Sygn. akt: KIO 1272/23

WYROK
z dnia 26 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Beata Pakulska – Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2023 roku przez odwołującego: wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi
przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:
A.Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej,
B.Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1 – 5, 7 – 9 oraz w części w zakresie zarzutu numer 6.
2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
3.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
……
……

Sygn. akt: KIO 1272/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej (nr ref. ZP/14/2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 081-243422.

I. W dniu 5 maja 2023 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec ustalonej przez zamawiającego treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez uzależnienie, w ramach projektowanych postanowień Umowy, dokonania rozliczenia prac od wystawienia Świadectwa Zakończenia Realizacji bez wad (bezusterkowy odbiór robót), również w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);
2. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego dopuszczenia jednostronnej interpretacji umowy przez zamawiającego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a także uwzględnia zbyt dużą uznaniowość działań zamawiającego (zarzut nr 2);
3. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99, art. 431 i art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 647 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy postanowienia dotyczącego zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do zgłaszania roszczeń związanych z lokalizacją terenu budowy (w tym odnoszących się do dodatkowych płatności, korekty ceny czy przedłużenia terminu realizacji), co w konsekwencji prowadzi do niestabilności stosunku zobowiązaniowego i nakłada na wykonawcę zbyt duże ryzyka kontraktowe, niemożliwe do oszacowania przy uwzględnieniu dużej uznaniowości wdrożenia przez zamawiającego tego mechanizmu (zarzut nr 3);
4. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych ze zmianami prawa, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4);
5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 357¹ KC i w zw. z art. 632 § 2 KC poprzez wyłączenie możliwości stosowania klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany Umowy, a w konsekwencji nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych (zarzut nr 5);
6. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 6);
7. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353 KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie możliwości dowolnego wydania polecenia zawieszenia wykonywania umowy przez zamawiającego i ustalenie tzw. wynagrodzenia postojowego na niewspółmiernie niskim poziomie, co stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 7);
8. art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp, art. 434 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC poprzez zastrzeżenie w ramach projektowanych postanowień umowy bezwarunkowej możliwości wypowiedzenia przez zamawiającego umowy, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 8);
9. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353¹ KC w zw. z art. 473§1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC

w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie przez zamawiającego w ramach projektowanych postanowień Umowy: a) kar umownych za nieosiągnięcie etapu Zakończenia Realizacji w Terminie Realizacji i b) górnego limitu wszystkich kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 9).

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w następujący sposób:

W zakresie zarzutu nr 1:

Klauzula 13.3 „Wniosek o wydanie Przejściowego Świadectwa Płatności"

13.3. W terminie 14 (czternastu) dni kalendarzowych od dnia otrzymania od Generalnego Wykonawcy ww. wniosku Inżynier Kontraktu wystawi Przejściowe Świadectwo Płatności, stwierdzające wykonanie odpowiedniej części Prac i zakończenie danego Etapu Realizacji, albo zawiadomi Generalnego Wykonawcę na piśmie o ~~wszystkich~~ stwierdzonych Wadach istotnych jakiejkolwiek części Prac, oraz brakach w wykonaniu prób i inspekcji przewidzianych w Umowie (w szczególności opisanych w KLAUZULI 23, KLAUZULI 24 oraz KLAUZULI 25), a w takim przypadku Inżynier Kontrak może wstrzymać wydanie Przejściowego Świadectwa Płatności. Generalny Wykonawca usunie wówczas te Wady na własny koszt, przeprowadzi brakujące próby i inspekcje, a także powtórzy procedury opisane w KLAUZULI 13.

Klauzula 24.8 „Próby odbiorowe"

Jeżeli Inżynier Kontraktu stwierdzi, że Próby Odbiorowe nie zostały zrealizowane w sposób pomyślny, w związku z wystąpieniem Wad istotnych, zawiadomi o tym Generalnego Wykonawcę. Generalny Wykonawca na własny koszt usunie te Wady i powtórzy odpowiednie Próby Odbiorowe w zakresie oraz terminach uzgodnionych z Inżynierem Kontraktu.

Klauzula 25.3.2 „Zakończenie Realizacji"

Inżynier Kontraktu albo wystawi Świadectwo Zakończenia Realizacji, stwierdzające, że nastąpiło Zakończenie Realizacji albo zawiadomi Generalnego Wykonawcę na piśmie o Wadach istotnych ~~a w szczególności istotnych~~ z punktu widzenia właściwej i bezpiecznej eksploatacji Obiektu. Świadectwo Zakończenia Realizacji jest świadectwem pomyślnego Zakończenia Realizacji zgodnie z Umową i będzie uważane za odebranie Obiektu przez Zamawiającego od Generalnego Wykonawcy.

Klauzula 26.2 „Odpowiedzialność za wady"

Generalny Wykonawca niniejszym udziela Zamawiającemu gwarancji jakości i rękojmi w odniesieniu do całości wykonanych Prac, a w szczególności Obiektu, Urządzeń i Wyposażenia, Usług, Dokumentacji Technicznej oraz Informacji Technicznej lub jakiekolwiek ich rezultatu, w tym ze względu na wymagania ogólne, wymagania szczegółowe oraz wymagania technologiczne określone w PFU, zgodnie z postanowieniami niniejszej KLAUZULI 26. Niespełnianie przez Obiekt wymagań ogólnych, wymagań szczegółowych lub wymagań technologicznych, które w sposób istotny wpływają na funkcjonowanie, eksploatację, wydajność, zmniejszenie wartości lub użyteczność Obiektu, określonych w PFU stanowi wadę istotną. ~~Nie ogranicza to możliwości kwalifikowania innych wad jako wad istotnych.~~"

Klauzula 1 pkt 1.80 „Wady"

„Wady - oznaczają wszelkie wady istotne (w tym wady prawne) ~~lub braki~~ w Pracach, Urządzeniach i Wyposażeniu, Budynkach, Budowlach, jakichkolwiek elementach Obiektu, Dokumentacji Technicznej, Informacji Technicznej, ~~a w szczególności~~ mające negatywny wpływ na funkcjonowanie, eksploatację wydajność lub rezultaty działania bądź inne parametry Obiektu (i/lub jakichkolwiek elementów Obiektu) lub zmniejszające wartość Obiektu (i/lub jakichkolwiek elementów Obiektu) lub jego użyteczność lub powodujące wzrost kosztów konserwacji lub funkcjonowania lub skrócenie bądź jakiekolwiek ograniczenie przewidywanego okresu lub sposobu użytkowania, efektywności lub żywotności Obiektu (i/lub jakichkolwiek elementów Obiektu). ~~W celu uniknięcia wątpliwości za Wady uważa się także awarie.~~"

W zakresie zarzutu nr 2:

Klauzula 2.1 „Dokumenty Umowy"

Wszystkie dokumenty składające się na Umowę są traktowane jako współzależne, uzupełniające się oraz wyjaśniające się wzajemnie. Umowa będzie interpretowana jako całość. O zakresie stosowania poszczególnych postanowień Umowy, PFU oraz pozostałych dokumentów składających się na Umowę decyduje ich zakres rzeczowy, merytoryczny, sens,

wzajemne powiązania i kontekst danych postanowień, a nie wyraźne odesłania lub brak takich odesłań pomiędzy poszczególnymi dokumentami. W szczególności, zawarte w treści Umowy odesłania do określonych postanowień PFU (lub innych dokumentów) i wprowadzenie takich odesłań nie może być interpretowane w ten sposób, że nie mają zastosowania inne postanowienia PFU (lub innych dokumentów), do których Umowa wyraźnie nie odsyła.~~W przypadku wątpliwości Stron w przedmiocie ich interpretacji i stosowania, w odniesieniu w szczególności między poszczególnymi postanowieniami i załącznikami Umowy, Zamawiający jest jednostronnie uprawniony do wskazania rozstrzygającego sposobu interpretacji.~~

W zakresie zarzutu nr 3:

Klauzula 31.2

~~Żadne~~ Dodatkowe płatności ~~ani~~ lub korekty Ceny czy przedłużenia Terminu Realizacji ~~nie~~ będą dokonane na zasadach przewidzianych w niniejszej Umowie, ~~z jakichkolwiek powodów, a w szczególności z powodu wystąpienia warunków hydrologicznych, klimatycznych, geologicznych czy innych uwarunkowań fizycznych Terenu Budowy~~.

Klauzula 9.4

9.4. Generalny Wykonawca potwierdza i udziela zapewnienia Zamawiającemu, że zapoznał się z Terenem Budowy oraz obszarem oddziaływania Obiektu zgodnie z Wymaganiami Ustawowymi, w zakresie niezbędnym do wykonania Umowy oraz posiada wszystkie związane z powyższym informacje, a także przyjął odpowiedzialność za koszty (które w żadnym razie nie będą ponoszone lub zwracane przez Zamawiającego), chyba że pomimo dochowania należytej staranności nie mogły być wykryte, oraz poczynił zadowalające go ustalenia co do innych kwestii związanych z Terenem Budowy, włączając w to między innymi:

- *(a) uformowanie i stan Terenu Budowy, w tym kwestie dotyczące stanu gruntu pod posadowienie wszystkich części Obiektu, wód gruntowych i powierzchniowych cieków wodnych;*
- *(b) warunki ziemne, warunki glebowe z uwzględnieniem wód gruntowych, warunki środowiskowe i wszelkie inne, określone w dokumentach opisujących takie warunki i czynniki dostarczonych przez Zamawiającego, a które mogą mieć potencjalny wpływ na realizację Obiektu przez Generalnego Wykonawcę oraz na zakres prac Generalnego Wykonawcy zgodnie z niniejszą Umową;*
- *(c) zakres, charakter i materiały niezbędne dla wykonania Prac i wykonania jego obowiązków wynikających z Umowy;*
- *(d) dostawę i lokalizację mediów, z zastrzeżeniem procedury Rozruchu, podczas którego media będą dostarczone przez Zamawiającego;*
- *(e) odpowiedni charakter (w tym nośność) dróg dojazdowych, jak również wszelkich środków komunikacji i transportu, a także dostęp do Terenu Budowy; oraz*
- *(f) sprzęt, urządzenia i zasoby środków potrzebnych dla realizacji Prac.*

Ponadto odwołujący wniósł o usunięcie Klauzuli 9.5.

W zakresie zarzutu nr 4:

Odwołujący wniósł o usunięcie Klauzuli 32.

W zakresie zarzutu nr 5:

Klauzula 11.2

11.2. Cena stanowiąca wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją całego Obiektu, w tym wynagrodzenie z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych do wszelkich utworów powstałych w ramach realizacji Prac (w szczególności Dokumentacji Technicznej), koszty uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych (w tym wszelkie opłaty np. opłata skarbowa, opłaty za wycinkę drzew i krzewów etc.) oraz ryzyko Generalnego Wykonawcy z tytułu niedoszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją Prac w tym wymaganej Dokumentacji Technicznej, a także oddziaływanie innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu Prac nie może być podstawą do żądania przez Generalnego Wykonawcę zmiany Ceny. ~~Stron niniejszym zgodnie wyłączają możliwość stosowania art. 357^1 §1 oraz art. 632 §2 Kodeksu Cywilnego.~~

W zakresie zarzutu nr 6:

34.15. Stosownie do treści art. 439 Prawa Zamówień Publicznych Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Obiektu, która może nastąpić według następujących zasad:

(…)

34.15.3. Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny. ~~gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 10% (dziesięć procent) w stosunku do wysokości tato wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.~~

34.15.4. Maksymalna wartość zmiany Ceny, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć kumulatywnie ~~10~~ 15% (~~dziesięciu~~ piętnastu procent) Ceny, określonej w KLAUZULI 11.1. (...)

W zakresie zarzutu nr 7:

Klauzula 35.1

Z uwagi na konieczność zachowania ciągłości funkcjonowania i dostarczania odpadów do istniejącego zakładu ~~lub z innych ważnych przyczyn~~ Zamawiający może wydać polecenia zawieszenia wykonywania przez Generalnego Wykonawcę części lub całości obowiązków wynikających z Umowy, jednak na okres nie dłuższy niż 3 (trzy) miesiące.

Klauzula 35.4

Jeżeli zobowiązania Generalnego Wykonawcy wynikające z Umowy zostaną zawieszone stosownie do zapisów niniejszej KLAUZULI 35, wszystkie uzasadnione i udokumentowane koszty poniesione przez Generalnego Wykonawcę w wyniku takiego zawieszenia będą zapłacone Generalnemu Wykonawcy przez Zamawiającego dodatkowo do Ceny ~~przy czym nie więcej niż 5 000,00 złotych (słownie: pięć tysięcy złotych) za każdy dzień zawieszenia~~. Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości zawieszenie nie wpłynie na prawo Generalnego Wykonawcy do otrzymania płatności za Prace wykonane przed zawieszeniem oraz za Prace w toku zgodnie z Programem Prac i za Prace wykonane po zawieszeniu, jeżeli wykonanie tych Prac wyniknie z procesu technologicznego lub ma na celu zmniejszenie kosztów zawieszenia.

W zakresie zarzutu nr 8:

Odwołujący wniósł o usunięcie Klauzuli 36.1.1.

W zakresie zarzutu nr 9:

Klauzula 38.3

Wysokość Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę Zamawiającemu za nieosiągnięcie etapu Zakończenia Realizacji w Terminie Realizacji nie przekroczy ~~30~~ 10% (~~trzydziestu~~ dziesięciu procent) Ceny, a łączna kwota wszystkich Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę nie przekroczy ~~40~~ 15% (~~czterdziestu~~ piętnastu procent) Ceny.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 maja 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że:

- uwzględnia w całości zarzuty oznaczone nr 1, 3, 5 oraz 8 i modyfikuje postanowienia SWZ zgodnie z żądaniem odwołującego,
- uwzględnia w części zarzuty oznaczone nr 2, 4, 6, 7 oraz 9 i dokonuje następujących modyfikacji SWZ:

W odniesieniu do zarzutu nr 2:

Klauzula 2.1

Wszystkie dokumenty składające się na Umowę są traktowane jako współzależne, uzupełniające się oraz wyjaśniające się wzajemnie. Umowa będzie interpretowana jako całość. O zakresie stosowania poszczególnych postanowień Umowy, PFU oraz pozostałych dokumentów składających się na Umowę decyduje ich zakres rzeczowy, merytoryczny, sens, wzajemne powiązania i kontekst danych postanowień, a nie wyraźne odesłania lub brak takich odesłań pomiędzy poszczególnymi dokumentami. W szczególności, zawarte w treści Umowy odesłania do określonych postanowień PFU (lub Innych dokumentów) i wprowadzenie takich odesłań nie może być interpretowane w ten sposób, że nie mają zastosowania inne postanowienia PFU (lub innych dokumentów), do których Umowa wyraźnie nie odsyła. W przypadku wątpliwości Stron w przedmiocie ich interpretacji i stosowania w odniesieniu w szczególności miedzy poszczególnymi postanowieniami i załącznikami Umowy, Zamawiający wskazuje, iż pierwszeństwo interpretacji ma PFU a następnie Umowa i reszta załączników.

W odniesieniu do zarzutu nr 4:

Klauzula 32

Jeżeli po zawarciu Umowy wejdą w życie jakiekolwiek Wymagania Ustawowe (co obejmuje także wszelkie zmiany interpretacji lub stosowania przepisów przez kompetentne organy) niezależne od Stron i mające bezpośredni wpływ na wykonanie Umowy, wszelkie ryzyko związane ze z powyższymi zmianami będzie obciążało Generalnego Wykonawcę, chyba że Generalny Wykonawca powiadomi o tym fakcie Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 60 dni od dnia wystąpienia zmiany.

W odniesieniu do zarzutu nr 6:

Klauzula 34.15.3

34.15.3. Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny, gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 8% (osiem procent) w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.

Klauzula 34.15.4

34.15.4. Maksymalna wartość zmiany Ceny, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć kumulatywnie 15% (piętnastu procent) Ceny, określonej w KLAUZULI 11.1.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 :

Klauzuli 35.1

Z uwagi na konieczność zachowania ciągłości funkcjonowania i dostarczania odpadów do istniejącego zakładu Zamawiający może wydać polecenia zawieszenia wykonywania przez Generalnego Wykonawcę części lub całości obowiązków wynikających z Umowy na okres proporcjonalny do czasu trwania podstawy zawieszenia.

Klauzula 35.4

Jeżeli zobowiązania Generalnego Wykonawcy wynikające z Umowy zostaną zawieszone stosownie do zapisów niniejszej KLAUZULI 35, wszystkie uzasadnione i udokumentowane koszty poniesione przez Generalnego Wykonawcę w wyniku takiego zawieszenia będą zapłacone Generalnemu Wykonawcy przez Zamawiającego dodatkowo do Ceny przy czym nie więcej niż 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każdy dzień zawieszenia. Dla uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości zawieszenie nie wpłynie na prawo Generalnego Wykonawcy do otrzymania płatności za Prace wykonane przed zawieszeniem oraz za Prace w toku zgodnie z Programem Prac i za Prace wykonane po zawieszeniu, jeżeli wykonanie tych Prac wyniknie z procesu technologicznego lub ma na celu zmniejszenie kosztów zawieszenia.

W odniesieniu do zarzutu nr 9:

Klauzula 38.3

Wysokość Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę Zamawiającemu za nieosiągnięcie etapu Zakończenia Realizacji w Terminie Realizacji nie przekroczy 15% (piętnastu procent) Ceny, a łączna kwota wszystkich Kar Umownych do zapłacenia przez Generalnego Wykonawcę nie przekroczy 20% (dwudziestu procent) Ceny.

W zakresie nieuwzględnionym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili:

- wykonawca Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku – Białej,
- wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego:

- w całości zarzutów nr 1, 3, 5 oraz 8,
- w części zarzutów nr 2, 4, 6, 7 oraz 9 oraz wycofania przez odwołującego zarzutów odwołania w pozostałym zakresie, za wyjątkiem części zarzutu nr 6 dotyczącego Klauzuli 34.15.3

postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. art. 522 ust. 3 oraz 4

ustawy Pzp stosowanymi odpowiednio.

W ramach uzasadnienia zarzutu nr 6, w części nieuwzględnionej przez zamawiającego, odwołujący stwierdził m.in., że zastosowanie tzw. „aktywatora", przewidzianego przez zamawiającego w Klauzuli 34.15.3, w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego najczęstsza praktyka zamawiających zakłada całkowitą rezygnację z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów: a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa", nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, wybranych jako referencyjne w omawianym dokumencie; b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zaproponowanego przez zamawiającego modelu, może nigdy nie znaleźć zastosowania biorąc pod uwagę, że zamawiający przewidział referencyjny okres 6 miesięcy w odniesieniu do daty zawarcia umowy, przy czym pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy. W ocenie odwołującego, wprowadzenie takiego dodatkowego warunku w postaci aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji - w całości, lub w określonej części. Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia.

W ramach projektu umowy zamawiający przewidział następujące postanowienia:

34.15. Stosownie do treści art. 439 Prawa Zamówień Publicznych Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Obiektu, która może nastąpić według następujących zasad:

34.15.1. Sposób ustalania zmiany Ceny – miernikiem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za ostatni kwartał poprzedzający wniosek o waloryzację.

34.15.2. Waloryzacja Ceny w oparciu o wskaźnik wskazany w KLAUZULI 34.15.1 będzie następowała nie częściej niż raz na 6 (sześć) miesięcy licząc od miesiąca, w którym zawarto Umowę – pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy może nastąpić po upływie 12 (dwunastu) miesięcy od dnia podpisania Umowy.

34.15.3. Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny, gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 10% (dziesięć procent) w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.

34.15.4. Maksymalna wartość zmiany Ceny, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć kumulatywnie 10% (dziesięciu procent) Ceny, określonej w KLAUZULI 11.1.

34.15.5. W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w KLAUZULI 34.15.2 Strona występująca o zmianę Ceny winna złożyć drugiej Stronie Wniosek Propozycji Zmiany zawierające szczegółowe kalkulacje obrazujące, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego wskaźnika wpłynęła na koszty wykonania Umowy. Wniosek Propozycji Zmiany dotyczy wyłącznie wynagrodzenia należnego za zakres Prac wykonanych po upływie okresu, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2.

34.15.6. W terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia otrzymania Wniosku Propozycji Zmiany, Strona która wniosek otrzymała przekaże drugiej Stronie informację o zakresie, w jakim zatwierdza wniosek oraz wskaże kwotę, o którą Cena powinna ulec zmianie, albo informację o niezatwierdzeniu Wniosku Propozycji Zmiany wraz z uzasadnieniem.

34.15.7. Generalny Wykonawca zobowiązany będzie do dokonania odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia Podwykonawców, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania danego Podwykonawcy wg powyższych zasad, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

(a) przedmiotem umowy podwykonawczej są roboty budowlane lub usługi,

(b) okres obowiązywania umowy podwykonawczej przekracza 6 (sześć) miesięcy.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że modyfikuje treść Klauzuli 34.15.3 w następujący sposób:

34.15.3. Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny, gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 8% (osiem procent) w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu

składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że zastosowanie przez zamawiającego w ramach projektowanych postanowień umowy tzw. aktywatora stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przewidzenia tego rodzaju rozwiązania w umowach na okres dłuższy niż 6 miesięcy wynika wprost z przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 ustawy Pzpumowa, 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. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w umowie określa się 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. Rozwiązanie polegające na określeniu w umowie w sprawie zamówienia publicznego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniającego stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, stanowi zatem obligatoryjny element umowy, o której mowa powyżej. W uzasadnieniu do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm VIII kadencji, druk nr 3624) stwierdzono: *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*. Odrębną kwestię stanowi natomiast wysokość wskaźnika wprowadzonego przez zamawiającego do projektu umowy na podstawie art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, która może podlegać ocenie w postępowaniu odwoławczym i sądowym. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 1166) wskazano:*Ustawodawca nie przesądził, czy poziom zmian cen ma być określany procentowo, czy kwotowo. Możliwe są zatem obydwie formy. Przykładowo zamawiający określi, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia. Ustawodawca nie określił również ani minimalnego, ani maksymalnego poziomu zmiany. Innymi słowy uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia nie powstanie w przypadku dowolnej zmiany ceny materiałów lub kosztów, a tylko w przypadku osiągnięcia określonego przez zamawiającego w umowie poziomu. Ocena, czy określony przez zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do wystąpienia z żądaniem zmiany wynagrodzenia jest odpowiedni, musi uwzględniać specyfikę danej branży, uwarunkowania danego zamówienia, jego przedmiot i elementy, które mogą znacząco wpływać na równowagę ekonomiczną stron w toku realizacji zamówienia*. Wymaga zauważenia, że celem klauzul waloryzacyjnych w umowach w sprawie zamówienia publicznego nie jest całkowite wyeliminowanie ryzyka związanego ze zmianą cen lub kosztów, lecz jego ograniczenie. Zastosowanie klauzul waloryzacyjnych ma prowadzić do przywrócenia równowagi kontraktowej, zachwianej w wyniku obciążenia jednej ze stron nadmiernym ryzykiem kontraktowym. Równowaga ta przejawia się między innymi tym, że ryzyko zmian okoliczności towarzyszących realizacji umowy powinno być ponoszone przez obydwie strony umowy. Obciążenie wykonawcy nadmiernym ryzykiem kontraktowym jest niekorzystne również dla zamawiającego. Zastosowanie zbyt rygorystycznego rozwiązania, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, prowadzić będzie do nadmiernego zabezpieczenia ryzyka kontraktowego wykonawcy w cenie ofertowej, co należy uznać za niekorzystne z punktu widzenia finansowych publicznych. Jednocześnie, należy zauważyć, że wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego traktuje się jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Powinnością takiego wykonawcy jest dokonanie oceny ryzyka związanego z realizacją danego kontraktu. Jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie: *W okresie między powstaniem zobowiązania a jego wykonaniem mogą zaistnieć rozmaite zmiany stosunków społeczno-gospodarczych. Zdecydowana większość z nich ma charakter typowy. Ponieważ mieści się w normalnych warunkach obrotu cywilnoprawnego i jest objęta tzw. zwykłym ryzykiem kontraktowym, nie ma żadnego wpływu na obowiązki związane z wykonywaniem zobowiązań.* (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 30, Warszawa 2022 kom. do art. 357[1] KC). *Nie ulega wątpliwości, że strony zawierające umowę muszą ponieść „zwykłe ryzyko kontraktowe", jakie wiąże się ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych.* (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 października 2017 r. I ACa 435/17). Jak wskazuje się w piśmiennictwie *w celu dochowania należytej staranności, przed dokonaniem kalkulacji ceny oferty, wykonawca powinien adekwatnie do sytuacji przeanalizować, m.in.:*

- *–informację na temat skali planowanych i realizowanych zamówień determinujących popyt na czynniki produkcji budowlanej;*
- *–prognozy prospektywne zmiany cen i stawek czynników produkcji budowlanej, ceny robót budowlanych oraz obiektów budowlanych (…);*

- *projekcję wskaźników makroekonomicznych opracowywanych przez instytucje finansowe i ośrodki analityczno-badawcze* (L. Więcław – Bator, Pozasądowa waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy, Kontrola Państwowa nr 5/2022).

Podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przewidzenie w projekcie umowy postanowienia przewidującego instytucję tzw. aktywatora nie podlegał uwzględnieniu, gdyż zastosowanie tego rodzaju rozwiązania zostało przewidziane w przepisie art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jako obligatoryjny element umowy. Ww. zarzut, jak i odpowiadające mu żądanie, nie były nakierowane na obniżenie tego wskaźnika, lecz jego całkowite usunięcie z projektu umowy. Odwołujący nie zaproponował obniżenia tzw. aktywatora do określonego poziomu, jak i nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego żadnych analiz ekonomicznych w zakresie prognozowanych zmian cen, które mogłyby stanowić podstawę ustalenia tego wskaźnika przez Izbę na niższym poziomie niż ostatecznie przewidziany przez zamawiającego. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do przedstawienia wyłącznie danych historycznych, co należy uznać za niewystarczające.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że zarzut nr 6 – w części nieuwzględnionej przez zamawiającego – podlegał oddaleniu. W związku z tym, Izba orzekła jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 2 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

……

……