Sygn. akt KIO 2746/24

WYROK

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **5 724 zł 70 gr** (słownie: pięć tysięcy siedemset dwadzieścia cztery złote siedemdziesiąt groszy) poniesioną przez **16 Wojskowy Oddział Gospodarczy**

w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1, 78-513 Oleszno tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz noclegu.

2.2.zasądza od wykonawcy **Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu,**

ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław na rzecz **16 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Drawsku Pomorskim, ul. Główna 1,**

78-513 Oleszno kwotę **5 724 zł 70 gr** (słownie: pięć tysięcy siedemset dwadzieścia cztery złote siedemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz noclegu.

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.

Przewodnicząca:……..…….

Sygn. akt KIO 2746/24

Uzasadnienie

16 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Drawsku Pomorskim, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę sprzątania powierzchni wewnętrznych w rejonie odpowiedzialności 16 WOG w Drawsku Pomorskim”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lipca 2024 r., pod numerem publikacji ogłoszenia 391158-2024, numer wydania Dz. U. S: 127/2024.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Impel S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe określenie przez Zamawiającego w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego zasad waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu o zmianę postanowienia w załączniku nr 1 projekt umowy dla Części nr I-IV w § 16 ust. 3 pkt 3-4 umowy zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

„3) Poziom zmiany kosztów, o których mowa w art. 439 ust. ustawy prawo zamówień publicznych, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi minimum 1% względem średniej arytmetycznej wskaźnika za dwa poprzednie kwartały, o których mowa w pkt 2.

4) Jeżeli wskaźnik (średnia arytmetyczna za dwa poprzednie kwartały) będzie niższy niż 1%, wówczas Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zmianę wysokości wynagrodzenia w powyżej określonym trybie.”

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający dniu 26 lipca 2024 r. opublikował zmiany w

projekcie umowy dla Części nr I-IV, w § 16 ust. 3 pkt 3-4 której zawarł następujące nowe klauzule umowne:
„3*) Poziom zmiany kosztów, o których mowa w art. 439 ust. ustawy prawo zamówień publicznych, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi minimum 8% względem średniej arytmetycznej wskaźnika za dwa poprzednie kwartały, o których mowa w pkt 2.*
4) Jeżeli wskaźnik (średnia arytmetyczna za dwa poprzednie kwartały) będzie niższy niż 8%, wówczas Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zmianę wysokości wynagrodzenia w powyżej określonym trybie."

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp zaniechał prawidłowego opisania w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika. Zamawiający wprowadził próg procentowy wskaźnika GUS na poziomie nadmiernym, tj. 8% (jako średnia z dwóch ostatnich kwartałów!), zatem wskaźnik ten nie odzwierciedla faktycznego wzrostu kosztów Wykonawcy. Tak więc Zamawiający w sposób nieadekwatny do aktualnej sytuacji gospodarczej określił warunek, od którego spełniania uzależniona została możliwość złożenia przez Wykonawcę wniosku o waloryzację wynagrodzenia. Tak określony poziom zmiany wskaźnika jest zbyt wysoki. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Komunikatami Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w sprawie kwartalnych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, wskaźniki te w ostatnim okresie wynosiły odpowiednio: w II kwartale 2023r. w stosunku do I kwartału 2023r. - 101,9 (wzrost cen o 1,9%); w III kwartale 2023r. w stosunku do II kwartału 2023r. - 99,7 (spadek cen o 0,3%); w IV kwartale 2023r. w stosunku do III kwartału 2023r. - 100,5 (wzrost cen o 0,5%); w I kwartale 2024r. w stosunku do IV kwartału 2023r. - 100,9 (wzrost cen o 0,9%); w II kwartale 2024 r. w stosunku do I kwartału 2024r. - 101,4 (wzrost cen o 1,4%). Przyjęty przez Zamawiającego poziom wskaźnika w wysokości 8% - jest zbyt wysoki i może uniemożliwić Wykonawcy skuteczne skorzystanie z waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający, ustalając zasady, od których zależy możliwość waloryzacji, powinien brać pod uwagę sytuację gospodarczą i publikowane wskaźniki, do których się odwołuje. W przeciwnym razie postanowienia waloryzacyjne będą tylko pozorne i w żadnym stopniu nie będą spełniać swojej roli. Wobec czego Odwołujący wniósł o stosowne obniżenie tego poziomu procentowego zgodnie z wnioskiem opisanym w treści żądania odwołania.
Nadto Odwołujący podniósł, że wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych i tak nie oddają faktycznego wzrostu kosztów prowadzonej przez wykonawców działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, a ponadto wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko tych zmian w cenie oferty. Postanowienia umowy ukształtowane przez Zamawiającego, w istotny sposób naruszają ratio legis wprowadzonego przepisu art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż konstrukcja prawna, jaką Zamawiający wprowadził do umowy, przerzuca wszystkie ryzyka na wykonawców, gdyż to wyłącznie wykonawca będzie zobowiązany do poniesienia ryzyka, związanego z realizacją umowy po kosztach oszacowanych w dniu składania oferty. Zamawiający zaś nie ponosi żadnego ryzyka takiego działania, gdyż zawierając umowę w konkretnym roku, niejako gwarantuje sobie stawki świadczenia usług po cenach z tegoż roku, bez uwzględnienia w kolejnych latach obowiązywania umowy ryzyka zmian oraz inflacji, czy innych wahań na rynku, który jest bardzo podatny na wszelkie zmiany w światowej gospodarce. Naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie Wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało. Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu. W dzisiejszych realiach poziom inflacji zmienia się bardzo dynamicznie i osiąga rekordowe wielkości, jeśli chodzi o wzrost cen, co sprawia, iż gwarancja rentowności kontraktu zależy w dużej mierze od jasno określonych warunków waloryzacji wynagrodzenia. Potencjalny wykonawca pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia przy tak szybko galopującym wzroście cen mógłby bowiem ponieść stratę, pomimo rzetelnej kalkulacji cen w momencie składania oferty. Takie działanie sprzeciwia się ustawie, a co za tym idzie - zasada swobody umów w tym zakresie ulega ograniczeniu w oparciu o art. 3531 k.c. A co za tym idzie, postanowienia kształtujące zobowiązania umowne w sposób sprzeczny z dyspozycją norm art. 439 ust. 1 ustawy Pzp nie powinny mieć racji bytu. Takie działanie Zamawiającego przeczy także zasadzie współdziałania Zamawiającego i wykonawcy przy realizacji zamówienia publicznego, jaką wprowadzono do ustawy Pzp na mocy art. 431 tej ustawy. Podstawowym obowiązkiem umownym Zamawiającego w przypadku przedmiotowego zamówienia jest obowiązek zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane usługi. W przypadku natomiast przedmiotowego zamówienia, Zamawiający przerzucił wszelkie ryzyka, związane z realizacją zamówienia na wykonawcę.

Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający ukształtował przedmiotowy stosunek umowny w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych (zasada współdziałania), prawa cywilnego (zasada swobody umów), a także stanowiący obejście przepisów art. 439 ust. 1 ustawy Pzp a co za tym idzie - postanowienia umowy w takim brzmieniu nie powinny być akceptowane i powinny ulec zmianie. Odwołujący w oparciu o powyższe wniósł o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę

wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2024 r. zamieścił kopię odwołania na platformie zakupowej portal.smartpzp.pl/16wog.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 9 sierpnia 2024 r. W terminie tym nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 22 sierpnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1.odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp albowiem treść klauzuli waloryzacyjnej była już przedmiotem postępowania pod sygnaturą KIO 2446/24 i w postępowaniu tym Odwołujący cofnął odwołanie,

ewentualnie:

2.oddalenie odwołania,

3.przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

-odwołanie,

-odpowiedź na odwołanie,

-cofnięcie odwołania,

celem wykazania faktu uwzględnienia wniosku Odwołującego co do treści klauzuli waloryzacyjnej, prawidłowości treści klauzuli waloryzacyjnej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Czynność zmiany postanowień projektu umowy z dnia 26 lipca 2024 r. jest bowiem nową czynnością Zamawiającego, gdyż dotyczy nowych postanowień umowy wprowadzonych we wskazanej dacie. Wobec czego odwołującemu się wykonawcy na tę nową czynność Zamawiającego przysługuje odwołanie.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 26 lipca 2024 r. zmienił treść projektu umowy, nadając m.in. następującą treść pkt 3 i 4, tj.:

„*3) Poziom zmiany kosztów, o których mowa w art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający Strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi minimum 8% względnie średniej arytmetycznej wskaźnika za dwa poprzednie kwartały, o których mowa w pkt 2.*

4) Jeśli wskaźnik (średnia arytmetyczna za dwa poprzednie kwartały), będzie niższy niż 8%, wówczas Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zmianę wysokości wynagrodzenia w powyżej określonym trybie.".

Odwołujący zakwestionował wprowadzoną przez Zamawiającego modyfikację, wnosząc odwołanie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi:

„*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.".

Przepis ten zawiera regulacje dotyczące obowiązku zamieszczenia w umowach, których przedmiotem są roboty budowalne lub usługi zawarte na okres dłuższy niż 12 miesięcy a także postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nie precyzuje przy tym treści klauzul waloryzacyjnych, wskazując jedynie na metodologię ich konstruowania. Przepis ten zmierza bowiem do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający – w ocenie Odwołującego - zaniechał prawidłowego opisania w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika poprzez wprowadzenie progu procentowego wskaźnika GUS na poziomie nadmiernym, tj. 8% (jako średnia z dwóch ostatnich kwartałów), który – jak dalej podkreślił - nie odzwierciedla faktycznego wzrostu kosztów Wykonawcy. Zarówno zarzut, jak i argumentacja Odwołującego sprowadza się w zasadzie do stwierdzenia, że wskaźnik ten jest zbyt wysoki a wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia projektu umowy przerzucają wszystkie ryzyka związane z realizacją umowy na wykonawców. Istotne jest także i to, że już we wcześniej wniesionym odwołaniu (odwołaniu z dnia 12 lipca 2024 r.) Odwołujący kwestionował wskaźnik waloryzacji, który był wówczas określony na poziomie 15%, żądając jego obniżenia do 2%. Zamawiający uwzględnił tamto odwołanie i dokonał zmiany postanowień projektu umowy, w tym także w zakresie wskaźnika waloryzacji poprzez zmianę na 8% a którego wysokość została także zakwestionowana przez Odwołującego w odwołaniu wniesionym w przedmiotowej sprawie, w którym także zażądał zmiany wskaźnika waloryzacji tylko, że tym razem na 1%.

Tymczasem Zamawiający jednoznacznie wskazał we wprowadzonych zmianach projektu umowy w jaki sposób będzie realizował klauzulę waloryzacyjną. Co więcej podkreślił także, że on również ponosi ryzyko związane z inflacją czy też wahaniami cen na rynku a umowa, która z Zamawiającym zostanie zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania będzie trwała nie dłużej niż 16 miesięcy co daje wykonawcy jasną wskazówkę dla należytego przygotowania i skalkulowania kosztów złożonej oferty. Wartości wzrostu wynagrodzeń zarówno na rok 2024, jak i styczeń 2025 są bowiem już znane i udostępnione na stronach rządowych. Przedmiotem niniejszego zamówienia – jak słusznie wskazał Zamawiający – jest usługa, w realizacji której głównym czynnikiem cenotwórczym są koszty pracy, które można wyliczyć (znane są już także założenia budżetu państwa dotyczące wzrostu minimalnego wynagrodzenia). Niezależnie jednak od planowanych zmian umowa przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wzrostu minimalnego wynagrodzenia. Interes wykonawcy nawet w takim przypadku jest więc zabezpieczony. Natomiast wzrost cen materiałów, nawet bardzo istotny, nie będzie decydował o rentowności tego kontraktu.

Niemniej jednak art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego wymogu wprowadzenia konkretnej wysokości waloryzacji, a tym samym oddania w ramach wprowadzanej waloryzacji pełnego zakresu zmian cen, czy też odniesienia wysokości waloryzacji do cen rynkowych. „To rolą wykonawcy jest skalkulowanie ceny oferty w taki sposób, aby uwzględnić w niej koszty realizacji zamówienia oraz możliwe ryzyka. Nie można stracić również z pola widzenia, że ochrona interesu stron umowy, to nie tylko ochrona interesów wykonawcy, ale również Zamawiającego, który jest dysponentem środków publicznych. Określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia chroni Zamawiającego, który funkcjonuje w oparciu o określony budżet, przed nadmiernym i niezaplanowanym, nie ujętym w budżecie wzrostem koniecznego do zapłaty wynagrodzenia.". (wyrok Izby z dnia 3 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3385/22). Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu zachowanie równowagi kontraktowej między Zamawiającym a Wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Umowa powinna zapewniać osiągniecie celów. Niemniej jednak w przypadku umów o zamówienie publiczne poza celami dotyczącymi samego Zamawiającego i Wykonawcy, istotny jest także cel publiczny. Takim celem będzie w tym przypadku zapewnienie ciągłości działania Zamawiającego dzięki utrzymaniu czystości. Dlatego też propozycja Odwołującego dotycząca obniżenia poziomu wskaźnika waloryzacji do 1% doprowadziłaby w istocie do zachwiania

równowagi ekonomicznej stron, gdyż w takim przypadku - jak proponowany przez Odwołującego - to tylko Zamawiający przejąłby na siebie w pełni ryzyko związane z wzrostami cen.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a) i pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..…….