

Sygn. akt: KIO 4486/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 17.12. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego w dniu 17 grudnia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 r. przez Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A z/s w Tarnowie** (ul. Sienna 4, 33100 Tarnów),
postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. ul. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 4486/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 r. przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. z/s w Tarnowie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Budowa instalacji kogeneracji do produkcji energii z przetworzonych odpadów komunalnych z wykorzystaniem ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Tarnowie”. Znak sprawy: PP/2/2024/B. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: Numer publikacji ogłoszenia: 703377-2024, Numer wydania OJ S 225/2024, Data publikacji: 19.11.2024 r. Wykonawca podał: (...) wnosząc odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego, podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezgodna z przepisami czynność polega na ustaleniu Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 11 do SWZ – Projekt umowy (projekt umowy), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty:

Pozorna i niejednoznacznie opisana waloryzacja

1) naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie § 7 ust. 6-11 projektu umowy w sposób niejednoznaczny w zakresie ustalenia zmiany Wynagrodzenia, jak również uniemożliwiający czy też znacznie utrudniający przeprowadzenie kolejnej waloryzacji poprzez ustalenie nierealnego poziomu zmiany cen kolejnej waloryzacji gdyż:

(i) Zamawiający w § 7 ust. 6 projektu umowy przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 Pzp zakłada, że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy a nie po 12 miesiącach.

(ii) Postanowienie § 7 ust. 11 projektu umowy zawierają nierealny i wygórowany poziom zmiany cen jako wymagany dla uruchomienia kolejnej waloryzacji, gdyż po 6 miesiącach wymagają wzrostu na poziomie jak dla pierwszej waloryzacji (5%);

(iii) Pomimo tego, że waloryzacja jest aktywowana poprzez odesłanie do wskaźnika zmiany cen, który to potwierdza, że ceny rynkowe uległy zmianie, Zamawiający w § 7 ust. 9 i 10 Projektu Umowy oczekuje dodatkowego wykazania (udokumentowania), że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania Przedmiotu Umowy. Oczekując wykazania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania Przedmiotu Umowy Zamawiający

nie wskazuje jak ta zmiana ma być wykazana. Co więcej prowadzi to do konieczności dwukrotnego czy też dwustopniowego wykazywania waloryzacji raz poprzez zmianę cen na rynku (wykazanie zmiany wskaźnika) a następnie wykazywanie rzeczywistego wpływu zmiany cen na koszt wykonania (wykazanie rzeczywistej zmiany cen) dla wyliczenia zmiany wynagrodzenia. Taki sposób warunkowania waloryzacji wypacza sens waloryzacji wskaźnikowej.

Brak kar umownych należnych wykonawcy od zamawiającego

2) Naruszenie art. 436 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez brak zastrzeżenia kar umownych należnych Wykonawcy od Zamawiającego. W § 29 Projektu umowy Zamawiający przywiódł wyłącznie, jakie kary umowne zobowiązany będzie do zapłaty Wykonawca na rzecz Zamawiającego. Brak jest jednocześnie kar zastrzeżonych w drugą stronę to jest, jakie kary zobowiązany będzie do zapłaty Zamawiający na rzecz Wykonawcy. Minimalnym standardem jest określenie kar umownych za nieterminowe przekazanie terenu budowy na potrzeby realizacji robót budowlanych oraz kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

II. Wnioski:

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, Projektu umowy w sposób określony poniżej. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że:

– zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień SWZ, Projektu umowy stanowią wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający;

– Odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia, tj. SWZ, i Projekcie umowy

Pozorna i niejednoznacznie opisana waloryzacja

Zmodyfikowanie projektu umowy poprzez zastąpienie dotychczasowej klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 7 ust. 6-13 Projektu umowy na wzorcową klauzulę waloryzacyjną rekomendowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dlasektora-budownictwa> pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Odwołujący wnioskuję o umożliwienie waloryzacji po 6 miesiącach od zawarcia umowy, przeprowadzenie waloryzacji wskaźnikowej bez konieczności dokumentowania jak zmiana wskaźnika wpływa na ceny materiałów lub kosztów, waloryzacji co miesięcznej po osiągnięciu wskaźnika dopuszczającego możliwość waloryzacji.

Proponowane brzmienie § 7 zastępujące dotychczasowe ust. 6-13 Projektu umowy

Skreśla się dotychczasową treść § 6 ust. 6-13 i zastępuje poniższą:

Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami:

i. Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy pod linkiem http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RA_DB_D_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby ww wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

ii. Wskaźnik waloryzacji $W_w(n)$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n -ty miesiąc powstaje poprzez pomnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n -ty) wg poniższego wzoru:

gdzie:

„ $W_w(n)$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n -tego miesiąca;

„ a ” – stały współczynnik o wartości 0,1 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W_{n-1} – wskaźnik „ $n-1$ ” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_n ” – wskaźnik „ n ” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „Ww(n)” powstaje poprzez pomnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego (n)

gdzie:

„Ww(n)” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„Ww(n-1)” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„Wn” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

§§§§(2)

Ilorazy wskaźników cen (np.) należy obliczać z dokładnością do 100

trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji Ww(n) należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

iii. Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od siódmego miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 15% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalane w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.

iv. W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym”.

Brak kar umownych należnych wykonawcy od zamawiającego

Zmodyfikowanie projektu umowy poprzez wprowadzenie kar umownych, które Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić na rzecz Wykonawcy.

Proponowane brzemienne § 29

Dodanie dodatkowego ustępu przewidującego zapłatę kar umownych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy o następującym brzmieniu Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:

1) za zwłokę w przekazaniu Wykonawcy Terenu Budowy w terminie określonym w § 10 ust. 2 w wysokości 0,1 % Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 2 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

2) w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w wysokości 20% Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 2.

III. Interes we wniesieniu odwołania i szkoda Odwołującego.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w dokumentacji niniejszego Postępowania, w szczególności w SWZ i projekcie umowy są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność. Dotyczy to waloryzacji oraz braku kar umownych, płatnych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, skoro treść dokumentów Postępowania, w tym SWZ, Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, w tym wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy.

IV. Termin:

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej nastąpiła w dniu 19.11.2024 r. wobec czego składając odwołanie najpóźniej w dniu 29.11.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12/12/24) wniósł o:

- a) oddalenie odwołania jako bezzasadnego w zakresie zarzutów wskazanych w punktach 1) (i), 1) (ii) oraz 1) (iii) odwołania,
- b) przeprowadzenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie na okoliczność ich treści.
- c) zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Jednocześnie podał, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w części to jest w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 2 odwołania tj. brak kar umownych należnych Wykonawcy od Zamawiającego – naruszenie art. 436 pkt 3) ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy pzp dokonując niezwłocznie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia - zmiana specyfikacji warunków zamówienia z dnia 9.12.2024 r.

Dowód: zmiana specyfikacji warunków zamówienia z dnia 9.12.2024 r. - na okoliczność dokonania modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia - projektowanych postanowień umowy.

Do postępowania odwoławczego do dnia 17 grudnia 2024 r. przystąpienia, w tym po stronie zamawiającego, nie zgłosił żaden z wykonawców. Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 5/12/2024 pkt 4): „Zamawiający w dniu 2 grudnia 2024 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania (...) zawiadomienie o złożeniu odwołania wraz z treścią odwołania oraz wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego”.

Na posiedzeniu w dniu 17 grudnia 2024 r.:

Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut z punktu 1 lit. (i), lit. (ii). W zakresie zarzutu z pkt 1 lit. (iii) wniósł o modyfikację w § 7 ust.9 *alternatywnie*:

- a) doprecyzowanie w jaki sposób następować będzie wykazanie przez wykonawcę, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania przedmiotu zamówienia; lub
- b) usunięcie postanowienia dotyczącego wykazania przez wykonawcę, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że nastąpi modyfikacja spornego § 7 ust.9 PPU w ten sposób, że Zamawiający doprecyzuje w jaki sposób następować będzie wykazanie przez wykonawcę, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania przedmiotu zamówienia wskazując przykładowe (w szczególności) dokumenty (np. faktury, czy korespondencję mail).

Odwołujący w zakresie zarzutu z pkt 1 lit. (iii) w części nieuwzględnionej cofnął zarzut. Ponadto oświadczył, że w zakresie zarzutu 2) uwzględniona modyfikacja jest zgodna z jego żądaniem.

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

W myśl art. 522 ust. 3 Pzp: „W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów”.

Tak jak wskazano powyżej Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12/12/24) uwzględnił zarzut z punkt 2) odwołania. Z kolei Odwołujący na posiedzeniu w dniu 17 grudnia 2024 r. cofnął zarzut z punktu 1 lit. (i) oraz (ii). Natomiast w zakresie zarzutu z punktu 1 lit. (iii) Zamawiający na posiedzeniu w dniu 17 grudnia 2024 r. w związku z wnioskami wykonawcy oświadczył – jak powyżej - o deklarowanej częściowej modyfikacji PPU w zakresie spornym dotyczącym § 7 ust. 9, a z kolei Odwołujący oświadczył o cofnięciu zarzutu w pozostałym zakresie w tym punkcie. Także oświadczył, że modyfikacja PPU w zakresie zarzutu z pkt 2 jest zgodna z jego żądaniem.

W związku z brakiem zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego w niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany art. 522 ust.3 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła § 9 ust. 1 pkt 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). W niniejszej sprawie koszty znosi się wzajemnie z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, a po stronie zamawiającego brak jest uczestnika postępowania odwoławczego, który mógłby wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów podnoszonych w odwołaniu. W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

