

WYROK

Warszawa, dnia 6 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2024 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu 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.

Przewodnicząca:

KIO 498/24

Uzasadnienie

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” lub „WZDW”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa nowego przebiegu drogi wojewódzkiej nr 305 na odcinku od ul. Kolejowej do ul. Celnej w Nowym Tomyślu” (Numer referencyjny postępowania: CPV: 45.23.31.20-6, 45.22.10.00-2, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lutego 2024 r. pod numerem 25/2024 00075355-2024.

15 lutego 2024 r. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący” lub „Strabag”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu, polegającej na ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm., dalej: „k.c.”) Projektowanych Postanowień Umowy (dalej: „PPU”) jako części Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1, 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 8 PPU:
 - a) poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie tj. 10% (poziom wskaźnika cen obiektów drogowych – droga miejska wojewódzka klasa G opublikowany przez Prezesa GUS na stronie internetowej Urzędu) co przy jednoczesnym określeniu dodatkowych nadmiernych i nieuzasadnionych warunków waloryzacji,
 - b) tj. czasokresu, w którym waloryzacja może być dokonana, jednokrotności waloryzacji, jak też sposobu określenia wskaźnika waloryzacji spowoduje brak możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, (bądź nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę przeważającej części ryzyka inflacyjnego), w przypadku wzrostu kosztów realizacji zadania, co w konsekwencji oznacza określenie przez Zamawiającego w PPU pozornej klauzuli waloryzacyjnej.
- 2) Naruszenie art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 5 k.c., art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1, 2 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w § 8 ust. 7 PPU warunku waloryzacji, zgodnie z którym waloryzacji podlegać będzie wyłącznie

wynagrodzenie za roboty zrealizowane w terminie umownym, co oznacza brak możliwości wnioskowania o waloryzację wynagrodzenia za roboty wykonane po terminie również z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co stanowi bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę robót ryzyka wzrostu cen w przypadku przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy, z przyczyn za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, jak też w sytuacji w której przedłużenie terminu realizacji nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę § 8 PPU w taki sposób, aby warunki waloryzacji wynagrodzenia faktycznie odzwierciedlały cel umownej klauzuli waloryzacyjnej tj. przywrócenie ekwiwalentności świadczeń, oraz nie prowadziły do bezpodstawnego przerzucenia ryzyka inflacji na wykonawcę w sytuacji przedłużenia realizacji przedmiotu umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy/stron.

Odwołujący zaproponował modyfikację §8 PPU poprzez nadanie mu przykładowo następującego brzmienia (pisownia oryginalna):

„§ 8

1. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji nie wcześniej niż po upływie 12 **6** miesięcy od dnia zawarcia Umowy i dokonaniu odbioru częściowego, o którym mowa w § 20 ust. 3 Umowy.

2. Wynagrodzenie umowne ~~może~~ podlegać będzie **wielokrotnej** waloryzacji **na zasadach określonych w niniejszym paragrafie. jednokrotnie.**

3. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5.

4. W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, o minimum 40%, **3%** Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1. W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, **wysokość współczynnika waloryzacyjnego (Pw)** ~~że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia.~~ **Wniosek/wnioski należy składać uwzględniając odpowiedni współczynnik waloryzacyjny za okres obejmujący zakres odbioru częściowego robót i złożyć najpóźniej do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy.** W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

5. Zmiana (podwyższenie lub obniżenie) wynagrodzenia umownego wynikająca z waloryzacji, będzie pokrywana przez Strony Umowy po połowie, zgodnie z poniższym wzorem.

Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony według wzoru:

$$Pw = 0,5 + 0,5 * Ww/100\%$$

gdzie:

Pw - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot,

Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga miejska wojewódzka (klasa G), opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano- montażowych i obiektów budowlanych”), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

6. Waloryzacja dotyczyć będzie jedynie wynagrodzenia za roboty **objęte odbiorem częściowym i/lub końcowym. Waloryzacja nie będzie obejmować wynagrodzenia za roboty wykonane i które nie zostały wcześniej odebrane odbiorami częściowymi w okresie, gdy Strony nie były uprawnione do waloryzacji zgodnie z Umową lub które zostało zwaloryzowane na podstawie wcześniejszego wniosku.** Łączna wartość pozycji z Kosztorysu Ofertowego objętych wnioskiem o waloryzację/informacją o zmianie wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

7. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za roboty dodatkowe oraz roboty zamienne, o których mowa w § 2 Umowy, chyba że ww. roboty są wykonywane w okresie dłuższym niż 12 **6** miesięcy od dnia zawarcia Umowy, oraz odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym. Łączna wartość pozycji ujętych w protokole konieczności, a objętych wnioskiem o waloryzację zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

8. Łączna wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia umownego Wykonawcy wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 15% wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

9. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 8.

~~10. Waloryzacji będzie podlegać jedynie wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane w terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy,~~

ewentualnie

10. Waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane po terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy, w sytuacji, w której do przekroczenia terminu realizacji doszło z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę.

11. Ewentualna zmiana wysokości wynagrodzenia umownego będzie poprzedzona badaniem dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę i będzie następowała w oparciu o aneks do Umowy, podpisany przez Strony Umowy.

12. W przypadku likwidacji wskaźnika, o którym mowa w ust. 5 lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w ust. 5 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.

13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 i nast., zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczącym zobowiązania Podwykonawcy.

14. Zamawiający dokona zapłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia na warunkach i zasadach określonych w § 10 ust. 13 Umowy."

Uzasadniając zarzuty odwołania tytułem uwag ogólnych Strabag wskazał, że przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Odwołujący podkreślił, że trwający proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Strabag zaznaczył, że zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. W ocenie Odwołującego WZDW wprowadził do §8 PPU postanowienia, które pozornie spełniają wymagania zawarte w art. 439 ustawy Pzp. Strabag podniósł, że przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Odwołujący wskazał, że tymczasem Zamawiający przyjął następujące założenia dla waloryzacji:

- a) Pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy – biorąc pod uwagę okres, jaki upłynie pomiędzy złożeniem ofert, a zawarciem umowy – wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację dopiero po 15 miesiącach od dnia złożenia oferty, co przy jednoczesnym zakazie waloryzacji „wstecz” (tj. w zakresie robót wykonanych i odebranych przed złożeniem wniosku) oraz jednokrotności waloryzacji oznacza, że bardzo znacząca część wynagrodzenia wykonawcy nie będzie w ogóle podlegać waloryzacji. W ocenie Strabag uzasadnione jest w tym przypadku określenie krótszego terminu, w którym możliwe jest złożenie pierwszego wniosku waloryzacyjnego – tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zdaniem Odwołującego analogiczne warunki powinny dotyczyć sytuacji zlecenia robót dodatkowych/zamiennych. Ponadto Strabag podkreślił, że ustawodawca w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp określił obowiązek zawarcia przez Zamawiającego w umowie zapisów o waloryzacji, gdy umowa zawarta jest na okres dłuższy niż 6 miesięcy, z czego – w ocenie Odwołującego – można wprost wnioskować, że roboty wykonywane po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy powinny podlegać waloryzacji, a zapisy uniemożliwiające dokonania waloryzacji robót wykonywanych przez pierwsze 12 miesięcy umowy uznać należy za niezgodne z ustawą Pzp. Ponadto Strabag zaznaczył, że określenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy, stoi w jawnej sprzeczności z § 8 ust. 13 PPU, zgodnie z którym w przypadku dokonania waloryzacji, wykonawca zobowiązany będzie do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz, gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczącym zobowiązania Podwykonawcy. Tym samym WZDW stawia wykonawcy warunki waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy na wyższym pułapie niż te obowiązujące Zamawiającego.
- b) Ograniczenie możliwości waloryzacji do jednokrotnego razu w trakcie trwania całej umowy. Strabag wskazał, że

biorąc pod uwagę art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający nie zawiera w PPU zapisów umożliwiających waloryzację wynagrodzenia za roboty realizowane po upływie 6 miesięcy od podpisania umowy, działa niezgodnie z ustawą Pzp. Odwołujący zaznaczył, że wszystkie roboty wykonane w ciągu pierwszych 6 miesięcy od podpisania umowy leżą w zakresie ryzyka inflacyjnego w 100% po stronie wykonawcy. Natomiast, aby uczynić zadość zapisom art. 439 ustawy Pzp, a tym bardziej w przypadku dystrybucji wzrostu cen po połowie między strony umowy (co WZDW zawarł we wzorze na współczynnik waloryzacyjny), wszystkie roboty wykonywane po 6 miesiącach od podpisania umowy powinny podlegać waloryzacji według współczynnika aktualnego na dany miesiąc.

c) Zasadę, że warunkiem waloryzacji jest co najmniej 10% wskaźnik waloryzacji – skutkiem tego inflację niższą niż 10% każdy wykonawca doliczy do ceny oferty. Strabag wskazał, że w przypadku, gdyby inflacja była niższa niż 10%, WZDW poniesie koszt, którego mógłby nie ponieść w przypadku braku tego ograniczenia. Co więcej biorąc pod uwagę dane archiwalne GUS, osiągnięcie przez wykonawcę wskaźnika waloryzacyjnego wymaganego przez Zamawiającego – w ocenie Odwołującego – jest nierealne. Strabag przedstawił publikowane dane dotyczące wskaźnika wzrostu Ww za poszczególne miesiące od ostatniego publikowanego z danymi za listopad 2023 r. i wcześniejsze w okresie ostatniego roku od listopada 2022 r. do listopada 2023 r. Odwołujący podkreślił, że z danych tych wynika jednoznacznie, że wskaźnik wzrostu cen za rok sukcesywnie spada i w listopadzie 2023 r. wynosił on 108,1% gdzie w analogicznym miesiącu w roku 2022 wynosił 116,1%. Zdaniem Strabag, mając powyższe na uwadze, wzrost cen na poziomie 10%, przy obecnym poziomie zmiany cen, na podstawie danych publikowanych przez GUS w zakresie wskaźnika Ww dla drogi wojewódzkiej miejskiej klasy G, może nie być osiągnięty w ogóle w terminie umownym. Odwołujący podniósł, że nawet jeżeli zostanie on osiągnięty to należy się liczyć, że będzie to pod koniec trwania budowy i może dotyczyć 10% wynagrodzenia do rozliczenia w ramach faktury końcowej. Przy założeniu, że wzrost będzie uwzględniał podział ryzyk po połowie należy uznać, że waloryzacja jest pozorna. Prowadzi to do wniosku, że poziom wzrostu cen wykonawcy będą musieli w zasadzie w całości uwzględnić w swojej ofercie a Zamawiający tak kształtując zapisy umowne nie ponosi z tego tytułu ryzyka. Wobec powyższego w ocenie Odwołującego zapisy umowne powinny zapewniać możliwość waloryzacji po 6 miesiącach od zawarcia umowy i po wzroście wskaźnika minimum 3% od terminu złożenia oferty.

d) Wskazania, że waloryzacji podlegać będzie wyłącznie wynagrodzenie za roboty wykonane w terminie umownym, bez różnicowania sytuacji z jakich przyczyn dojdzie do opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy. Strabag podkreślił, że tym samym wykonawca, według obecnie brzmiącej treści klauzuli waloryzacyjnej będzie ponosił 100% ryzyka wzrostu kosztów realizacji odnośnie robót wykonywanych po przekroczeniu terminu wykonania przedmiotu umowy, również w sytuacji, w której przekroczenie terminu realizacji nastąpiło z przyczyn całkowicie niezależnych od wykonawcy, co stanowi rażące naruszenie zasady swobody umów i równowagi stron umowy. Co więcej – jak zaznaczył Odwołujący – tego rodzaju postanowienie oznacza poniesienie przez wykonawcę całkowitego ryzyka wzrostu cen we wskazanym czasokresie nie tylko w sytuacjach przez siebie niezawinionych, ale również w sytuacjach całkowicie zawinionych przez WZDW, czyli np. również w sytuacji, w której Zamawiający nie wywiąże się z obowiązku z dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowej (art. 647 k.c.) czy w sposób nieprawidłowy dokona opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ustawy Pzp). Tym samym – zdaniem Strabag – jeżeli nawet Zamawiający uważa, że kwestia opóźnień w realizacji powinna stanowić element klauzuli waloryzacyjnej to powinien kwestię tą ustalić z poszanowaniem przepisów prawa, a tym samym wyłączyć możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy tylko w sytuacji, w której po stronie wykonawcy wystąpiła zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe – w ocenie Odwołującego – żeby realizacja umowy miała sens ekonomiczny, wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty wyżej wymienione ryzyka, co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. Strabag podniósł, że w oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający wykonawca będzie miał świadomość powyższego – a zatem i tak będzie zmuszony uwzględnić w cenie oferty ryzyko wzrostu cen. Odwołujący wskazał, że Zamawiający – poprzez takie a nie inne ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej – działa de facto na swoją szkodę: otrzyma oferty z cenami znacznie wyższymi niż w przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna uczciwie uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia.

Reasumując, Strabag podkreślił, że zgodnie z art. 353¹ 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. Tymczasem – zdaniem Odwołującego – klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu narusza zarówno zasady współżycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego.

W złożonej pismem z dnia 28 lutego 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, 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 odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił swojego przystąpienia do toczącego się postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie 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:

Poniżej Izba zacytuje wybrane postanowienia PPU, kwestionowane przez Odwołującego, a także postanowienia, na które skład orzekający powołuje się w dalszej części uzasadnienia niniejszego wyroku, w brzmieniu obowiązującym na dzień orzekania.

Zgodnie z § 1 ust. 1 PPU „Zamawiający powierza a Wykonawca przyjmuje do wykonania Budowa nowego przebiegu drogi wojewódzkiej nr 305 na odcinku od ul. Kolejowej do ul. Celnej w Nowym Tomyślu w zakresie szczegółowo określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia obejmującej: dokumentację projektową, Specyfikacje Techniczne D-M.-00.00.00 (ST Wymagania Ogólne), Specyfikacje Techniczne (ST) oraz Ofercie Wykonawcy – zwanym dalej Przedmiotem Umowy”.

W myśl postanowień § 5 ust. 1-2 PPU:

- „1. Termin zakończenia robót: 630 dni od dnia zawarcia Umowy, tj. do dnia _____
2. Termin ostatecznego odbioru robót: 690 dni od dnia zawarcia Umowy, tj. do dnia _____”.

Stosownie do brzmienia § 8 PPU:

- „1. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i dokonaniu odbioru częściowego, o którym mowa w § 20 ust. 3 Umowy.
2. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji jednokrotnie.
3. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5.
4. W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, o minimum 10%, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1. W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.
5. Zmiana (podwyższenie lub obniżenie) wynagrodzenia umownego wynikająca z waloryzacji, będzie pokrywana przez Strony Umowy po połowie, zgodnie z poniższym wzorem.

Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony według wzoru:

$$Pw = 0,5 + 0,5 * Ww / 100\%$$

gdzie:

Pw – współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot,

Ww – wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga miejska wojewódzka (klasa G), opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych”), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

6. Waloryzacja dotyczyć będzie jedynie wynagrodzenia za roboty, które nie zostały wcześniej odebrane odbiorami częściowymi. Łączna wartość pozycji z Kosztorysu Ofertowego objętych wnioskiem o waloryzację/informacją o zmianie wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

7. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za roboty dodatkowe oraz roboty zamienne, o których mowa w § 2 Umowy, chyba że ww. roboty są wykonywane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu konieczności, o którym mowa w § 2 Umowy, oraz odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym.

Łączna wartość pozycji ujętych w protokole konieczności, a objętych wnioskiem o waloryzację zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

8. Łączna wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia umownego Wykonawcy wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 15% wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

9. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 8.

10. Waloryzacji będzie podlegać jedynie wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane w terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy.

11. Ewentualna zmiana wysokości wynagrodzenia umownego będzie poprzedzona badaniem dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę i będzie następowała w oparciu o aneks do Umowy, podpisany przez Strony Umowy.

12. W przypadku likwidacji wskaźnika, o którym mowa w ust. 5 lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w ust. 5 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.

13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 i nast., zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz, gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.

14. Zamawiający dokona zapłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia na warunkach i zasadach określonych w § 10 ust. 13 Umowy”.

Zgodnie z § 11 ust. 1-3 PPU:

„1. Dopuszcza się możliwość udzielania zaliczek transzami na roboty budowlane na pisemny wniosek Wykonawcy. Zaliczki mogą być udzielane wyłącznie na roboty objęte odbiorami częściowymi.

2. Pierwsza zaliczka może zostać udzielona po dokonaniu odbioru częściowego, o wartości 15% wynagrodzenie umownego brutto, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

3. Jednorazowa transza zaliczki może być udzielona do wysokości 20% wartości brutto wynagrodzenia, o której mowa w § 6 ust. 1 Umowy”.

W myśl postanowienia § 24 ust. 3 PPU:

„Zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści oferty Wykonawcy jest możliwa poprzez przedłużenie terminów o których mowa w § 5 ust. 1 i 2 Umowy, w przypadku:

1) wystąpienia niemożliwych do przewidzenia niekorzystnych warunków atmosferycznych, potwierdzonych wpisem do dziennika budowy przez Inspektora Nadzoru, uniemożliwiających

prawidłowe wykonanie robót - pod warunkiem wykazania wpływu zaistnienia takich warunków na przyjęty harmonogram realizacji robót;

2) konieczności realizacji robót dodatkowych, robót zamiennych, która udokumentowana będzie zatwierdzonym protokołem konieczności, o czas niezbędny do realizacji tych robót;

3) w sytuacji konieczności wykonania robót niezbędnych do wykonania Przedmiotu Umowy ze względu na zasady wiedzy technicznej, które wstrzymują lub opóźniają realizację przedmiotu umowy;

4) wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji;

5) konieczności wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej;

6) działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron;

7) wystąpienia opóźnień w dokonywaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe instytucje, które nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;

8) wystąpienia opóźnień w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp. jeżeli opóźnienie przekroczy okres przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność;

9) odmowy wydania przez właściwe instytucje decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp. z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę;

10) niemożności wykonywania robót z powodu braku dostępności do miejsc niezbędnych do ich wykonania z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

11) niemożności wykonywania robót, gdy uprawnione instytucje nie dopuszczają do wykonywania robót lub nakazują wstrzymanie robót z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

12) wystąpienia innych opóźnień lub przestojów z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;

13) działania siły wyższej i klęsk żywiołowych uniemożliwiających wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z

postanowieniami Umowy;

14) zmian technologicznych;

15) odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych, rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych, występowania niewybuchów lub niewypałów, napotkania nie zinwentaryzowanych lub błędnie zinwentaryzowanych sieci, instalacji lub innych obiektów budowlanych, które mogą skutkować w świetle dotychczasowych założeń niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy”.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

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.

Stosownie do 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 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

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”.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp „SWZ zawiera co najmniej: (...); 20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Art. 433 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Stosownie do art. 439 ust. 1-2 i ust. 5 ustawy Pzp:

„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 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.

(...)

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

1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;

2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy”.

Zgodnie z art. 5 k.c. „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Art. 58 k.c. stanowi:

„§ 1. 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 wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych

części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana”.

Stosownie do art. 353¹ 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 myśl 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 ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej, odnoszących się do wymogów formalnych odwołania określonych przepisami ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 516 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp „Odwołanie zawiera: (...); 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy; 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności; (...)”.

Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w wyżej wymienionym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Izba jest bowiem związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyrażnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22).

Ponadto zaznaczenia wymaga, że zasada wynikająca z art. 555 ustawy Pzp nie doznaje wyjątku i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i art. 535 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisu tego wywieść należy zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, który z okoliczności sprecyzowanych w odwołaniu chce wywieść określone skutki prawne. Z kolei art. 535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia z urzędu przez Izbę na mocy art. 555 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3600/21, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia

2020 r. o sygn. akt KIO 113/20 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2227/22).

Z uwagi na powyższe Izba odniosła się do zarzutów podniesionych w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca im argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. W niniejszej sprawie nie mogły być wzięte pod uwagę ani nowe okoliczności faktyczne, jako de facto precyzowanie zarzutów odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie, ani zgłoszone na rozprawie dla wykazania tych faktów dowody.

Nadto skład orzekający wskazuje, że wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ, w tym umowy o udzielenie zamówienia publicznego, powinien również w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, gdyż ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień SWZ. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Należy podkreślić, że w sprawie, której przedmiotem jest brzmienie SWZ oraz projektowanych postanowień umowy nie bez znaczenia pozostaje treść żądań odwołującego w zakresie zmiany tych dokumentów, albowiem wyznaczają one zakres dokonywanego rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym – ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SWZ lub postanowień umownych (por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 1987/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt: KIO 401/20, KIO 403/20).

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania tytułem wstępu zasadnym jest zauważenie, że w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp ustawodawca wskazał, co następuje: „(...) Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (...); (...) Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia (...)” (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 84). Zgodnie z powyższym stanowiskiem ustawodawcy kształtuje się orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w swych wyrokach stwierdza, że „(...) celem klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Jednocześnie zauważyć należy, że wprowadzając obowiązek ustanowienia klauzuli waloryzacyjnej w umowie, ustawodawca pozostawił swobodzie zamawiającemu możliwość doprecyzowania jej elementów. Należy również zauważyć, że wykonanie obowiązku z art. 439 PrZamPubl powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu (...)” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1151/22; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2021 r. o sygn. akt KIO 2355/21). Ponadto w wyroku z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 2063/22 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „(...) mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów PrZamPubl w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy (...)”. Z przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie można wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obciążony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Powyższemu przeczy choćby treść art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 235/22).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że chybiony okazał się zarzut Odwołującego, iż w PPU umożliwiające

dokonanie jednokrotnej waloryzacji po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, stoją w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają żadnych zasad czy ograniczeń w ustaleniu początkowego terminu zmiany wynagrodzenia, jak również w zakresie częstotliwości dokonywania waloryzacji (zob. E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 439 ustawy Pzp). Jak bowiem zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1048/22 przepis art. 439 ustawy Pzp nie określa momentu, w którym wykonawca po raz pierwszy może wystąpić z żądaniem i okresów, w których może następować taka zmiana. Przeciwnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika, że to zamawiający w umowie określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia i z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że zamawiający określa okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Ustawodawca pozostawił zatem zamawiającemu prawo do określenia tego terminu początkowego, jak i okresów, w których będzie następować zmiana wynagrodzenia. Ponadto w doktrynie wyrażany jest pogląd, zgodnie z którym „termin ten powinien być określany odrębnie, odpowiednio dla każdej umowy, biorąc przede wszystkim pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i termin jego realizacji. Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę” (tak: M. Jaworowska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2023, art. 439 ustawy Pzp). Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę rozpoznawanej sprawy Izba zauważa, że Zamawiający przyjął, iż przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany w okresie 21 miesięcy (termin zakończenia robót budowlanych) od dnia podpisania umowy (§ 5 ust. 1 PPU), a ostateczny odbiór robót nastąpi w terminie 23 miesięcy od dnia podpisania umowy (§ 5 ust. 2 PPU). Możliwość wystąpienia z wnioskiem o waloryzację – po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (§ 8 ust. 1 PPU), została więc ustalona mniej więcej na połowę okresu trwania inwestycji. Ponadto WZDW wskazał, że wynagrodzenie umowne będzie podlegać waloryzacji jednokrotnie (§ 8 ust. 2 PPU). W ocenie skład orzekającego – w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy – możliwość jednokrotnej waloryzacji uzasadniona jest terminem realizacji przedmiotu umowy – krótszym niż 24 miesiące przy jednoczesnym określeniu, że wykonawca może wystąpić z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia umownego nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Co również istotne – jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – nie narzuca on wykonawcy etapowania prac, technologii wykonania robót, kolejności, tempa ich wykonania. WZDW podniósł również, że w okresie 12 miesięcy obowiązywania umowy zaawansowanie prac wykonawcy na budowie powinno kształtować się na poziomie ok. 50-57%. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że Strabag domagał się modyfikacji § 8 PPU poprzez określenie krótszego terminu, w którym możliwe jest złożenie pierwszego wniosku waloryzacyjnego tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i w konsekwencji wprowadzenia możliwości wielokrotnej waloryzacji, jednak w żaden sposób nie wykazał zasadności swoich twierdzeń. Przede wszystkim Izba wskazuje, że przy rozpoznawaniu niniejszego zarzutu nie mogła wziąć pod uwagę złożonego na posiedzeniu dowodu nr 1 w postaci „Szacunkowego przebiegu realizacji inwestycji – Uproszczonego harmonogramu finansowo-rzeczowego” na okoliczność wykazania wartości robót, które będą realizowane w pierwszym roku inwestycji oraz na okoliczność wykazania, iż przeważająca wartość przerobu będzie przypadać na pierwsze 12 miesięcy realizacji umowy. Należy bowiem zaznaczyć, że rzeczony dowód został powołany celem wykazania faktów, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, a zatem jako nowe okoliczności faktyczne, które de facto precyzują zarzut odwołania po upływie terminu zawitego na jego wniesienie, należało je uznać za spóźnione. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że określenie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy stoi w jawnej sprzeczności z § 8 ust. 13 PPU. Należy podkreślić, że wprowadzenie do PPU obowiązku zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, w sytuacji gdy przedmiotem umowy podwykonawczej są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania takiej umowy przekracza 6 miesięcy, wynika wprost z przepisu art. 439 ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei postanowienie § 8 ust. 13 PPU stanowi literalne odzwierciedlenie treści wyżej wymienionego przepisu. Trafnie podniósł Zamawiający podczas rozprawy, że w żaden sposób nie narzuca on sposobu ukształtowania postawień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, w tym w szczególności w zakresie klauzul waloryzacyjnych. Twierdzenia Strabag odnośnie sprzeczności postanowień § 8 ust. 1 PPU z § 8 ust. 13 PPU należało zatem uznać za bezzasadne. Mając na uwadze wszystko powyższe – w ocenie Izby – Odwołujący nie uzasadnił w sposób przekonujący dlaczego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy pierwsza i jednokrotna zmiana wynagrodzenia po upływie 12 miesięcy od daty wejścia w życie umowy nie spełni celu waloryzacji, wobec czego skład orzekający nie miał podstaw, aby uwzględnić ten element zarzutu odwołania.

Jeżeli chodzi natomiast o ustanowiony przez Zamawiającego w § 8 ust. 4 PPU poziom wskaźnika wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga miejska wojewódzka (klasa G) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na stronie internetowej jego Urzędu – minimum 10%, Izba nie znalazła podstaw do jej podważenia i uznania, że działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp oraz k.c. wskazane przez Strabag w pkt I.1. petitum

odwołania. Zamawiający przewidział możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przywołanego wskaźnika wzrostu lub spadku cen o minimum 10%, podczas gdy zdaniem Odwołującego wskaźnik ten winien zostać ustanowiony na poziomie 3%. Odwołujący nie uzasadnił jednak z jakich powodów uznaje wysokość 3% wskazaną w treści żądania odwołania za adekwatną. Izba przypomina, że w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu niejednokrotnie determinowana jest charakterem lub zakresem żądań. Zatem aby odwołanie w tego rodzaju sprawach mogło zostać uznane za zasadne, powinno oprócz wskazania wadliwości PPU proponowanych przez Zamawiającego, zawierać również uzasadnienie żądania określonej zmiany. Zdaniem Izby przedstawione uzasadnienie omawianego zarzutu odwołania nie korespondowało z wnioskowaną przez Odwołującego zmianą § 8 ust. 4 PPU. Ponadto skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Strabag nie przedstawił wiarygodnych dowodów uzasadniających zbliżenia się poziomu inflacji do 3%. Dowód nr 2 w postaci tabeli i wykresu obrazującego przewidywany przebieg inflacji w okresie realizacji inwestycji, sporządzony z na podstawie danych historycznych, przedłożony przez Odwołującego celem wykazania, iż osiągnięcie wskaźnika na poziomie 10% można spodziewać się dopiero w lutym 2026 r., należy uznać za dokument przedstawiający wyłącznie estymację wskaźników, co zresztą podkreślił sam Strabag podczas rozprawy. Jednocześnie Odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu odwołania najpierw stwierdził, że poziom 10 % jest nierealny do osiągnięcia w terminie umownym, a następnie w dalszej części argumentacji podniósł, że nawet jeśli zostanie osiągnięty to będzie to pod koniec trwania budowy. Co więcej, w tym miejscu Izba wskazuje, że jakkolwiek nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak nie oznacza, iż ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie powinno więc zostać uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków zmiany cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że mając na uwadze dane historyczne publikowane przez GUS w zakresie wskaźnika Ww dla drogi wojewódzkiej miejskiej klasy G oraz aktualną tendencję rynkową nie jest możliwe oszacowanie ceny oferty z uwzględnieniem tych okoliczności (por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1151/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 235/22). Z powyższych względów dowód nr 2 złożony przez Odwołującego przedstawiał dla Izby znikomą moc dowodową i nie mógł przesądzić o uwzględnieniu żądania modyfikacji § 8 ust. 4 PPU w zakresie poziomu wskaźnika wzrostu lub spadku cen. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym „(...) w sytuacji, gdy zamawiający, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy określił poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że poziom ten nie zapewnia ekwiwalentności świadczeń w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów. Artykuł 534 ust. 1 ustawy wskazuje, że strona jest obowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne (...)” (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2022 r. o sygn. akt KIO 1048/22). Tymczasem na podstawie przedstawionego przez Strabag dowodu nr 2 nie sposób bezsprzecznie stwierdzić, że poziom 3% jest poziomem właściwym i dobranym prawidłowo, a poziom 10% zaproponowany przez WZDW nie.

Rozpoznając powyższe zarzuty odwołania Izba wzięła również pod uwagę, że – jak słusznie podniósł Zamawiający – aby zminimalizować obciążenia wykonawcy WZDW wprowadził w § 11 PPU możliwość udzielania zaliczek. Zgodnie z § 11 ust. 2 PPU pierwsza zaliczka może zostać udzielona po dokonaniu odbioru częściowego o wartości 15% wynagrodzenia umownego brutto. Zamawiający trafnie wskazał, że celem wprowadzenia instytucji zaliczek jest m.in.: poprawa płynności finansowej wykonawców, obniżenie kosztów realizacji umowy, brak potrzeby pozyskiwania finansowania i ponoszenia jego kosztów. Tym samym twierdzenia Odwołującego, iż będzie on musiał kredytować przedmiotowy kontrakt należało uznać za nieuzasadnione.

Ponadto odnosząc się do zarzutu nr 2 petitum odwołania skład orzekający wskazuje, że także nie zasługiwał on na uwzględnienie. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy w zakresie niniejszego zarzutu. Należy zauważyć, że w myśl § 8 ust. 10 PPU „Waloryzacji będzie podlegać jedynie wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane w terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy”. W § 5 ust. 1 Umowy określony jest termin zakończenia robót – 630 dni od dnia zawarcia Umowy, z kolei w § 24 PPU WZDW wprowadził warunki oraz zasady, na jakich dopuszczalna będzie zmiana m.in. terminów umownych. Gdy zaistnieje któraś z okoliczności określonych w § 24 ust. 3 PPU, strony w drodze aneksu (a więc zgodnego oświadczenia stron) zmieniają dotychczasowy termin umowny i ustalą nowy. Termin ten będzie nadal terminem umownym. Wśród katalogu okoliczności umożliwiających przedłużenie terminów umownych jest szereg przypadków z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Po analizie treści postanowień § 24 PPU nie sposób zgodzić się zatem z twierdzeniem Odwołującego, że obecne brzmienie § 8 ust. 10 PPU oznacza poniesienie przez wykonawcę całkowitego wzrostu cen we wskazanym czasookresie w sytuacjach przez niego niezawinionych. Słusznie podniósł WZDW podczas rozprawy, że skoro strony decydują się na aneks w zakresie terminu realizacji zamówienia tzn. że przesunięcie czasowe nie

nastąpiło z winy wykonawcy, co znajduje potwierdzenie w brzmieniu § 24 PPU, przede wszystkim ust. 3 tego paragrafu. Reasumując, oczywistym jest, że wynagrodzenie za roboty zrealizowane w terminie umownym, także po zmianie, podlegać będzie waloryzacji zgodnie z § 8 ust. 10 PPU.

Mając na względzie przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....