów. Rozpoczęcie prac czerpalnych i robót ziemnych będzie możliwe po zaakceptowaniu raportu przez Zamawiającego".

Zamawiający zawarł we wzorach umów (dla obu postępowań):

a) możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy:

- w § 4 ust. 1 lit. f) oraz ust. 3 wzoru umowy - „gdy Wykonawca natrafi na niezinwentaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane obiekty archeologiczne lub na niewypały lub niewybuchy lub na niezinwentaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane sieci (będące lub mogące być w kolizji z planowanymi robotami), urządzenia lub konstrukcje - w tym w szczególności pale drewniane, żelbetowe, stalowe, ścianki szczelne, inne formy posadowienia budowli, pozostałości historycznych konstrukcji i uniemożliwi mu to wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z dokumentacją projektową wskazaną w OPZ tj. bez odstępstw od tej dokumentacji (istotnych i nieistotnych w rozumieniu Prawa budowlanego)";

- par. 4 ust. 1 lit. j) oraz ust. 4 wzoru umowy - „występowania w Porcie Gdańsk nieprzerwanie przez 48 h wiatru o sile 8 w skali Beauforta (sztorm) lub większej, uniemożliwiającego Wykonawcy prowadzenie i wykonywanie jakichkolwiek robót wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy w sposób prawidłowy i zgodny z Umową, załącznikami do niej, Harmonogramem, przepisami, ze sztuką budowlaną i normami i właściwościami robót i wykorzystywanych materiałów (dalej jako: Nadzwyczaj niekorzystne warunki pogodowe), z tym zastrzeżeniem, że Wykonawca zobowiązany jest do planowania robót i czynności w taki sposób, aby ich prawidłowe wykonanie, z uwagi na ich technologię i charakterystykę, było możliwe w zaplanowanym okresie (porze roku) i zgodnie ze sztuką budowlaną, normami lub instrukcjami";

b) możliwość zmiany wynagrodzenia:

- § 6 ust. 1 lit. e) oraz ust. 3 wzoru umowy - „(.) gdy Wykonawca natrafi na obiekty archeologiczne lub niewypały lub niewybuchy lub na niezinwentaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane sieci (będące lub mogące być w kolizji z planowanymi robotami), urządzenia lub konstrukcje - w tym w szczególności pale drewniane, żelbetowe, stalowe, ścianki szczelne, inne formy posadowienia budowli, pozostałości historycznych konstrukcji i uniemożliwi mu to wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z dokumentacją projektową wskazaną w OPZ tj. bez odstępstw od tej dokumentacji (istotnych i nieistotnych w rozumieniu Prawa budowlanego)";

- par. 6 ust. 1 lit. i) oraz ust. 4 wzoru umowy - „(.) w przypadku występowania Nadzwyczaj niekorzystnych warunków pogodowych, o których mowa w § 4 ust. 1 lit. j) Umowy".

W § 7 wzoru umowy Zamawiający wprowadził zapisy odnoszące się do klauzuli waloryzacyjnej o następującej treści:

„1. Wynagrodzenie netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, pozostałe jeszcze do wypłaty Wykonawcy, ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu w przypadku odpowiednio wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy zgodnie z warunkami wskazanym w niniejszym paragrafie i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy. Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie zmian miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem

poprzedniego roku). Wskaźnik ten publikowany jest na stronie . Zmiana miejsca lub sposobu publikacji tego wskaźnika nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy. W przypadku gdyby wskaźnik ten przestał być dostępny, uległby zmianie lub usunięciu - zastosowanie znajdzie inny najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskazany przez Zamawiającego, a zmiana taka nie będzie wymagała aneksu do Umowy.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, ulegnie:

a) zwiększeniu pod warunkiem, że średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, miesięcznych wartości wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazana we wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie większa o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej tego wskaźnika z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia);

b) zmniejszeniu pod warunkiem, że średnia arytmetyczna z sześciu następujących po sobie i bezpośrednio poprzedzających złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, miesięcznych wartości wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, wskazana w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie mniejsza o co najmniej 20% (zaokrąglając w górę do części setnych, poziom zmiany cen materiałów lub kosztów) od średniej arytmetycznej tego wskaźnika z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia).

3. Po spełnieniu warunków z ust. 2 powyżej, w przypadku, o którym mowa:

a) w ust. 2 lit. a) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie powiększone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (100 + \backslash R])\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

|R| - oznacza wartość bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z ostatnich sześciu miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią arytmetyczną z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika podaną we wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej. |R| nie może przyjąć wartości ujemnej.

b) w ust. 2 lit. b) powyżej - wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 powyżej, zostanie pomniejszone według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times (100 - |R|)\%$$

gdzie:

Wz - oznacza wysokość zmienionego wynagrodzenia Wykonawcy,

Wp - oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy,

Ww - oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto wypłaconego Wykonawcy do momentu wpływu informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, w tym także poprzez potrącenie wierzytelności Stron,

|R| - oznacza wartość bezwzględną z różnicy między średnią arytmetyczną wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z ostatnich sześciu

miesięcy poprzedzających miesiąc, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu Zamawiającego nr NPR/NS/2022/009 będącym podstawą zawarcia Umowy, a średnią arytmetyczna z sześciu następujących po sobie miesięcznych wartości tego wskaźnika wskazaną w informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej. |R| nie może przyjąć wartości ujemnej.

4. W sytuacji, o której mowa w ust. 2 lit. a) powyżej Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1 powyżej. Wykonawca zobowiązany jest złożyć wniosek w terminie 21 dni od spełnienia wskazanych w/w zapisie przesłanek waloryzacji wynagrodzenia, wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy przed i po zmianie ceny materiałów lub kosztów, a także szczegółowe uzasadnienie wpływu tej zmiany ceny materiałów lub kosztów, o którym mowa w ust. 1 powyżej, na wynagrodzenie Wykonawcy. Zamawiający w terminie 28 dni od otrzymania kompletnego wniosku zgłasza do jego treści uwagi lub go akceptuje, o czym pisemnie informuje Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest we wskazanym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym niż 14 dni, wyjaśnić uwagi Zamawiającego lub uzupełnić wniosek pod rygorem braku jego akceptacji. W razie pisemnej akceptacji Zamawiającego Strony zawrą pisemny aneks do Umowy, którym do § 5 Umowy dodadzą zapis (nowy ustęp) o dokonanej waloryzacji, wskazujący w szczególności datę początkową i procent waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z niniejszym paragrafem.

5. W sytuacji, o której mowa w ust. 2 lit. b) powyżej Zamawiający - w terminie 21 dni od spełnienia wskazanych w/w zapisie przesłanek waloryzacji wynagrodzenia - jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemną informację o zmianie wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1. Informacja powinna zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy przed i po zmianie ceny materiałów lub kosztów, a także szczegółowe uzasadnienie wpływu tej zmiany ceny materiałów lub kosztów, o którym mowa w ust. 1 powyżej, na wynagrodzenie Wykonawcy. Po otrzymaniu informacji przez Wykonawcę Strony, w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 14 dni od daty otrzymania informacji przez Wykonawcę, zawrą pisemny aneks do Umowy, którym do § 5 Umowy dodadzą zapis (nowy ustęp) o dokonanej waloryzacji, wskazujący w szczególności datę początkową i procent waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z niniejszym paragrafem. W razie nie zawarcia przez Strony aneksu zgodnie ze zdaniem poprzednim, Zamawiający będzie uprawniony do samodzielnego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z informacjami i danymi zawartymi w pisemnej informacji, o której mowa powyżej, uwzględniając pozostałe reguły waloryzacji wynikające z niniejszego paragrafu.

6. Pierwszy wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej Strona może złożyć nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, a kolejne wnioski lub informacje nie szybciej niż w okresach co 6 miesięcy licząc od końca okresu wskazanego w danym wniosku z ust. 4 powyżej lub informacji z ust. 5 powyżej, tak by wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej obejmował swoim zakresem zawsze okres 6 miesięcy.

7. Waloryzacja na skutek zawarcia aneksu, o którym mowa w ust. 4 lub 5 powyżej, obejmie wynagrodzenie Wykonawcy, które stanie się wymagalne po dniu wpływu wniosku Wykonawcy do Zamawiającego z ust. 4 powyżej lub po dniu doręczenia Wykonawcy informacji od Zamawiającego z ust. 5 powyżej.

8. Waloryzacja, o której mowa w niniejszym paragrafie, nie obejmuje wynagrodzenia już wypłaconego Wykonawcy przed dniem wpływu wniosku Wykonawcy do Zamawiającego z ust. 4 powyżej lub przed dniem doręczenia Wykonawcy informacji od Zamawiającego z ust. 5 powyżej.

9. Po zawarciu aneksu, o którym mowa w ust. 4 lub 5 powyżej, Wykonawca, zobowiązany jest do przesyłanej faktury załączać także informację o zmianie wynagrodzenia objętej tą fakturą wynikającej z dokonanej waloryzacji.

10. Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to 7% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1.

11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z zapisami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy na podstawie umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi i której okres obowiązywania przekracza 12 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom dokonanym zgodnie z wnioskiem, o którym mowa w ust. 4 lub z informacją, o której mowa w ust. 5 powyżej i do jego terminowej wypłaty wynagrodzenia w zmienionej wysokości. Wykonawca zobowiązany jest odpowiednio zabezpieczyć realizację obowiązku, o którym mowa w zdaniu

poprzednim, w umowach zawieranych z podwykonawcami".

Wprowadzona przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna miała tożsamą treść w obu postępowaniach z tym zastrzeżeniem, że w sprawie o sygn. akt KIO1648/22 ZMPG S.A odnosiła się do wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 umowy, natomiast w przypadku sygn. akt KIO 1649/22 - do wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 5 ust. 1-3 umowy.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

sygn. akt KIO 1648/22 i KIO 1649/22

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 petitum odwołań podlegało częściowemu umorzeniu wobec złożonego przez Zamawiającego oświadczenia w przedmiocie częściowego uwzględnienia tych zarzutów oraz oświadczenia Odwołującego o wycofaniu odwołań odnośnie żądań nr 1.2 i 2.1.

Ponadto postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w całości w zakresie zarzutów nr 3,4 oraz 5 petitum odwołań wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów nr 3 i nr 4 oraz wycofania przez Odwołującego zarzutu nr 5.

Odwołania zasługiwały na uwzględnienie częściowo w zakresie zarzutu nr 6 petitum odwołań. W pozostałym zakresie odwołania podlegały oddaleniu.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 99 ust. 1 ustawy 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".

Ponadto przepis art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp stanowi, co następuje: „SWZ zawiera co najmniej: (.) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Z kolei w myśl art. 8 ust. 1 ustawy 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 k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie natomiast do treści przepisu art. 58 § 1 k.c. „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". Z kolei w myśl § 2 wyżej wymienionego przepisu „Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego".

Jednocześnie w świetle 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. W tym miejscu wskazać należy, iż jakkolwiek zasada swobody umów doznaje ograniczeń na gruncie prawa zamówień publicznych, to nie oznacza to, że zamawiający może nadużywać i wykorzystywać swoją pozycję przy formułowaniu postanowień umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, wieńcząca proces udzielenia zamówienia publicznego winna uwzględniać interesy obu stron, a sposób formułowania warunków umowy przez zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Wskazać należy, iż rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353^1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zawierającym niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Ponadto stosownie do treści art. 439 ust. 1 i ust. 2 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".

Zgodnie natomiast z brzmieniem przepisu art. 433 pkt 3 ustawy Pzp „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (.) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający".

Nadto stosownie do treści art. 647 k.c. „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia". W razie wątpliwości poczytuje się,

iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową

umowy (art. 649 k.c.).

Mając na uwadze powyższe w pierwszej kolejności skład orzekający stwierdził, że nie potwierdził się zarzut dotyczący ferromegnetyków. Należy podkreślić, że uzasadnienie przedmiotowego zarzutu sprowadza się do wskazania, iż wykonawca będzie zobowiązany do usunięcia z dna wszelkich obiektów ferromagnetycznych, na które składają się nie tylko niewybuchy i niewypały. W ocenie STRABAG Sp. z o.o. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia i postanowień wzoru umowy w sposób niepełny, niejasny i nieprecyzyjny, gdyż z przekazanej przez ZMPG S.A. dokumentacji postępowania nie da się określić dokładnej ilości, gabarytów ani rodzaju zanieczyszczeń, co powoduje wycenę ryzyka niemożliwego na etapie oferty a jednocześnie bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka na etapie realizacji kontraktu. Żądania Odwołującego odnośnie tego zarzutu dążyły do wykreślenia w § 8 ust. 3 i ust. 5 lub zmiany brzmienia ust 3 w taki sposób aby wykonawca ponosił odpowiedzialność tylko za możliwe do ustalenia podczas wizji lokalnej jak i przekazaną dokumentację zakresu prac a nie prac lub zakresów, których podczas wizji ustalić się nie dało, z jednoczesnym zrzeczeniem się roszczeń z tego tytułu. Nadto z uwagi na brak możliwości wyceny ryczałtowej w stosunku do całości oczyszczenia terenu ze złomu i elementów ferromagnetycznych Odwołujący wniósł o zmianę udostępnionego przedmiaru z ryczałtowego na kosztorysowy w zakresie 2 pozycji poprzez przyjęcie cen jednostkowych wskazanych w formularzu ceowym oferty.

Zamawiający wskazał w SWZ, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową i pokrywa wszelkie zobowiązania wykonawcy objęte umową oraz wszystko potrzebne dla właściwego wykonania i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad (odpowiednio pkt 21.5.1 SWZ oraz pkt 21.12.1 SWZ). Zgodnie z wymogiem ZMPG S.A. wykonawca w cenie ryczałtowej ma obowiązek wycenić projektowane prace czerpalne. Jak podkreślił Zamawiający

wykonanie prac czerpalnych jest możliwe także z uwzględnieniem jednoczesnego wydobycia złomu i elementów ferromagnetycznych, o ile nie są to elementy niebezpieczne takie jak niewypały i niewybuchy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż pogłębianie dna z jednoczesnym wydobyciem innych elementów (nie niebezpiecznych) są to czynności możliwe do oszacowania w ramach wynagrodzenia, które dla doświadczonego wykonawcy robót hydrotechnicznych nie powinny generować żadnych problemów uzasadniających żądania zmiany czasu ani wynagrodzenia. W ocenie ZMPG S.A. brak jest zatem uprawnienia po stronie wykonawcy do żądania w tym zakresie wynagrodzenia kosztorysowego. Izba podzieliła powyższe stanowisko Zamawiającego, tym bardziej, że podczas rozprawy na pytanie członka składu orzekającego ZMPG S.A. potwierdziła, iż wydobycie ferromagnetyków niebędących niewypałem i niewybuchem powinno zostać objęte przez wykonawcę wynagrodzeniem za wykonanie robót czerpalnych. Nadto należy wskazać, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonuje zmiany odpowiednio pkt 21.5.2.3 SWZ oraz pkt 21.12.2 lit. c) SWZ poprzez wykreślenie z kosztów za przeprowadzenie rozpoznania saperskiego terenu objętego inwestycją oraz sporządzenie raportu potwierdzającego, że sprawdzony i oczyszczony teren jest bezpieczny dla pracy ludzi i sprzętu, wydobycia obiektów niebezpiecznych, w tym niewypałów i niewybuchów. Zamawiający podkreślił, że aby wykonać prace czerpalne konieczne jest wydobycie elementów niebezpiecznych, co wynika z treści OPZ. Zamawiający zaznaczył jednak, że jeśli wskutek wykonania rozpoznania saperskiego lub innych czynności wykonawcy, w tym prac czerpalnych, wykonawca natrafi na obiekty potencjalnie niebezpieczne (np. niewypały, niewybuchy) to uprawniony będzie do żądania zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy (§ 4 ust. 1 lit. f) i ust. 3 wzoru umowy) lub wynagrodzenia (§ 6 ust. 1 lit. e) oraz ust. 3 wzoru umowy). Mając na uwadze powyższe w sytuacji, gdy wykonawca w trakcie robót czerpalnych nie natrafi na obiekty, które mogą zagrozić bezpieczeństwu (np. niewypały, niewybuchy) to zobowiązany będzie do ich wykonania w zaproponowanej w ofercie cenie ryczałtowej.

Skład orzekający zauważa również, że Zamawiający kilkukrotnie podkreślał, iż - wbrew twierdzeniom Odwołującego - wymaga wykonania prac czerpanych, a nie oczyszczenia dna z każdego ferromagnetyka. Odwołujący wywodził, że zobowiązany będzie do rozpoznania oraz wydobycia nie tylko elementów niebezpiecznych, ale do usunięcia wszelkich zanieczyszczeń zalegających na dnie. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał jednak, że rzeczywiście wydobycie wszystkich obiektów ferromagnetycznych niebędących niebezpiecznymi jest potrzebne i wymagane przez Zamawiającego.

Nadto należy wskazać, że Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy jako profesjonalisty wysokich kwalifikacji i doświadczenia, a tym samym należytej staranności w wykonywaniu zamówienia i przede wszystkim zrozumienia przedmiotu zamówienia. Dlatego też zasadnym jest przyjęcie, że wykonawca powinien skalkulować koszt oczyszczenia dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych z uwzględnieniem wszelkich ryzyk z tym związanych. Odwołujący w treści uzasadnienia omawianego zarzutu podniósł, że przekazany przez Zamawiającego raport z wykonania badań ferromagnetycznych (Załącznik nr 5a do OPZ dla zadania pn. „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk") jest raportem niepełnym. STRABAG Sp. z o.o. podkreśliła, że jej dotychczasowe doświadczenie pozyskane na kontrakcie realizowanym obecnie dla ZMPG S.A. pn. „Rozbudowa Nadbrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk" pokazuje, że w stosunku do szacunków z etapu postępowania faktyczna ilość wydobytych obiektów była znacznie większa niż przewidywana. Izba wskazuje, że raport załączony do SWZ ma na celu jedynie umożliwić wykonawcy oszacowanie kosztów związanych ze sprawdzeniem akwenu i wydobyciem obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych. Nie jest to jednak raport, który dokładnie opisuje zakres prac związanych z oczyszczaniem akwenu, gdyż przeprowadzone badania nie pozwalają na dokonanie na tej podstawie pełnej oceny dna akwenu, co wynika wprost z jego treści. Należy przyjąć, że dokładne określenie będzie możliwe dopiero po przystąpieniu przez wykonawcę do prac wynikających z przedmiotu umowy.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę w szczególności specyfikę i stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia nie można uznać, że Zamawiający nie dochował obowiązku, wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż wykonanie badań ferrometrycznych nie gwarantuje 100% pewności co do rozmieszczenia obiektów w dnie akwenu, z uwagi na fakt, że obiekty te mogą się przemieszczać i ujawniać w miarę prowadzenia robót. Nadto zasadnym jest wskazanie, że ZMPG S.A. celem ułatwienia wykonania rozpoznania saperskiego załączyła raport i film z rozpoznania nurkowego stanowiące odpowiednio Załącznik nr 5a oraz Załącznik nr 5f do OPZ dla zadania pn. „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk", co również potwierdza, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z dochowaniem należytej staranności.

Wobec powyższego mając na względzie doświadczenie zdobyte przez Odwołującego przy realizacji na rzecz ZMPG S.A. wymienionego powyżej zamówienia zasadnym jest uznanie, że wykonawca nie powinien mieć większych trudności w oszacowaniu ceny oferty. Jednocześnie nie można przyjąć, że sposób sfomułowania przez Zamawiającego

postanowień SWZ oraz wzoru umowy przerzuca na wykonawcę ryzyko realizacji kontraktu, a jedynie wymaga staranności odpowiadającej wymogom stawianym profesjonalnym uczestnikom rynku hydrobudowlanego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 6 obu odwołań Izba wskazuje, że podlegał on częściowemu uwzględnieniu.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący wykazał, iż przyjęte zasady zmiany wynagrodzenia wskazane w § 7 ust. 2b wzoru umowy zasadniczo (przewidując, iż sytuacja związana z nadzwyczajnym wzrostem cen ustabilizuje się) prowadzić będą do obniżenia

wynagrodzenia wykonawcy nawet w sytuacji dalszego wzrostu cen tylko o mniej dynamicznym charakterze niż w okresie porównawczym sprzed zawarcia umowy.

Izba wskazuje, że STRABAG Sp. z o.o. trafnie podniosła, że okres, do którego miałyby być porównywane zmiany ceny produkcji budowlano-montażowej jest okresem dużej zmienności, która nie miała miejsca od 2010 roku. Kształtowanie klauzul waloryzacyjnych na podstawie tak niemiarodajnego okresu może prowadzić do zaprzeczenia idei wprowadzenia tzw. klauzul waloryzacyjnych, których istotą jest niwelowanie negatywnego wpływu niezależnych od wykonawcy zdarzeń rynkowych na warunki ekonomiczne zawartej umowy.

Takie ustalenie zasad waloryzacji wynagrodzenia powoduje, że w konsekwencji wykonawca mimo realnego wzrostu cen nie otrzyma rekompensaty lecz będzie dodatkowo zwracał kwoty, które wynikają z niewłaściwego przyjęcia okresu porównawczego.

W ocenie składu orzekającego w sytuacji gdy obecnie obserwujemy dużą dynamikę wzrostu cen, aby zminimalizować ryzyko wykonawcy do zmniejszenia jego wynagrodzenia za wykonaną usługę (pomimo wzrostu cen), zasadnym byłoby np. przyjęcie dłuższego okresu porównawczego wskaźników zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego niż 6 miesięcy oraz średnią arytmetyczną z wybranego okresu wyższą niż 20%.

W tym miejscu uzasadnionym jest podkreślenie, że na powyższe zwrócił uwagę również sam Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zamierza dokonać zmiany § 7 ust. 2 lit. b) i ust. 3 lit. b) wzoru umowy, jednak do zamknięcia rozprawy taka zamiana SWZ nie została dokonana, co powoduje, że za podstawę orzekania należało przyjąć dotychczasowe brzmienie § 7 wzoru umowny. Oświadczenie Zamawiającego co do planowanej zmiany dotychczasowego brzmienia § 7 ust. ust. 2 lit. b) i ust. 3 lit. b) wzoru umowy zostało poczytane za przyznanie, że ustanowiony w tych postanowieniach mechanizm waloryzacji jest pozorny i oderwany od realiów rynkowych. Zamawiający zaznaczył, że zamierza dokonać przedmiotowych zmian celem jeszcze większej minimalizacji błędów i ryzyk wykonawcy w szacowaniu ceny na podstawie prognoz wykonawcy zmian cen produkcji budowlano-montażowej z uwagi na trudny okres, w którym wykonawcy teraz się znajdują.

Należy zauważyć, że Izba uwzględniając odwołanie dotyczące niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, wskazuje, czy zaskarżone zapisy należy zmienić czy też usunąć. Jednocześnie zgodnie z dyspozycją przepisu art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści. Nakazując zatem zmianę postanowienia umowy, Izba może nakazać zmianę zgodnie z żądaniem odwołującego, zaś w przypadku braku możliwości orzeczenia zgodnie z żądaniem odwołania - wskazać przyczynę konieczności wprowadzenia tej zmiany, zaś po stronie zamawiającego będzie leżała modyfikacja zapisu zgodnie ze wskazanymi wytycznymi.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy zaznaczyć, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zmiany zaproponowane przez Odwołującego są wewnętrznie sprzeczne i tym samym niemożliwe do uwzględnienia. Jednak wobec faktu, że Odwołujący wykazał, iż przyjęte zasady zmiany wynagrodzenia wskazane w § 7 ust. 2b wzoru umowy zasadniczo (przewidując, iż sytuacja związana z nadzwyczajnym wzrostem cen ustabilizuje się) prowadzić będą do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy nawet w sytuacji dalszego wzrostu cen tylko o mniej dynamicznym charakterze niż w okresie porównawczym sprzed zawarcia umowy, skład orzekający nakazał Zamawiającemu zmianę mechanizmu waloryzacji na mechanizm odzwierciedlający

rzeczywiste zmiany poziomu cen.

Odnosząc się natomiast do żądania Odwołującego zwiększenia w § 7 ust. 10 wzoru umowy limitu zmiany wynagrodzenia całościowego netto z 7 % na 10 % Izba wskazuje, że w tym zakresie zarzut nr 6 petitum odwołania nie potwierdził się. Skład orzekający stwierdził, że STRABAG Sp. z o.o. nie wykazała jakoby ustalenie łącznej maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia na poziomie 7 % mogłoby zostać uznane za świadczące o pozorności przyjętego mechanizmu waloryzacji. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić jego przeciwne twierdzenia w tym zakresie, powołując się wyłącznie na informację ze strony internetowej Ministerstwa Infrastruktury o przyjęciu przez Radę Ministrów projektów uchwał podwyższających limit waloryzacji dla kontraktów zawartych z GDDKiA z 5 % do 10 %. Zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w przywołanym powyżej przepisie wykonawca STRABAG Sp. z o.o. zobowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, gdyż nie zgadzał się z brzmieniem zapisu wzoru umowy zaproponowanym przez Zamawiającego i to jego rolą było wykazać, że ZMPG S.A. określając łączną maksymalną wartość wszystkich zmian wynagrodzenia na poziomie 7 % wynagrodzenia netto naruszyła przepisy ustawy Pzp. Okoliczność ta miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia w zakresie rozpoznawanego zarzutu.

W myśl przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności. Postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21).

Nadto Izba zauważyła, że Odwołujący nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, iż przyjęta maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia związana jest z budżetowymi możliwościami ZMPG S.A. i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Należy podkreślić, że Odwołujący nie wykazał sprzeczności pomiędzy wskazanym limitem waloryzacji na poziomie 7 % a postanowieniem przepisu art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zasadnym jest bowiem wskazanie, że ustawodawca nie narzucił na zamawiającego sposobu ustalenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, pozostawiając mu tym samym całkowitą dowolność w zakresie określenia wysokości dopuszczanej zmiany.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach orzeczono na podstawie art. 557, 574 oraz 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego oraz Odwołującego po 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez STARBAG Sp. z o.o. w wysokości 20 000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....