

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2025 r. przez Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z/s w Gdyni** (ul. Rotterdamska 9, 81337 Gdynia)

- Uczestnik po stronie Odwołującego: **PORR S.A. z/s w Warszawie** (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa);

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z punktu l.1. 1) odwołania; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie** (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków) i:
 - 2.1. 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 4.628 zł 95 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz tytułem kosztów dojazdu jego pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z/s w Gdyni** (ul. Rotterdamska 9, 81337 Gdynia) kwotę 4.628 zł 95 gr (słownie: cztery tysiące sześćset dwadzieścia osiem złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz tytułem kosztów dojazdu jego pełnomocników na posiedzenie i rozprawę w kwocie 1.028 zł 95 gr.

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.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25.04.2025 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z/s w Gdyni**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: *„Rozbudowa Stanowiska Przeładunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia w formule zaprojektuj i wybuduj”*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16.04.2025 r. Nr 250244-2025. Odwołujący podał, że wnosi odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp ustalenie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 5 do SWZ – warunki umowne w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty:

- 1) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie w rozdz. IX ust 4 pkt 1 lit d) SWZ oraz w ogłoszeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem wykazania wykonaniem robót budowlanych, których przedmiotem było wykonanie instalacji przeładunku paliw płynnych bez możliwości wykazania wykonania „instalacji przeładunku lub przesyłu paliw płynnych lub gazowych”.
- 2) naruszenie art. 99 ust 1 Pzp oraz 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2,3 oraz art. 8 ust. 1 pzp, w zw. 3531 kc w zw. z art. 647 kc i art. 649 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i przerzucenia na Wykonawcę ryzyka w zakresie w jakim ponosi on wszelką odpowiedzialność za odstąpienie, sprawdzenie, wydobycie i zagospodarowanie obiektów ferromagnetycznych na koszt wykonawcy ponad wstępny raport tj. opracowanie informacyjne o jakim mowa w załączniku nr 21 do SWZ co nie daje

podstaw do oszacowania ryzyka z tego tytułu a zapisy umowy są sprzeczne i niejasne w zakresie możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

3) naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3531 kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie w postanowieniu § 16 ust 6 łącznego limitu kar umownych na poziomie 30%, który odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany. Ponadto stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy,

4) art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie warunków waloryzacji w § 28 wzoru umowy w sposób oderwany od realiów rynkowych i uniemożliwiających waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów w zakresie w jakim Zamawiający:

a) wyznacza zbyt wysoki próg zmiany wskaźnika uprawniający do waloryzacji co oznacza, że zmiana wynagrodzenia nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowych zmieni się o co najmniej 5%,

b) Zamawiający przewidział pozorny mechanizm waloryzacji poprzez: brak wskazania początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, nieprecyzyjnie określony wskaźnik, dokonanie waloryzacji każdorazowo w oparciu o wskaźnik ukazujący zmiany cen materiałów i kosztów w stosunku do tych cen sprzed 12 miesięcy zamiast do dnia złożenia oferty,

c) ustalił łączną maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia na skutek zmiany wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej (w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) na poziomie 5 % wynagrodzenia,

d) przewidział możliwość waloryzacji jedynie raz w roku, w okresach 12miesięcznych od daty zawarcia umowy podczas gdy ustawodawca przewiduje że waloryzacji podlegają umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy co uzasadnia waloryzację wynagrodzenia w okresach nie dłuższych niż 6 miesięcy,

co stanowi o ustaleniu warunków zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

II. Wnioski:

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

- zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień wzoru umowy stanowi wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający;

- Odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia, tj. w Ogłoszeniu, SWZ, OPZ i warunkach umownych, a także w innych dokumentach zamówienia.

Ad. 1. w zakresie warunku udziału wnosimy o nadanie brzmienia odpowiednio rozdz. IX ust 4 pkt 1 lit d SWZ oraz odpowiedniego brzmienia ogłoszenia w następujący sposób:

Było:

d) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie instalacji przeładunku paliw płynnych, o wartości robót nie mniejszej niż 20 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów zł 00/100) brutto;

jest:

d) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie instalacji przeładunku lub przesyłu paliw płynnych lub paliw gazowych, o wartości robót nie mniejszej niż 20 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia milionów zł 00/100) brutto;

Ad. 2 w zakresie brzmienia § 6 ust 14 pkt 36 umowy oraz korelującego z nim § 19 ust 1 pkt 9 lit c umowy wnosimy o takie ukształtowanie postanowień umowy aby wykonawca nie ponosił ryzyka wydobycia ferromagnetyków w ilościach znacznie przekraczających ilości wynikające z przekazanego mu informacyjnego opracowania stanowiącego zał. Nr 21 do SWZ: Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeładunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia , Explosiv, styczeń 2025 oraz aby zapisy umowy uprawniały do zmiany umowy w takim zakresie:

było

§ 6 ust 14 pkt 36) wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi i fundamentowymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przystąpienie do robót czerpalnych lub fundamentowych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych i fundamentowych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych lub fundamentowych zalegania niebezpiecznych obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż

zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne;

jest :

§ 6 ust 14 pkt 36) wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi i fundamentowymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przystąpienie do robót czerpalnych lub fundamentowych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych i fundamentowych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych lub fundamentowych zalegania niebezpiecznych obiektów ferromagnetycznych w ilościach przekraczających przekazanych na etapie postępowania zał. Nr 21 do SWZ: Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeładunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia , Explosiv, styczeń 2025, Wykonawca uprawniony będzie do wystąpienia o zmianę umowy stosownie do § 19 umowy zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne;

było:

§ 19 ust 1 pkt 9 lit c) Dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy, w szczególności zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy, zakresu Robót, lokalizacji Robót w sytuacji:

- wystąpienia innych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w dokumentacji projektowej, powodujących konieczność zmiany sposobu wykonania przedmiotu Umowy;
- wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk archeologicznych, które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w Umowie; Jest:

§ 19 ust 1 pkt 9 lit c) Dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy, w szczególności zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy, zakresu Robót, lokalizacji Robót, zmiana terminu oraz wynagrodzenia w sytuacji:

- wystąpienia innych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w dokumentacji projektowej, powodujących konieczność zmiany sposobu wykonania przedmiotu Umowy;
- wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk archeologicznych, oraz obiektów ferromagnetycznych o jakich mowa w § 6 ust 14 pkt 36 w ilościach przekraczających ilości wskazane w opracowaniu: „Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeładunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia , Explosiv, styczeń 2025” stanowiącym Załącznik nr 21 do SWZ które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w Umowie;

Ad. 3 zmianę paragrafu § 16 ust 6 umowy poprzez zmianę limitu kar:

było:

Strony ustalają maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić na podstawie niniejszej Umowy na poziomie 30% (słownie: trzydzieści) całkowitego wynagrodzenia brutto

jest:

Strony ustalają maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić na podstawie niniejszej Umowy na poziomie 10% (słownie: dziesięć) całkowitego wynagrodzenia brutto

Ad. 4 – w zakresie brzmienia § 28 ust. 1 i § 28 ust. 2 umowy wnosimy o nadanie brzmienia jak poniżej; dla czytelności przytaczamy brzmienie całych ustępów z oznaczeniem kolorem czerwonym zmian w stosunku do tekstu pierwotnego:

1.Niezależnie od postanowień § 19 ust. 1 pkt 5) lit. a) – d) Umowy wynagrodzenie ryczałtowe pozostałe do wypłaty, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy, może być corocznie jednorazowo waloryzowane (zwiększone lub zmniejszone) w okresach 12 6 - miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego), przy zastosowaniu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogółem za ostatnie 12 miesięcy różnego niż 100, dotyczącego kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca poprzedzającego złożenia wniosku, w przypadku kolejnych waloryzacji – od miesiąca dokonania poprzedniej waloryzacji, na podstawie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w układzie miesiąc poprzedni = 100 ogłaszanych ogłaszanego w informacjach sygnałnych odpowiedniego organu statystycznego, którym na dzień zawarcia umowy jest Prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Waloryzacja wynagrodzenia stanowi zmianę Umowy i wymaga formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności i będzie dokonana wg poniższych zasad:

1)waloryzacja może obejmować wyłącznie wynagrodzenie za tę część Przedmiotu Umowy, która w dniu upływu okresów 12-to 6-

miesięcznych wskazanych w ust. 1, nie została jeszcze wykonana;

2)wzrost wynagrodzenia Wykonawcy możliwy jest pod warunkiem realizacji prac i Robót zgodnie z Harmonogramem rzeczowofinansowym, na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego;

3)waloryzacji dokonuje się, jeżeli wskaźnik wskazany w ust. 1, liczony od dnia otwarcia ofert do z miesiąca

poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, wynosić będzie co najmniej –103 105 (wzrost cen o 3% 5%), lub co najwyżej 97 95 (spadek cen o 3% 5%);

4) maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej może wynosić (+/-) 15% 5% w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 13 ust. 1 Umowy. 2. Po spełnieniu warunków z ust. 1 powyżej, w przypadku, wzrostu cen – wynagrodzenie Wykonawcy zostanie

a) powiększone według następującego wzoru:

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

gdzie:

Wz – oznacza wynagrodzenie netto pozostałe do wypłaty Wykonawcy w zmienionej wskutek waloryzacji wysokości,

Wp – oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy,

Ww – oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto objętego wszystkimi fakturami Wykonawcy wystawionymi przed dniem wpływu wniosku Wykonawcy, o którym mowa w ust. 3, do

Zamawiającego,

R - oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 3 poniżej, równą lub większą niż 103 105. R nie może przyjąć wartości ujemnej.

b) pomniejszone według następującego wzoru:

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

gdzie:

Wz – oznacza wynagrodzenie netto pozostałe do wypłaty Wykonawcy w zmienionej wskutek waloryzacji wysokości,

Wp – oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy,

Ww – oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto objętego fakturami Wykonawcy wystawionymi przed dniem doręczenia informacji Zamawiającego, o której mowa w ust. 4, do Wykonawcy,

R - oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, o której mowa w ust. 4 poniżej, równą lub mniejszą niż 97 95. R nie może przyjąć wartości ujemnej. III. Interes we wniesieniu odwołania i szkoda Odwołującego.

Wykonawca podał: „Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w dokumentacji niniejszego Postępowania, w szczególności w warunkach umownych są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do warunków umownych postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność. Dotyczy to w szczególności przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za wydobycie obiektów ferromagnetycznych których ilości nie da się przewidzieć ani ustalić na obecnym etapie, ustanowienia wygórowanych limitów kar umownych czy ustanowienia pozornego mechanizmu waloryzacji. Ponadto Odwołujący podnosi, że niezgodne z przepisami są także nadmierne i ograniczające konkurencję wymogi związane z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie wykonania robót polegających wyłącznie na wykonaniu instalacji przeladunku a nie przesylu. Z uwagi na powyższe, skoro treść dokumentów Postępowania, w tym warunków umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, w tym wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

UWAGI OGÓLNE

1. Odwołujący podkreśla, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest, by Postępowanie zostało przeprowadzone, a Zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków umowy daje gwarancję należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy – zainteresowanego należywym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych. W obszarze zainteresowań wykonawcy jest również oczywiście osiągnięcie zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

2. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady

swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353 (1) Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

3. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353 (1) oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

4. Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, że negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

5. Mając na uwadze powyższe – Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania, dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz postanowień wzoru umowy o zamówienie publiczne, przedstawionych przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

Ad. 1. nadmierne i nieproporcjonalne warunki udziału w zakresie doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych

6. Zamawiający nieadekwatnie zawęży warunek udziału w rozdz. IX ust 4 pkt 1 lit d SWZ zakresie zdolności technicznej i zawodowej do wykonania wyłącznie instalacji przeładunku paliw płynnych podczas gdy odpowiednie doświadczenie będzie miał też wykonawca wykonujący instalacje przepływowe paliw płynnych lub paliw gazowych.

7. Roboty polegające wyłącznie na przeładunku paliw płynnych znacząco ograniczają konkurencję w postępowaniu do producentów gotowych rozwiązań. W przypadku instalacji do przeładunku mamy do czynienia wyłącznie z ramionami nalewaków, natomiast cała pozostała instalacja to jest instalacja przepływowa, którą muszą zbudować wykonawcy robót budowlanych. Ramiona do przeładunku produkują specjalistyczne firmy, które dostarczają gotowy produkt na miejsce i jest to przedmiot dostawy, a nie wykonania instalacji. Tym samym należy stwierdzić, iż równoważne a nawet większe doświadczenie będzie posiadał wykonawca realizujący roboty związane z budową instalacji przesyłu paliw płynnych czy też paliw gazowych. Paradoksalnie „lepsze doświadczenie” będzie też wyrazem dopuszczenia większej ilości wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, którzy nie tylko dostarczali gotowe instalacje do przeładunku, ale także wykonywali właściwe roboty pod instalację przepływu paliw.

8. Zgodnie z ustawą z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, instalacje związane z paliwami ciekłymi dzielą się na różne kategorie, w tym instalacje przeładunku oraz przesyłu paliw ciekłych. Bazując na definicjach instalacji oraz ich elementów składowych w myśl art. 3 pkt 10g ustawy – Prawo energetyczne, instalacja przeładunku paliw ciekłych to: „instalacja używana do rozładunku lub załadunku paliw ciekłych na cysterny drogowe, cysterny kolejowe, cysterny kontenerowe lub statki”.

Elementy składowe:

Instalacja przeładunku paliw ciekłych obejmuje:

- Ramiona przeładunkowe: specjalistyczne urządzenia umożliwiające bezpieczne załadunek i rozładunek paliw.
- Pompy i zawory: urządzenia kontrolujące przepływ paliwa podczas przeładunku.
- Rurociągi łączące: przewody łączące ramiona przeładunkowe z magazynami lub innymi elementami infrastruktury.
- Systemy bezpieczeństwa: instalacje przeciwwybuchowe, systemy detekcji wycieków, zawory bezpieczeństwa.
- Systemy monitoringu i kontroli: urządzenia do monitorowania parametrów procesu przeładunku, takich jak przepływ, ciśnienie czy temperatura.

9. Natomiast Instalacja przesyłu paliw ciekłych zgodnie z art. 3 pkt 4 lit. b ustawy – Prawo energetyczne to: „transport paliw ciekłych siecią rurociągów”.

Elementy składowe:

Instalacja przesyłu paliw ciekłych obejmuje:

- Rurociągi przesyłowe: sieci rur o dużej średnicy, przystosowane do transportu paliw ciekłych na duże odległości.
- Stacje pomp: urządzenia zapewniające odpowiednie ciśnienie i przepływ paliwa w rurociągu.
- Zawory i urządzenia kontrolne: umożliwiające regulację przepływu, odcinanie sekcji rurociągu oraz monitorowanie parametrów przesyłu.
- Systemy monitoringu i detekcji wycieków: zapewniające bezpieczeństwo eksploatacji poprzez wczesne wykrywanie

nieprawidłowości.

•Infrastruktura wspomagająca: takie jak stacje rozdzielcze, punkty odbioru i przekazu paliwa, systemy komunikacji i zasilania.

10.Poniżej przedstawiamy tabelę, w której zestawiamy poszczególne a wyżej wymienione elementy instalacji:

| Instalacja przeładunku – elementy składowe | Instalacja przesyłu – elementy składowe |
|--|---|
| Ramiona przeładunkowe: specjalistyczne urządzenia umożliwiające bezpieczne załadunek i rozładunek paliw. | Zawory i urządzenia kontrolne: umożliwiające regulację przepływu, odcinanie sekcji rurociągu oraz monitorowanie parametrów przesyłu Infrastruktura wspomagająca: takie jak stacje rozdzielcze, punkty odbioru i przekazu paliwa, systemy komunikacji i zasilania |
| Pompy i zawory: urządzenia kontrolujące przepływ paliwa podczas przeładunku. | Stacje pomp: urządzenia zapewniające odpowiednie ciśnienie i przepływ paliwa w rurociągu |
| Rurociągi łączące: przewody łączące ramiona przeładunkowe z magazynami lub innymi elementami infrastruktury | Rurociągi przesyłowe: sieci rur o dużej średnicy, przystosowane do transportu paliw ciekłych na duże odległości |
| Systemy bezpieczeństwa: instalacje przeciwwybuchowe, systemy detekcji wycieków, zawory bezpieczeństwa | Systemy monitoringu i detekcji wycieków: zapewniające bezpieczeństwo eksploatacji poprzez wczesne wykrywanie nieprawidłowości |
| Systemy monitoringu i kontroli: urządzenia do monitorowania parametrów procesu przeładunku, takich jak przepływ, ciśnienie czy temperatura | Stacje pomp: urządzenia zapewniające odpowiednie ciśnienie i przepływ paliwa w rurociągu Zawory i urządzenia kontrolne: umożliwiające regulację przepływu, odcinanie sekcji rurociągu oraz monitorowanie parametrów przesyłu |

Jak wynika z powyższego zestawienia, zarówno wykonanie instalacji przeładunku, jak i instalacji przesyłu, zawiera wykonanie podobnych elementów tzn. o zbliżonych funkcjach, parametrach i formie. Powyższe prowadzi do stwierdzenia, że doświadczenia i wiedza uzyskane przy realizacji instalacji przesyłu pozwala z powodzeniem wykonywać również instalację przeładunkową.

11.Uwzględniając powyższe definicje i elementy składowe, warto rozważyć zmianę zapisu dotyczącego wymagań referencyjnych w dokumentacji przetargowej. Obecne ograniczenie do instalacji przeładunku paliw płynnych może nie odzwierciedlać pełnego zakresu prac realizowanych w projektach infrastrukturalnych związanych z paliwami ciekłymi lub gazowymi. Włączenie instalacji przesyłu paliw do wymagań referencyjnych pozwoli na uwzględnienie doświadczenia firm, które realizowały kompleksowe projekty, obejmujące zarówno elementy przeładunkowe, jak i przesyłowe. Taka zmiana może zwiększyć konkurencyjność postępowania przetargowego oraz zapewnić udział wykonawców posiadających odpowiednie kompetencje i doświadczenie w realizacji kompleksowych instalacji paliwowych.

12.Dodatkowo wnioskujemy o rozszerzenie zapisu w zakresie referencji o paliwa gazowe jak w propozycji zapisu warunków dotyczących doświadczenia.

13.Należy zauważyć, że przepisy prawne określające wymogi stawiane instalacjom paliwowym, nie rozróżniają podziału na inne wymagania w zakresie paliw płynnych, czy gazowych, ponieważ wszystkie te paliwa są transportowane, przeładowywane lub przesyłane w takiej samej technologii różniące się jedynie warunkami ciśnienia oraz parametrów pracy urządzeń..

14.Co więcej, instalacjom paliw gazowych stawiane są często bardziej rygorystyczne warunki parametrów pracy niż instalacjom paliw płynnych, gdyż wymagają one instalacji o większych ciśnieniach oraz większych środków bezpieczeństwa, natomiast sposób i rodzaj rozładunku, czy przesyłu paliwa jest taki sam.

15.W związku z powyższym zdaniem Odwołującego zawężanie zapisów dotyczących referencji tylko do instalacji przeładunku paliw płynnych, jest nieadekwatne do przedmiotowego zadania oraz doświadczenia przy realizacji instalacji infrastrukturalnych i przesyłowych na innych inwestycjach, takich jak: instalacje rafineryjne, gazociągi, stacje przepompowe paliw płynnych czy gazowych, instalacje do regazyfikacji gazu płynnego.

16.W myśl art. 112 ust 1 ustawy Pzp „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ustawodawca wprost nadmienia w przepisie o minimalnych poziomach zdolności, a więc takich, których osiągnięcie zapewni zamawiającemu, że kontrakt publiczny

zdobędzie wykonawca wiarygodny (tak m.in. KIO w wyr. z 25.5.2020 r., KIO 457/20, Legalis).

17. Należy podkreślić, iż zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. (Tak red. M.J., D.G., J.J., A.M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2023, legalis.pl).

18. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania (tak m.in. wyrok KIO z 4.3.2021 r., KIO 356/21).

19. Owa proporcjonalność warunków udziału dotyczy nie tylko odniesienia do wartości, zakresu czy stopnia złożoności zamówienia ale także sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas zrealizowanych zamówień). Każdy wykonawca, który wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu przynajmniej na minimalnym poziomie wskazanym przez zamawiającego, będzie uznany za posiadającego zdolności niezbędne do należytego wykonania zamówienia (Tak red. M.J., D.G., J.J., A.M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2023, legalis.pl).

20. Należy zatem uznać, że wykonawca wykonujący inne porównywalne instalacje jak instalacja przesyłu (przepływu) paliwa będzie miał co najmniej minimalną wiedzę i doświadczenie aby wykonać przedmiot niniejszego Postępowania. Ma to też znaczenie w kontekście dopuszczenia do udziału wykonawców, którzy wykonywali podobne roboty w okresie ostatnich 10 lat. Z pewnością nie wywoła to ryzyka nienależytego wykonania zamówienia a będzie sprzyjało zwiększeniu konkurencyjności wśród profesjonalnych podmiotów, co przełoży się na ilość złożonych ofert jak i ich cenę.

21. Należy również pamiętać, że Zamawiający ma narzędzia aby dokonać wyboru wykonawców najlepszych i najbardziej doświadczonych. Nie służą temu jednak warunki progowe a kryteria selekcji i kryteria oceny ofert punktujące doświadczenie, kadre, liczbę wykonanych obiektów lub ich wartość. Zamawiający nie powinien jednak stawiać nadmiernych warunków wejścia tzw. progowych gdyż nie sprzyja to zachowaniu uczciwej konkurencji, nie sprzyja chęci składania ofert, powoduje monopol wybranych wykonawców, którzy celowo składając ofertę zawyżają ceny. Przekłada się to także na niekorzystne i nieracjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Ad. 2 przerzucenie na wykonawcę ryzyka związanego z wydobyciem i utylizacją wszelkich obiektów ferromagnetycznych

22. W przypadku inwestycji prowadzonych na polskich nabrzeżach, niemal w każdym przypadku dochodzi do wykrycia w trakcie realizacji prac anomalii wcześniej nieinwentaryzowanych lub nawet nie możliwych do wykrycia, mimo przeprowadzenia odpowiednich i specjalistycznych badań, jak skan ferromagnetyczny. Nadbrzeża cechują się częścią lądową prac oraz częścią podwodną. Z uwagi na pozostałości po wojnach światowych na dnie często zalegają obiekty niebezpieczne i niewybuchy. Zdarza się też że badanie ferromagnetyczne wskazuje anomalie i obiekty metalowe ale bez podejścia do ich wydobycia nie jest możliwe określenie rodzaju czy dokładnej skali zanieczyszczeń.

23. Odwołujący zaznacza, że Zamawiający przewidział w umowie że wykonawca dokona odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania obiektów ferromagnetycznych wskazując, że „W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych lub fundamentowych zalegania niebezpiecznych obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt”. Oznacza to, że wszelkie anomalie jakie ujawnią się podczas wykonywania robót stanowią ryzyko wykonawcy.

24. Jednocześnie zamawiający w § 19 umowy przewiduje, że dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy, w szczególności zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy, zakresu Robót, lokalizacji Robót w sytuacji:

- wystąpienia innych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w dokumentacji projektowej, powodujących konieczność zmiany sposobu wykonania przedmiotu Umowy;
- wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk archeologicznych, które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w Umowie;

25. Odwołujący wskazuje że nie jest w stanie określić w sposób jednoznaczny jakie obiekty wykryte na etapie realizacji lub podczas badań wykonawcy będą uprawniały do zmiany umowy a jakie nie. Z drugiej strony Zamawiający stasuje całkowicie niejasne zasady zmiany zastrzegając że chodzi o takie przeszkody „które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w Umowie”. Użycie niejasnej semantyki powoduje ryzyko nadużyć i indywidualanej interpretacji umowy na niekorzyść drugiej strony, podczas gdy przesłanki zmiany umowy w myśl art. 455

ust 1 pkt 1 ustawy Pzp muszą być opisane w sposób jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień. Logicznym pozostaje że wszelkie anomalie w tym związane z wydobyciem obiektów niebezpiecznych wpływają zarówno na czas realizacji zadania jak i wysokość kosztów gdyż wymagają zaangażowania specjalistycznych zewnętrznych podmiotów np. saperów w ich celu podjęcia a następnie wydobycia i utylizacji.

26. Należy pamiętać że Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia w tym w rozdz. IV ust 8 pkt 3 SWZ zaznacza, że udostępni dokument „pomocniczy” w postaci pomiarów zał. Nr 21 do SWZ: Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia, Explosiv, styczeń 2025. Sam Zamawiający zastrzega, że nie jest to dokument wiążący i nie opisuje w sposób jednoznaczny zgodnie z art. 99 ust 1 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia. W umowie jednak Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawcę ryzyko pełnego ustalenia a następnie wydobycia i utylizacji wszystkich obiektów, nawet tych które nie wynikają ze wstępnego pomiaru i tych których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć. Zaleganie obiektów ferromagnetycznych czy to niebezpiecznych i pochodzenia wojskowego czy też zwykłych śmieci czyli tzw. złomu jest elementem terenu budowy i jego odpowiednie rozpoznanie i przygotowanie zgodnie z art. 647 kc powinno obciążać Zamawiającego. Tym samym przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę w tym zakresie świadczy o przeniesieniu ryzyka, które zgodnie z prawem powinno obciążać Zamawiającego, co stanowi wyraz użycia w umowie klauzuli abuzywnej (zakazanej), o jakiej mowa w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

27. Odwołujący podkreśla, że jeżeli przekazany pomiar określa ilości zalegających obiektów ferromagnetycznych, to faktycznie nie precyzuje, z jakim obiektem mamy do czynienia, jaka jest jego waga, kubatura, czy jest niewybuchem lub niewypałem co obliuguje wydobycie przez ekipy specjalistyczne (saperów) oraz w większości przypadków okazuje się pomiarem (raportem) niepełnym. Doświadczenie wykonawcy pozyskane m.in. na kontrakcie zrealizowanym dla Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. tj. Rozbudowa Nabrzeża Oliwskiego w Porcie Gdańsk pokazuje, że w stosunku do szacunków z etapu postępowania faktyczna ilość wydobytych obiektów była większa o 800% (wydobyto 863 szt. Ferromagnetyków w stosunku do 87 szt. zakładanych na etapie oferty na podstawie dokumentacji przetargowej).

28. Mając na uwadze brak możliwości jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia (art. 99 ust 1 ustawy Pzp) a jednocześnie brak możliwości wyceny pełnego zakresu koniecznego do wykonania, Odwołujący wnosi o zmianę formę rozliczenia z usunięciem zapisów próbujących w całości przerzucić to ryzyko na wykonawcę. Brak możliwości jednoznacznego opisu zamówienia nie może być rekompensowane zapisami, takimi jak § 6 ust 14 pkt 36 umowy, który wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego i możliwość dochodzenia roszczeń przez wykonawcę. Zapis taki stanowi z jednej strony o przerzuceniu na wykonawcę w całości ryzyka, jakie zgodnie z prawem powinien ponosić Zamawiający (pełne i prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia oraz przygotowanie i przekazanie terenu budowy) z drugiej strony jest przejawem zapisów skrajnie naruszających równowagę kontraktową. Zamawiający mimo, iż jest stroną silniejszą mającą możliwość kreowania treści przyszłego stosunku prawnego nie może tej pozycji nadużywać w ten sposób, że tam gdzie nie jest pewny zakresu to poprzez ogólne sformułowania przerzuci ten koszt i ryzyko na wykonawcę, który nie jest w stanie skalkulować takiego ryzyka z ofercie.

29. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisów z umowy, przerzucających ryzyko na wykonawcę lub zmianę w sposób zaproponowany w petitum odwołania. Z uwagi na trudności w dokładnej ocenie ilości i rodzaju zanieczyszczeń koniecznych do usunięcia Zamawiający coraz częściej decydują się na mieszane formy wynagrodzenia i tam gdzie mowa o zakresie niemożliwym do określenia i wyceny na etapie postępowania przewidują rozliczenia kosztorysowe np. za sztukę odpadu. Innym sposobem na pokrycie kosztów usunięcia takich nieprzewidzianych anomalii jest przewidzenie odpowiednich mechanizmów zmiany umowy ale przede wszystkim w warunkach niniejszej umowy koniecznym jest najpierw przywrócenie takiej możliwości która została przez Zamawiającego wyłączona z naruszeniem szeregu przepisów ustawy Pzp.

30. Przedstawiając w zakresie powyższego szerszą argumentację prawną, wskazujemy iż Zamawiający formułując postanowienia warunków umowy dąży do wyeliminowania swojej odpowiedzialności w sposób, który narusza przepisy ustawy Pzp. KIO w wyroku z 10.12.2021 r. (KIO 2864/21, KIO 2872/21, Legalis) podkreśliła, że art. 433 ustawy Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyk kontraktowych na wykonawcę.

31. Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom przez Zamawiającego jego pozycji dominującej.

32. Należy również dodać, że oprócz naruszenia klauzuli abuzywnej i zachwiania równowagi kontraktowej stan niepewności zakresu zamówienia, gwarancji jego realizacji do końca jak i ponoszenia ryzyka zdarzeń nieprzewidzianych

wykonawca musi doliczyć do ceny składanej oferty. Niedające się oszacować koszty powodują sztuczny i nieproporcjonalny wzrost cen ofert często o kilkadziesiąt procent. Stanowi to zatem nie przejaw błędnego czy nieuzasadnionego sposobu kalkulowania po stronie wykonawcy a przejaw niegospodarności prowadzenia zamówienia przez Zamawiającego, a więc naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co może być badane w toku kontroli udzielenia zamówienia.

33.Z powyższych przyczyn Odwołujący wnosi jak we wnioskach niniejszego odwołania – o zmianę sposobu rozłożenia ryzyk w zakresie wydobycia obiektów ferromagnetycznych i przywrócenie równowagi Stron umowy w kwestionowanym zakresie.

Ad. 3 nadmiernie wygórowany limit kar umownych

34.W następnej kolejności Odwołujący podnosi naruszenie przepisów ustawy Pzp i kodeksu cywilnego w związku ze sposobem sformułowania postanowień dotyczących limitu kar umownych

35.Zdaniem Odwołującego kształtując postanowienia dotyczące kar umownych Zamawiający nadużywa swobody do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiając tym samym wykonawcom prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy, w sposób jednocześnie mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy.

36.W § 16 Umowy Zamawiający przewiduje kary umowne w tym karę za odstąpienie od umowy w skutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy na poziomie 10 % całkowitego wynagrodzenia brutto. Jednocześnie Zamawiający wskazuje łączny limit kar umownych na poziomie 30 % całkowitego wynagrodzenia brutto. Paradoksalnie oznacza to, że Wykonawcy bardziej opłaca się od umowy odstąpić niż ją kontynuować ją z narażeniem się na naliczenie kar 3 razy większych niż kara za odstąpienie. Odstąpienie jest formą terminacji zamówienia, w praktyce nastęrcza więcej problemów Zamawiającemu niż Wykonawcy i naraża na niewykonanie obiektu, problemy z znalezieniem wykonawcy zastępczego, który dokończy zadanie, znaczącym przełożeniem się czasu realizacji zadania, utratą finansowania itd. To w interesie często Zamawiającego jest utrzymanie wykonawcy na placu budowy, mimo że w pewnych nieprzewidzianych okolicznościach inwestycja dla tego drugiego staje się całkowicie nieopłacalna. Wykonawca mając nad sobą widmo grożących mu kar z limitem aż 30 % wynagrodzenia brutto z pewnością nie będzie kontynuował umowy lecz doprowadzi do jej rozwiązania, co ograniczy jego odpowiedzialność do 10 % wynagrodzenia brutto. Przewidziany limit wg Odwołującego jest nierynkowy, stanowi o przerzuceniu w ogromnym stopniu ryzyk na Wykonawcę, a także sprzeciwia się sensowi ustanawiania limitu, wynikającemu z art. 463 pkt. 3 ustawy Pzp. Z tych względów limit zastosowany przez Zamawiającego powinien ulec istotnemu obniżeniu.

37.W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 10-20% wynagrodzenia wykonawcy, przy czym jednocześnie podkreśla się, że limit ten powinien pozostawać na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny a nie represyjny i odstrasający. W sytuacji kiedy de facto odstąpienie staje się korzystniejsze niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem. Limit kar na tak wysokim poziomie zachęca wręcz do rozwiązywania umów, co jest sprzeczne z celem każdego zamówienia i jest działaniem niezwykle niebezpiecznym dla obu stron.

38.Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 30% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny: W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, których mogą dochodzić strony, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436).

39.W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia od umowy odwołać należy się do Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie wskazano, że Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

40.Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest, że w razie odstąpienia od umowy wchodzić będzie w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Tym samym Zamawiający powinien naliczyć tylko karę za odstąpienie a nie dodatkowo kary jednostkowe za przewinienia

leżące u jego podstaw.

41.Odwołujący wnosi zatem w szczególności o ustalenie jednego limitu kar umownych, który odnosiłby się do wszystkich kar określonych Umową, a także o obniżenie limitu i ustalenie go na poziomie 10% wynagrodzenia brutto z umowy.

42.Dodatkowo wyjaśniamy, że zastosowanie limitu na poziomie 10% wynagrodzenia jest uzasadnione i rynkowe, np. w następujących przetargach Zamawiający publiczni zastosowali limit na niższym niż w niniejszym postępowaniu poziomie:

| L.p. | NAZWA INWESTYCJI | LIMIT KAR UMOWNYCH | ZAMAWIAJĄCY |
|------|--|--------------------|--------------------------------------|
| 1 | Opracowanie dokumentacji projektowo kosztorysowej oraz wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie zachodniego nabrzeża rzeki Elbląg wzdłuż linii Wyspy Spichrzów | 10% | Gmina Miasto Elbląg |
| 2 | Baza operacyjno-serwisowa w porcie ustka | 10% | PGE Baltica Sp. z o.o. |
| 3 | Naprawa ścianki szczelnej Nabrzeże Bułgarskie | 10% | Gdynia Container Terminal Sp. z o.o. |
| 4 | Remont i przebudowa istniejących nabrzeży oraz budowa nowych nabrzeży w porcie Darłowo wraz z niezbędną infrastrukturą, dla potrzeb morskiej energetyki wiatrowej | 10% | Miasto Darłowo |
| 5 | Pogłębienie i umocnienie dna na III odcinku Nabrzeża Bułgarskiego dla II Etapu projektu: Budowa Infrastruktury i Zakup Sprzętu w zakresie umocnienia dna na rzędnej docelowej -15,5 m. | 10% | Gdynia Container Terminal Sp. z o.o. |

43.Tym samym wnosimy o obniżenie limitu w sposób zaproponowany w petitum w ten sposób aby limit kar umownych za jednostkowe naruszenie nie przekraczał limitu kar z tytułu odstąpienia od Umowy.

Ad. 4 *ustalenie warunków waloryzacji w sposób pozorny i niepozwalający na faktyczną waloryzację z uwzględnieniem realiów rynkowych*

44.Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy PZP, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

45.Zamawiający w § 28 Projektu Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia nie spełni celu wskazanego w Ustawie. Na dzień złożenia ofert nie będzie bowiem wiadomo, jak wysokie ryzyko wzrostu cen powinni przyjąć Oferenci, Zamawiający z kolei otrzyma oferty, w których Oferenci mogą przyjąć różny stopień ryzyka związanego ze wzrostem cen, a skutkiem powyższego może być nieporównywalność ofert. Warunki dokonania waloryzacji zostały przez Zamawiającego ustanowione w taki sposób, aby z dużym prawdopodobieństwem nie miały miejsca, a tym samym nie była dokonana waloryzacja wynagrodzenia.

46.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. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy 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. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Zapewnia tym samym równość stron, czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej realizującej cele Ustawy jest korzystne dla Zamawiającego. Cytując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22: „Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku

braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponieść te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.” Należy podkreślić trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane, w stopniu Zamawiającemu nieznanym, ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki.

47. Odpowiednio sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń;
- niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul *rebus sic stantibus*.

48. W odniesieniu do zaproponowanych zmian wzoru umowy, Odwołujący przytacza następujące argumenty w stosunku do proponowanych powyżej zmian wzoru umowy:

WYSOKI PRÓG ZMIANY WSKAŹNIKA UPRAWNIAJĄCEGO DO WALORYZACJI

49. Zamawiający w § 28 Wzoru Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. W ustępie 1 Zamawiający wskazał, że pozostałe do wypłaty wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu przy zastosowaniu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej za ostatnie 12 miesiące, różnego niż 100, ogłaszanego w informacjach sygnałnych Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (GUS). Następnie, zgodnie z postanowieniami tego samego ustępu pkt 3 wzoru umowy, postanowiono, że waloryzacja będzie dokonywana, gdy powyższy wskaźnik wynosić będzie co najmniej 105 w ciągu roku, co odpowiada wzrostowi cen o 5%, lub co najwyżej 95, co oznacza spadek cen o 5%.

50. Zamawiający ustanowił powyższy limit, wymagany dla uruchomienia mechanizmu waloryzacji, w sposób rażąco wygórowany i nieadekwatny do rejestrowanych wahań cen.

51. Jednocześnie Zamawiający przewidział, że limit taki będzie stosowany przy każdym wniosku, stąd faktycznym ryzykiem wykonawcy, w związku z przewidywaną przez Zamawiającego dwukrotną waloryzacją, jest aż ponad 10% wzrostu cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia, a także wzrosty przekraczające przewidzianą przez Zamawiającego maksymalną wartość waloryzacji wynagrodzenia.

52. Powyższe oznacza, że celem Zamawiającego jest przy formułowaniu postanowień umownych jest uniknięcie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

53. Odwołujący podnosi, że ryzyko zmian cen produkcji budowlano-montażowej do ponad 10% przeniesione na Wykonawcę na skutek umownych zasad przeprowadzenia waloryzacji, jest zbyt wysokie, biorąc pod uwagę, że prowadzone postępowanie odbywa się w warunkach wysokiej konkurencyjności, gdzie na punktację oferty będzie miała wpływ zaoferowana cena.

54. Tym bardziej więc, stosowane przez oferentów narzuty, odpowiadające ocenie i wycenie ryzyka związanego ze wzrostem cen materiałów i innych kosztów mających wpływ na realizację inwestycji, które może być różnie przyjmowane przez oferentów, może zakłócać ocenę ofert pod kątem ich konkurencyjności.

55. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawcy powinni w swojej ofercie uwzględniać jedynie normalne ryzyko wzrostu cen i kosztów wykonywania zamówienia. Z racji, że ostatnie lata były okresem znacznej zmienności (wzrostu) cen, zdaniem Odwołującego zasadne byłoby odwołanie się do założeń polityki pieniężnej Państwa. Zgodnie z Uchwałą nr 5/2024 Rady Polityki Pieniężnej z dnia 26 września 2024r., ogłoszonej w Monitorze Polskim, w sprawie ustalenia założeń

polityki pieniężnej na rok 2025r. Rada ogłosiła, że NBP będzie wykorzystywał strategię średniookresowego celu inflacyjnego na poziomie 2,5% z symetrycznym przedziałem odchyłeń o szerokości ± 1 punktu procentowego.

56. Odwołujący proponuje zatem zmianę we wzorze, wskazanym w § 28 ust. 1 pkt 3) Wzoru Umowy, polegającą na obniżeniu wartości zmiany wskaźnika do 3%, tj. o zwykły wzrost cen i kosztów wykonywania zamówienia, przyjmowany na podstawie założonego przez RPP średniookresowego celu inflacyjnego, który wykonawcy powinni założyć przy kalkulowaniu swojej oferty.

POZORNY MECHANIZM WALORYZACJI

57. Istotą art. 439 ust. 1 Pzp jest zapewnienie ekwiwalentności wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co istotne, jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że nie tylko nie może być on zmieniany postanowieniami umownymi, ale też postanowienia umowne nie mogą być formułowane w sposób prowadzący do omińnięcia skutków tego przepisu.

58. Wykonawca wykonał symulacje przebiegu wypłaty wynagrodzenia wykonawcy i waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wg postanowień umownych, które zawarte są w pierwszej tabeli, oznaczonej kolorem pomarańczowym, Załącznika nr 5.3 do niniejszego Odwołania.

Załącznik nr 5.3 – Symulacja wzrostu cen i waloryzacji

Obliczenia zostały wykonane przy następujących założeniach:

- do obliczeń przyjęto średnią wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej z okresu ostatniego roku tj. od kwietnia 2024r. do marca 2025r. - 4,9%, co oznacza średniomiesięczną zmianę o 0,4% - na podstawie tego wskaźnika przyjęto wartość zmiany cen materiałów i kosztów wykonania umowy w całym okresie realizacji,
- przyjęto wartość kontraktową 300 mln PLN (w tabeli wartości podane w TPLN tj. w tysiącach złotych).

59. Symulacja wykazała, że po przyjęciu ww. założeń suma waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wyniesie 0%, przy zmianie cen materiałów i kosztów wynoszących 10,1%.

60. Z kolei druga wykonana symulacja, oznaczona w Załączniku nr 2 kolorem zielonym, wskazująca skumulowany wpływ wzrostu cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia od dnia złożenia oferty, wykazała, że przy założeniu wartości kontraktowej 300 mln PLN, wartość waloryzacji w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów powinna wynieść 30,3 mln PLN, czyli 10,1% zamówienia. Jako, że kwota 300 mln PLN została przyjęta na podstawie realizowanych obecnie zamówień zlokalizowanych w otoczeniu Inwestycji i jest przybliżona, można również zinterpretować te wyniki w następujący sposób, że w przypadku przyjęcia, że 300 mln PLN to kwota kosztów bezpośrednich wykonania zamówienia, to w ciągu 143 tygodni realizacji zamówienia ich wartość wzrośnie o 30,3 mln PLN.

61. Powyższe prowadzi do konkluzji, że postanowienia przyszłej waloryzacji zostały określone przez Zamawiającego w sposób, który ma ograniczać, lub w ogóle uniemożliwiać jej uzyskanie. Czyni to mechanizm waloryzacji pozornym, czyli sprzeciwiający się ustawie, która przewiduje zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

62. Określając zasady i sposób zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Zamawiający określił, że wynagrodzenie wykonawcy za niewykonaną część Przedmiotu Umowy zostanie zmienione (zwiększone lub zmniejszone) o wskaźnik R, o którym mowa w ust. 1 (§ 28 ust. 2 wzoru umowy).

63. W § 28 ust. 1 Umowy określono, że zmiana będzie się dokonywać przy zastosowaniu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej za ostatnie 12 miesięcy, różnego niż 100, ogłaszanego w informacjach sygnałnych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

64. Dodatkowo, w § 28 ust. 1 określono terminy, w których Strona uprawniona może złożyć wniosek o waloryzację: waloryzacja taka może odbyć się jedynie raz w roku, w okresach 12 - miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego).

Termin początkowy

65. Zgodnie z art. 439 ust. 2 Pzp umowa ma określać poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Dalej, zgodnie z art. 439 ust. 3 Pzp, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

66. Powyższe zapisy ustawy odwołują się do konieczności ustalenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, czyli terminu do którego ewentualne zmiany cen i kosztów realizacji zamówienia są wyłącznym ryzykiem Wykonawcy.

67. Zwykle stosowane w umowach są: dzień złożenia oferty, lub dzień zawarcia umowy, przy czym ustawodawca zastrzegł w ustawie, że jeżeli od dnia złożenia oferty (gdy wykonawca w postępowaniu o zamówienie publiczne nie ma

już możliwości zmiany ceny oferty) do dnia podpisania umowy upłynęło 180 dni, to dniem tym będzie dzień złożenia oferty.

68.W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający jako podstawę dokonania waloryzacji ustalił wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej za ostatnie 12 miesięcy. W przypadku pierwszego wniosku, jak i kolejnych, stosowanie wskaźnika pokazującego zmiany cen w stosunku do analogicznego miesiąca poprzedniego roku przestaje służyć swojemu celowi tj. określeniu zmiany cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia, ponieważ nie odnotowuje zmiany tych cen i kosztów w stosunku do terminu początkowego (np. złożenia oferty), a jedynie „cofa się” o rok wcześniej. Tym samym nie jest badany, zgodnie z założeniem Ustawy Pzp, wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji zamówienia, a jedynie zmiana cen w okresie ostatniego roku przed złożeniem wniosku o waloryzację.

69.Należy więc stwierdzić, że Zamawiający nie określił początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, wobec czego niemożliwe w trakcie realizacji będzie ustalenie występujących na rynku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

70.Co więcej, Zamawiający ustalił, że zmiany cen będą badane każdorazowo w okresie rocznym i waloryzacja nastąpi, jeśli w tym okresie zmiana przekroczy 5%. Z danych umieszczonych na Wykresie 2 „Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do analogicznego okresu roku poprzedniego” dokumentu GUS: „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2025 r.” wynika, że tak wysoki wskaźnik nie występuje od września 2024r., stąd należy stwierdzić, że Zamawiający ustanowił zasady waloryzacji, który skutkuje brakiem dokonania waloryzacji zgodnej z założeniami Ustawy Pzp.

Załącznik nr 5.1 - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2025 r.

71.W związku z powyższym Odwołujący proponuje ustalenie terminu początkowego zmiany wynagrodzenia na dzień złożenia ofert.

Wskaźnik

72.Zamawiający kształtując klauzule waloryzacyjne postanowił zrobić to w oparciu o wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, ustalany i ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Źródło: GUS - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2025 r.

Załącznik nr 5.1 - Pełna treść informacji sygnałnej GUS

73.W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie doprecyzował, który z wyszczególnionych w komunikacie wskaźników będzie miał zastosowanie do obliczenia waloryzacji: ogółem, budowy budynków, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej, czy robót budowlanych specjalistycznych

74.Następnie wskazać należy, że dane dotyczące zmian cen produkcji budowlano-montażowej, zbierane i ogłaszane są miesięcznie, a sposób ich publikacji pozwala na określenie wskaźnika zmian cen, które nastąpiły w stosunku do: miesiąca poprzedniego, lub analogicznego okresu roku poprzedniego. Zwrócić przy tym uwagę należy, że aby otrzymać wskaźnik roczny, należy przemnożyć przez siebie kolejne miesięczne wskaźniki, przy czym dla miesiąca w stosunku do którego badane są zmiany cen należy przyjąć wskaźnik 100,0 (100%).

75.Ustawodawca określił w Art. 439 ust. 4 Pzp, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się ich zmianę w stosunku do ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. W celu ustalenia takiego wskaźnika konieczne mogą być obliczenia w okresie innym niż 12-miesięczny.

Odwołanie do wskaźnika zmiany cen w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku może być nieadekwatne do wymogów Ustawy.

76.Należy zwrócić uwagę, że równoległe ze wskazanym przez Zamawiającego wskaźnikiem rocznym, w tej samej publikacji, ogłaszane są zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, co więcej - wskaźniki te są podstawą do ustalenia przez GUS wskaźnika rocznego, a będą precyzyjniejszym miernikiem, wskazującym dokładnie zmiany cen w badany okresie.

77.W związku z powyższym Odwołujący wnioskuje o odniesienie się do wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej „ogółem” i ustalenie jego wartości za pomocą miesięcznych procentowych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczących kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty Wskaźnik skumulowany

78.Celem ustanowienia w Ustawie Pzp zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia było utrzymanie ekwiwalentności umowy. Zgodnie z tym celem Strony umowy powinny więc badać, w jaki sposób zmiany cen materiałów lub kosztów miały wpływ na koszty wykonania zamówienia.

79.Powyższe jest możliwe, kiedy poziom zmiany cen, czy kosztów bada się w odniesieniu do ustalonego zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1) terminu początkowego, a nie – jak proponuje Zamawiający – każdorazowo w stosunku do cen z analogicznego miesiąca poprzedniego roku. Zwrócić bowiem należy uwagę, że planowany okres realizacji przedmiotowej

umowy to 143 tygodnie, czyli prawie 3 lata, stąd badanie zmiany cen i kosztów wykonania umowy powinno odbywać się kumulatywnie w całym okresie realizacji. Wyrzawkowe badanie – jednorocznie, jak zmieniły się ceny w ostatnim roku, nie daje bowiem odpowiedzi na pytanie, jak zmienił się koszt realizacji zamówienia i czy skutkiem tych zmian powinna być zmiana wynagrodzenia wykonawcy. W tym celu niezbędne jest określenie terminu początkowego – do którego odnosić się będzie ustalenie poziomu zmian cen oraz wskaźnik, który precyzyjnie wskaże te zmiany. W celu określenia poziomu zmian cen bardziej adekwatny jest wskaźnik zmian cen w stosunku do miesiąca poprzedniego, ponieważ pozwala na dokładne, kumulatywne określenie jak zmiany cen w badanym okresie wyglądały i czy powinny być podstawą do zmiany wynagrodzenia, poprzez zastosowanie iloczynu wskaźników miesięcznych w badanym okresie. Również w przypadku kolejnych wniosków waloryzacyjnych, gdy wynagrodzenie wykonawcy zostanie już zmienione, w powyższy sposób można precyzyjnie określić, jaka zmiana cen i kosztów produkcji budowlano-montażowej zaszła w badanym okresie.

80. Ponadto, brak jest uzasadnienia do ograniczenia ustanowionego przez Zamawiającego we wzorze umowy w § 28 ust. 1, że kolejne wnioski uprawniona Strona może złożyć jeden raz w roku, w okresach 12-miesięcznych od daty zawarcia umowy, niezależnie od tego, czy w wyniku ich złożenia doszło do dokonania waloryzacji. Należy zwrócić uwagę, że celem wprowadzenia do umowy klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie ekwiwalentności umowie. Skoro więc, w wyniku złożenia poprzedniego wniosku waloryzacja nie została dokonana, badanie skutków zmian cen materiałów i kosztów na wykonanie umowy powinno odbywać się w stosunku do okresu/miesiąca, w którym wynagrodzenie za wykonanie umowy zostało ustalone tj. dnia złożenia oferty, lub dnia dokonania ostatniej zmiany wynagrodzenia wykonawcy na skutek dokonanej waloryzacji.

81. W związku z powyższym Odwołujący proponuje, aby zmiana materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia była badana względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie zgodnie z art. 439 ust. 4 Pzp, podobnie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej stosowany przy waloryzacji wynagrodzenia, odnoszony był względem dnia złożenia przez wykonawcę oferty, a w przypadku kolejnej waloryzacji – względem dnia dokonania poprzedniej waloryzacji.

MAKSYMALNA WARTOŚĆ ZMIANY WYNAGRODZENIA

82. Istotą przywoływanej przez Odwołującego regulacji art. 439 Pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców.

83. W odniesieniu do powyższego, jak zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w wyroku: z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21, z dnia 28 listopada 2023r. sygn. akt KIO 3389/23, celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacji umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonego w czasie płatności.

84. Zamawiający przewidział w § 28 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy, że maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w związku ze zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej może wynosić (+/-) 5% w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego określonego w Umowie.

85. Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości jedynie 5% wysokości wynagrodzenia na skutek zmian cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

86. W szczególności, projektowane postanowienie nie uwzględnia faktu, iż zamówienie będzie realizowane, zgodnie z § 3 ust. 1 Wzoru Umowy, w okresie 1000 dni, tj. 142 tygodni, a więc prawie 3 lat.

87. Powszechnie wiadome jest, że w ostatnim okresie mamy do czynienia z dużą zmiennością cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Wzrost inflacji, cen materiałów oraz wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest, w jaki sposób zamawiający przewidują w umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i, czy dają one gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu.

88. Zauważyć należy, że w sytuacji, której dotyczą zapisy Art. 439 Pzp, tj. sytuacji nieprzewidywalnych zmian cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia, brak jest obiektywnej możliwości przedstawienia pewnego dowodu, z którego można by wywieść, jak wysokie będą zmiany cen w okresie realizacji całego kontraktu i tym samym, na jakim poziomie winien być ustalony limit waloryzacji wynagrodzenia. Trudność wynika przede wszystkim z faktu, iż waloryzacja ma niwelować ryzyka stron na wypadek zaistnienia w przyszłości zmian siły nabywczej pieniądza, a zatem okoliczności przyszłych i niepewnych. Mogą one jedynie być prognozowane w oparciu o dotychczasowe doświadczenia i analizy. Sytuacja taka nie może jednak prowadzić do wyłączenia możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej na skutek braku dostępności dowodów w tradycyjnym rozumieniu, a zatem pewnych i kategoriycznych.

89. W tym stanie rzeczy, możliwe jest oparcie się jedynie na danych historycznych, z drugiej strony – na prognozach

dotyczących sytuacji przyszłej oraz ich ocenie w świetle aktualnej sytuacji.

Dane historyczne

90. Z przedstawionych w załączniku do niniejszego odwołania – „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2025 r.” – danych GUS można prześledzić, jak zmieniały się ceny produkcji budowlano-montażowej w okresie od stycznia 2024r. Wykres nr 2 publikacji wskazuje, że roczne zmiany cen produkcji budowlano-montażowej swoje apogeum miały na początku badanego okresu, tj. w styczniu 2024r., gdzie zmiana cen w stosunku do stycznia 2023r. osiągnęła 7,8%. Wskaźnik ten stopniowo malał, osiągając w marcu 2025r. w stosunku do marca 2025r. wartość 3,8%. Obecnie wykres ten przedstawia tendencję malejącą, należy jednakże podkreślić, że tendencja ta oznacza malejącą wartość wzrostu cen, przy dalej utrzymującym się wzroście tych cen i kosztów. Kumulatywna zmiana cen, w okresie od lipca 2022r. do marca 2025r., czyli w okresie 33 miesięcy odpowiadających planowanemu okresowi realizacji Inwestycji, wyniosła 18,6%.

(źródło danych: GUS <https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne/> Tablica: Wskaźniki cen. Poz. 33 – „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej” – B-okres poprzedni=100)

Załącznik nr 5.1 - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2025 r.

Załącznik nr 5.2 – Wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w okresie od lipca 2022r. do marca 2025r.

91. Należy więc stwierdzić, że analiza okresu historycznego o takiej samej długości, jak planowany okres realizacji kontraktu, wskazuje, że wzrost cen i kosztów realizacji zamówienia w okresie 33-miesięcznym wyniósł aż 18,6%, a w okresach wcześniejszych wzrost ten był jeszcze wyższy, stąd przyjęty obecnie limit waloryzacji wynagrodzenia w wysokości 5% nie ma uzasadnienia w danych historycznych. Prognozy

92. Dokumentem, który zawiera kompleksowe analizy co do prognozowanej w przyszłości inflacji jest Raport o inflacji, przedstawiającym ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację. Zawarta w tym dokumencie projekcja inflacji i PKB została opracowana w Departamencie Analiz i Badań Ekonomicznych Narodowego Banku Polskiego (NBP). Nadzór merytoryczny nad pracami związanymi z projekcją sprawował Dyrektor Departamentu Analiz i Badań Ekonomicznych. Do opracowania projekcji wykorzystano model makroekonomiczny NECMOD. Projekcja jest opiniowana przez Zarząd NBP i przekazywana do Rady Polityki Pieniężnej zaś na jej podstawie RPP podejmuje decyzje w sprawie stóp procentowych NBP.

93. W ostatnio opublikowanym Raporcie o inflacji z marca 2025r. (<https://nbp.pl/politykapieniezna/dokumenty-rpp/raporty-o-inflacji/>), w Dziale 4 „Projekcja inflacji i PKB” zawarto projekcję inflacji w okresie od I kw. 2025 r. do IV kw. 2027 r.

Biorąc pod uwagę powyższe projekcje NBP, należy zauważyć, że według powyższych danych przewidywana inflacja w okresie obejmującym połowę roku 2025, rok 2026 i 2027 (bez uwzględnienia początku roku 2028r.) wyniesie 8,53%.

94. Prognozy NBP są wykonywane jedynie z odniesieniem do okresu dwóch kolejnych następnych lat. Zauważyć jednak należy, że im dalszy horyzont czasowy, tym bardziej rozbiegają się wartości projekcie, dodatkowo na powyższym wykresie szary kolor tła ilustruje niepewność prognoz w horyzoncie projekcji.

W dalszej części opracowania zaznaczono, że zarysowany scenariusz makroekonomiczny obarczony jest niepewnością, szczegółowo omawiając czynniki mające wpływ na tę niepewność. Odnosząc się do aktualnej sytuacji należy zauważyć, że dla wykonania przedmiotowego zamówienia niezwykle istotne jest kształtowanie się cen surowców energetycznych i materiałów na światowych rynkach, co stanowi znaczny czynnik niepewności dla rozwoju sytuacji gospodarczej w Polsce. Ceny surowców na rynkach światowych będą uzależnione m.in. od wyników polityki celnej USA i odpowiedzi na tę politykę, koniunktury w gospodarce światowej, podaży tych surowców oraz temperatur w sezonie zimowym, a także przebiegu wojny w Ukrainie. Warto dodać, że w związku z wprowadzeniem programu Krajowego Planu Odbudowy, branża budowlana spodziewa się znacznego ożywienia rynku, co może spowodować kolejny wzrost cen i kosztów wykonywania zamówienia.

95. Mając do dyspozycji następujące dane: prognozę inflacji NBP oraz ostatni notowany wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej, można przewidywać, że wzrost cen w kolejnych dwóch latach osiągnie około 8%. Biorąc pod uwagę obecną sytuację gospodarczą, cechującą się znaczną zmiennością i nieprzewidywalnością, zwłaszcza w obliczu zdarzeń i przewidywań geopolitycznych, na kolejne dwa lata należałoby przyjąć co najmniej podobny wskaźnik zmian cen. Zastrzec jednak należy, że wskaźniki prognozowane przez NBP wykorzystywane są raczej w niedalekiej perspektywie czasowej (dane są aktualizowane trzy razy do roku), a przyjęty roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej jest najniższy w ciągu ostatnich dwóch lat. W związku z powyższym, spodziewać się można, że tak przewidywane zmiany cen produkcji budowlano-montażowej mogą być znacząco niedoszacowane, a w rzeczywistości, w ciągu 3-letniej realizacji, wskaźnik ten może znacznie przekroczyć poziom 15%.

96. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że określony przez Zamawiającego sposób zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany poziomu cen materiałów lub kosztów powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie służy celowi zapewnienia Stronom umowy ekwiwalentności świadczenia w sytuacji zmian cen materiałów i kosztów

do realizacji zamówienia, a w konsekwencji nie zapewnia zmiany wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

97. Biorąc pod uwagę powyższe, w tak długim okresie realizacji, Zamawiający powinien uwzględnić możliwość nieoczekiwanego wzrostu cen i przewidzieć możliwość zwiększenia wynagrodzenia umownego w wysokości co najmniej do 15% wysokości wynagrodzenia netto, o co wnioskuje Odwołujący.

98. W jednym z ostatnich odwołań składanych przez Odwołującego doszło do zmiany górnego limitu waloryzacji z poziomu 5 % na 20 %. Izba w wyroku z dnia 9 maja 2024 roku sygn. akt KIO 1324/24 zwiększyła wspomniany limit do 20%, co tym bardziej uzasadnia zwiększenie limitu na żądany w niniejszym Postępowaniu.

99. Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy sposób waloryzacji wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen i kosztów wykonania zamówienia, które obecnie jest nieprzewidywalne.

100. W związku z powyższym Odwołujący zaproponował zmianę maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, określonej w § 28 ust. 1 pkt 4) na (+/-) 15% w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 13 ust. 1 Umowy.

OKRESY ZMIANY WYNAGRODZENIA WYKONAWCY

101. Zamawiający w § 28 ust. 1 Wzoru Umowy przewidział dokonywanie waloryzacji corocznie jednorazowo, w okresach 12-miesięcznych od daty zawarcia Umowy.

102. Odwołujący wskazuje, że taki sposób ustalenia zasad waloryzacji ma na celu ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia. Zwrócić uwagę bowiem należy, że w zestawieniu z 33-miesięcznym okresem realizacji Zamówienia, ewentualna możliwość dokonania waloryzacji nastąpi jedynie: 1) po 12 miesiącach od zawarcia umowy, 2) po 24 miesiącach od zawarcia umowy.

103. Koszty wykonawcy podczas prowadzenia robót budowlanych ponoszone są w sposób ciągły. Należy zwrócić uwagę, że np. w drugim roku realizacji umowy wykonawca będzie ponosił wzrastające koszty materiałów i innych kosztów, podczas gdy takie wzrastające koszty będą podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia i to tylko w zakresie, jakiego wykonawca nie wykonał. W związku z powyższym waloryzacja wynagrodzenia jedynie jeden raz w roku, w okresach 12-miesięcznych, dodatkowo uwarunkowana każdorazowo limitem 5%, może być niewystarczająca.

104. Zwrócić uwagę należy na fakt, że Ustawodawca w Art. 439 Ustawy Pzp przewidział, że: umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ma zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (ust. 1), początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert (chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy), jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert.

105. Powyższe wskazuje, że Ustawodawca uznał, że zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, występujące w okresie 6-miesięcznym, mogą osiągnąć już skalę, która skutkować będzie brakiem ekwiwalentności świadczeń i w konsekwencji powinna odbyć się waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy.

106. W związku z powyższym Odwołujący wnioskuje, aby waloryzacja wynagrodzenia odbywała się w okresach 6-miesięcznych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca: PORR S.A. z/s w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19.05.2025 r.) podał: (...)

1) Uwzględniam zarzut nr 1; oraz wnoszę o: 2) oddalenie Odwołania w pozostałym zakresie (...). W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

I. Odniesienie się do Uwag Ogólnych zawartych w Odwołaniu

Zamawiający kwestionuje wskazane w Uwagach Ogólnych Odwołania intencje jakimi kierował się Odwołujący składając Odwołanie, bowiem wprost przeczy temu treść podniesionych zarzutów, jak również treść zmian SWZ, jakich oczekuje Odwołujący. Wszystkie cztery zarzuty Odwołującego dotyczą zagadnień mających charakter uznaniowy, które można rozpatrywać w pewnych zakresach tolerancji, w zależności od specyfiki zamówienia, potrzeb Zamawiającego i możliwości rynku. Za nadużycie uznaje Zamawiający posługiwanie się przez Odwołującego pojęciami wskazującymi na naruszenie przepisów prawa czy działania rażąco niewłaściwe, pozorne czy iluzoryczne. Zamawiający ma na celu uzyskanie określonego świadczenia, trudnego, wymagającego wysokich i specjalistycznych kwalifikacji wykonawców, przy optymalnym wykorzystaniu do tego środków publicznych. Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 przyjmując wiedzę techniczną, którą zaprezentował Odwołujący dla jego poparcia, a także bezzwłocznie dokona zmiany SWZ w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego, dodatkowo poszerzając zakres dopuszczalnego doświadczenia wykonawców w stosunku do żądania Odwołującego, co świadczy o rzetelnym i rozważnym podejściu do przedstawianej mu argumentacji. Pozostałe jednak zarzuty, w powiązaniu z wnioskami Odwołującego o konkretnie sformułowane zmiany

SWZ, nie znajdując już uzasadnienia, i co ma kapitalne znaczenie w sprawie, nie dotyczą de facto naruszeń przepisów prawa, w tym zasad udzielania zamówień publicznych, lecz oscylując w prawnie dopuszczalnym spektrum postanowień dokumentacji postępowania, stanowią właśnie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, emanację jego dążeń do przesunięcia przez Zamawiającego niewygórowanych i prawnie dopuszczalnych wymogów do parametrów korzystniejszych dla Odwołującego.

II. Ad. Zarzut nr 1: Odwołujący podniósł następujący zarzut:

Zamawiający uwzględnił ten zarzut, nie uznając przy tym, iż naruszył zasady udzielania zamówień, lecz analizując z rozwagą argumentację techniczną zaprezentowaną przez Odwołującego w tym zakresie, uznał, iż uwzględnienie proponowanych zmian, a wręcz ich poszerzenie, pozwoli dokonać odpowiedniej selekcji wykonawców, powiększając jednocześnie ich krąg. Zamawiający jest w trakcie wdrożenia zmiany Rozdziału IX ust. 4 pkt 1) lit. d) SWZ.

III. Ad. Zarzut nr 2: Odwołujący podniósł następujący zarzut:

Jest on całkowicie bezzasadny z następujących przyczyn. Odwołujący twierdzi, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia [Zamawiający podzielił ten zarzut na trzy grupy, aby wyświetlić „sporne” zagadnienia]:

- 1) w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny;
- 2) w sposób nieuprawniony przerzucając na Wykonawcę ryzyka dotyczące obiektów ferromagnetycznych;
- 3) stosując zapisy sprzeczne i niejasne w zakresie możliwości zmiany umowy.

Ad. 1)

Próżno znaleźć w argumentacji Odwołującego jakiegokolwiek racjonalne twierdzenie czy dowód, potwierdzający taką tezę. Podobnie, idący za tym zarzutem wniosek o zmianę postanowień SWZ sprawdza się do jednego, tj. do przerzucenia całego ryzyka związanego z pracami dotyczącego podniesionego zarzutu na Zamawiającego. Odwołujący nie wykazuje zatem, iż przedmiot umowy mógłby być sformułowany pełniej, jaśniej, precyzyjniej, lecz chciałby nie ponosić ryzyka związanego z pracami. Zarzut ten w tej części jest zatem oczywiście bezzasadny, gołosłowny, a w konsekwencji pozorny, natomiast jego prawdziwą sferę, tj. dotyczącą tego, po czyjej stronie winno leżeć ryzyko w tym zakresie, Zamawiający odnosi się w pkt. 2) poniżej.

Ad. 2) obiekty a anomalie

W pierwszej kolejności, wskazuje się, iż Odwołujący zamiennie stosuje pojęcia „obektu” ferromagnetycznego i „anomalii”, co ma kapitalne znaczenie w sprawie, albowiem nie jest to tylko kwestia semantyki, lecz zrozumienia istoty zagadnienia, a błędne posługiwanie się przez Odwołującego tymi pojęciami podważa zasadność tego zarzutu. Odwołujący wskazał bowiem w zarzucie opisanym w pkt. I.1 pkt 2) [str. 2 Odwołania], iż dotyczy on „obektów ferromagnetycznych” w ilości wykraczającej ponad Zał. Nr 21 do SWZ: Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia, Explosiv, styczeń 2025 [dalej: Raport]:

Tego samego dotyczą wnioski Odwołującego wskazujące jak chciałby on, aby Zamawiający uwzględnił omawiany zarzut [str. 5 Odwołania]:

Oznacza to, iż zdaniem Odwołującego, Raport zawiera określoną ilość „obektów ferromagnetycznych”, i chciałby ponosić ryzyko do tak określonej ilości.

Powyższe wskazuje na niewystarczającą lekturę przez Odwołującego Raportu, bądź niezrozumienie jego treści. Udostępnione przez Zamawiającego opracowanie nie określa ilości obektów ferromagnetycznych do wydobycia, lecz określa anomalie - skupiska obektów, a w ramach jednej anomalii może znajdować się jeden lub wiele obektów. Zgodnie bowiem z treścią Raportu [vide Zał. Nr 21 do SWZ, plik EX-9-25-RK.pdf, str. 4]

Skoro zatem Raport wskazuje na określone anomalie, zawierające nieokreśloną ilość obektów ferromagnetycznych, zarzut i żądana przez Odwołującego zmiana jest sformułowana w sposób nie dający się pogodzić z SWZ i w konsekwencji go wykonać, co stanowi zdaniem Zamawiającego samodzielną przesłankę do jego oddalenia.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, zgodnie z którym „W odwołaniu, którego przedmiotem są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, znaczenie mają żądania odwołującego w zakresie postulowanej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem to one wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ocena zarzutów podniesionych w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do ich nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje opisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku zarzuty wyartykułowane przez odwołującego należy rozpatrywać łącznie ze sformułowanymi żądaniami oraz ich podstawami faktycznymi” (wyrok z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1019/12).

OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Zamawiający dochował wszelkiej staranności, by w sposób pełny, jasny i precyzyjny opisać przedmiot zamówienia. Dowodem na to jest m.in. sporządzenie Raportu. Jest to dokument, który ma właśnie zminimalizować wszelkie ryzyka

związane z wykonaniem zamówienia. Wykonano go przez specjalistyczną i profesjonalną firmę, zawiera ona szeroki opis, mapy, wszelkie informacje jakie winny służyć wykonawcom. Jest to opracowanie aktualne, z 31 stycznia 2025 r. Wykonawcy, w tym Odwołujący, odbyli obowiązkową wizję lokalną [vide SWZ], podczas których ich obowiązkiem było poruszenie wszelkich możliwych kwestii związanych z przedmiotem zamówienia:

W wizji lokalnej wzięli udział przedstawiciele Odwołującego (vide Lista zgłoszonych przez Odwołującego osób; Lista obecności na wizji lokalnej)

Oprócz samej wizji, w jej trakcie, wyniku, lub poza nią, wykonawcy mogli zadawać wszelkie pytania, w tym te, który uczyniłyby zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia pełniejszym, jaśniejszym, precyzyjniejszym. Pytań takich w tym zakresie jednak nie zadał.

Dodatkowo, jeśli jakieś treści SWZ wymagają wyjaśnienia, wykonawcy mogą, a wręcz powinni, zastosować instytucję z przepisu art. 135 PZP, z czego również Odwołujący w tym zakresie zrezygnował.

Zauważa się również, iż zgodnie z § 6 ust. 14 pkt 36) wzoru umowy, Wykonawcy przed przystąpieniem do robót czepalnych lub fundamentowych, muszą wykonać badania kontrolne. Podobne badania, gdyby Wykonawcy, w tym Odwołujący, zgłosili takie zapotrzebowanie, mogli wykonać jeszcze na etapie tworzenia oferty. Zapotrzebowania takiego Odwołujący jednak nie złożył.

Wykonawcy uzyskali również wszelkie możliwe dane: aktualny plan batymetryczny, plan sonarowy oraz dane surowe – dane źródłowe dla pomiarów ferromagnetycznych, które Wykonawca może opracować i zinterpretować we własnym zakresie przy użyciu posiadanego oprogramowania w związku z czym posiadają wiedzę umożliwiającą oszacowanie ryzyk związanych z przedmiotem Odwołania.

Wykonawcy mają również możliwość dostępu do wszelkich danych, w tym archiwalnych, które umożliwią im stworzyć rzetelną ofertę, z uwzględnieniem ryzyk.

O tym, iż przedmiot zamówienia jest prawidłowo opisany świadczy również fakt, iż tylko Odwołujący skorzystał z tego środka ochrony prawnej, pomimo iż zainteresowanych zamówieniem jest więcej wykonawców – 12 podmiotów [vide lista podmiotów uczestniczących w wizji lokalnej]. Nawet Przystępujący po stronie Odwołującego, mimo iż jak twierdzi, przychyła się do zarzutów Odwołującego, sam ich jednak nie sformułował.

Ryzyka znacznie ogranicza nie tylko stosunkowo mały zakres robót czepalnych, lecz także fakt, iż przedmiotowa infrastruktura SPPP [dotycząca przedmiotu zamówienia] zbudowana została w latach 70 tych, i prowadzono tam już wiele prac, w tym w 2018 roku prace podczyszczeniowe do gł. -12,0m, które jak należy się domyślać, miały możliwość ujawnienia obiektów ferromagnetycznych.

Zamawiający przygotowując Opis Przedmiotu Zamówienia posługiwał się swoim wieloletnim doświadczeniem w realizacji robót budowlanych o podobnym – analogicznym charakterze. W ostatnich latach zrealizował z powodzeniem lub jest w trakcie realizacji wielu projektów hydrotechnicznych, takich jak:

- 1) Pogłębianie akwenów wewnętrznych Portu Gdynia,
- 2) Przebudowa Nabrzeża Indyjskiego, 3) Przebudowa Nabrzeża Helskiego, 4) Budowa falochronów osłonowych.

Ponadto, analogiczne, jak skarżonych, zapisy SWZ, z powodzeniem są wykorzystywane od wielu lat przez Zamawiającego, i nie stanowiło to przeszkody ani w złożeniu przez wykonawców ofert, ani w realizacji zawartych w ich wyniku umów.

- 1) https://portgdynia.logintrade.net/zapytania_email,76119,ce458e67218e9a4c1522c53d0a200e11.html – numer sprawy: ZHB/DSP- 612/SWZ-40/ML/PP/2021; Przebudowa Nabrzeża Indyjskiego w Porcie Gdynia;

-strona 12 swz zapis „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czepalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czepalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czepalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czepalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne”;

- 2) https://portgdynia.logintrade.net/zapytania_email,110429,8604ce40a83008d1559c856db0cc4789.html – numer sprawy: ZHB/DSP- 612/SWZ-29/MM/PP/2022; Przebudowa Nabrzeża Helskiego w Porcie Gdynia;

-strona 10 swz zapis „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czepalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odsłonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przystąpienie do robót czepalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czepalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czepalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne”;

3) https://portgdynia.logintrade.net/zapytania_email,56926,10d00dfe9fbb579bc105d807556fed73.html – numer sprawy: ZHB/DSP – 612/SWZ - 16/JC/KT/2021; Wykonanie robót czerpalnych i zasypowych wraz z robotami budowlanymi telekomunikacyjnymi w ramach projektu inwestycyjnego „Pogłębienie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia etap I i III oraz przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia – Etapy II i III”;

-na stronie 13 w rozdziale IV SWZ opis przedmiotu zamówienia w ust. 8 pkt. 8 lit m mamy taki zapis „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odstonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne,” oraz w rozdziale XVII – opis sposobu obliczenia ceny ust. 2 pkt 16), 17), 29) – strona 32;

4) https://portgdynia.logintrade.net/zapytania_email,110492,766bba93be38b08d2b67833fb8ed8eb8.html – numer sprawy: ZHB/DSP-612/SWZ-7/AP/PP/2022; Budowa wnęki dokowej oraz przestawienie doku pływającego wraz z robotami towarzyszącymi;

- str. 10 swz zapis „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi (we wnęce dokowej oraz na torze podejściowym do wnęki dokowej). W tym celu Wykonawca dokona ich odstonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne,” oraz strona 36 swz – sposób obliczenia ceny „wydobycia przeszkód podwodnych, w tym wszystkich obiektów ferromagnetycznych”.

Podczas realizacji zadania Przebudowa nabrzeża Helskiego I, Wykonawca na długości 400m nabrzeża zidentyfikował łącznie 37 anomalii. W postępowaniu przetargowym załączone zostały analogiczne dokumenty, które pozwoliły na rzetelne oszacowanie ryzyk, złożenie konkurencyjnej oferty, a przede wszystkim bezpiecznie zrealizować prace budowlane. Powyższe nabrzeże, również zostało zbudowane w latach 70-tych XX wieku, analogicznie na jak Stanowisko objęte przedmiotowym postępowaniem przetargowym.

Zestawienie ofert w analogicznych postępowaniach:

1)Przebudowa Indyjskiego – 6 ofert, w tym złożył Odwołujący;

2)Przebudowa Helskiego – 4 oferty;

3)Roboty Czerpalne – 4 oferty;

4)Wnęka dokowa – 7 ofert, w tym złożył Odwołujący.

ROZSTRZYGNĘCIE PRZEZ KIO ANALOGICZNEJ SPRAWY

Wysoka Izba rozstrzygała już odwołanie z udziałem Zamawiającego w analogicznej sprawie, z identycznym zapisem OPZ i przyznała rację Zamawiającemu – vide Wyrok KIO z dnia 14 października 2021 r. – KIO 2762/21Cytując treść ww. orzeczenia KIO (str. 47 – 50 uzasadnienia wyroku KIO): „Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 99 Pzp oraz art. 16 Pzp, poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie wskazanym w Rozdziale IV pkt 2 ppkt 6 (prace podwodne związane z oczyszczeniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych) oraz pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ (badanie ferromagnetyczne kontrolne wraz z przedstawieniem raportu z przeprowadzonego badania stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych), w sposób niejasny i niewyczerpujący, bez określenia istotnych parametrów wykonania tych prac niezbędnych dla prawidłowego oszacowania ich zakresu i rzetelnej kalkulacji ceny za ich wykonanie, uwzględniającej zidentyfikowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia i kosztów związanych z wszystkimi elementami tego zakresu prac, a ponadto bez uwzględnienia obiektywnych okoliczności ograniczających możliwość spełnienia świadczenia w sposób określony przez Zamawiającego (trwały brak możliwości wykonania badania ferromagnetycznego na części powierzchni akwenu objętego zamówieniem). Zgodnie z art. 99 ust. 1 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 postanowieniami OPZ (Rozdz. IV pkt 2 ppkt 6) przedmiot zamówienia obejmuje m.in.: prace podwodne związane z oczyszczaniem dna akwenu z obiektów ferromagnetycznych. Zgodnie z postanowieniem pkt 8 ppkt 8 lit. m SWZ, *Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny, w szczególności do: wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odstonięcia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami, Przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że*

możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych zalegania obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne. W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko Zamawiającego, który nie może narzucić parametrów i wskazać konkretnych wytycznych co do sposobu wykonania oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych, gdyż priorytetem dla wykonywanych prac jest bezpieczeństwo prowadzonych robót. Zamawiający w treści opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do „wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi”, a ponadto, iż „przystąpienie do robót czerpalnych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych”. To wykonawca powinien uwzględnić wnioski wynikające z załączonego przez Zamawiającego do SWZ „Raportu z dnia 31.10.2019 r.”. Biorąc pod uwagę, że powyższy „Raport” załączony do dokumentacji przetargowej stanowi informację uzupełniającą OPZ w ramach dokumentacji przetargowej, jedynie „poglądową”, jak wyjaśnił Zamawiający, to wykonawca odpowiedzialny za bezpieczne wykonywanie robót, powinien samodzielnie określić konieczny wskaźnik wartości sygnału gradientowego prowadzonych badań z uwzględnieniem informacji i wyników badań przedstawionych w ww. Raporcie. Jak wynika z ww. „Raportu” dołączonego do SWZ, Zamawiający ma świadomość zakłóceń pola magnetycznego i ograniczeń niektórych metod badawczych, dlatego też nie narzuca wykonawcy parametrów prowadzenia prac, które należy dostosowywać indywidualnie do danych obszarów, bazując na doświadczeniu wykonawcy. Jednocześnie, w świetle postanowień SWZ, dla Zamawiającego wiążące będzie oświadczenie wykonawcy, które oznaczać będzie dla Zamawiającego w konsekwencji - brak możliwości ingerowania Zamawiającego w sposób przeprowadzenia badań przez wykonawcę, w tym np. wymagania innej czułości badań ferromagnetycznych niż zastosowana przez wykonawcę do prowadzonych badań. Zgodnie postanowieniem zawartym w Rozdziale XVIII ust. 2 SWZ, Zamawiający jednoznacznie wymaga uwzględnienia w ofercie niżej wskazanych kosztów:

- 1) koszt rozpoznania ferromagnetycznego;
- 2) koszt usunięcia obiektów ferromagnetycznych;
- 3) koszt wydobycia i utylizacji przeszkód podwodnych, w tym wykonania badań ferromagnetycznych w celu zapewnienia bezpiecznej realizacji prac.

Powyższe oznacza, że wskazane rozpoznanie i badania leżą po stronie wykonawcy – w ramach przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że rynek wykonawców zdolnych do realizacji niniejszego zamówienia jest rynkiem profesjonalistów, od których Zamawiający ma prawo żądać wysokich kwalifikacji i doświadczenia, a tym samym należytej staranności w wykonywaniu zamówienia i przede wszystkim zrozumienia przedmiotu zamówienia oraz doboru odpowiedniej technologii wykonywania prac opisanych w OPZ. Sam Odwołujący wskazał, w oparciu o swoje dotychczasowe doświadczenia przy wykonywaniu tego rodzaju prac, m.in. podczas realizacji na rzecz Zamawiającego innego zamówienia publicznego, tj. zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa obrotnicy nr 2 w Porcie Gdynia”, obejmującego m.in. oczyszczenie dna akwenu morskiego przed przystąpieniem do robót czerpalnych, gdzie w dokumentach przetargowych oszacowano ilość miejsc występowania anomalii magnetycznych na około 1173 punkty ferromagnetyczne (na podstawie raportu załączonego do SWZ), że w trakcie realizacji zadania okazało się, iż faktyczna zalegająca w dnie ilość obiektów i zakłócenia pochodzące od infrastruktury portowej, praktycznie uniemożliwiają ustalenie lokalizacji punktów ferromagnetycznych na znacznej części akwenu, nadto – iż badanie ferromagnetyczne załączone do SWZ w ogóle nie odzwierciedlało istniejącego stanu rzeczy (zaleganie w dnie wielokrotnie wyższej ilości obiektów ferromagnetycznych, co spowodowało konieczność zmiany metodologii wykonania prac i poniesienie przez faktycznego wykonawcę tych prac kosztów ich wykonania, których nie mógł on uwzględnić w sporządzonej wycenie, a które nie zostały pokryte przez Zamawiającego powołującego się na ryczałtową konstrukcję wynagrodzenia). Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że rynek wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia jest rynkiem profesjonalistów, od których Zamawiający ma prawo żądać wysokich kwalifikacji i doświadczenia, a tym samym należytej staranności w wykonywaniu zamówienia i przede wszystkim zrozumienia przedmiotu zamówienia oraz doboru odpowiedniej technologii wykonywania prac opisywanych w OPZ. Dlatego też należy uznać za słuszne stanowisko Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, że to wykonawca powinien skalkulować koszt wykonania koniecznych prac związanych z oczyszczaniem dna akwenu w sposób zapewniający bezpieczeństwo prowadzonych robót i tym samym do oszacowania wszelkich ryzyk z tym związanych, tak aby rzeczywiście zapewnić bezpieczeństwo wykonywanych robót czerpalnych. To wykonawca, w miarę realizacji zadania, może ocenić właściwą metodologię, w tym m.in. zastosowania odpowiedniego progu pomiarowego - wskaźnika wartości sygnału gradientowego. Raport załączony do SWZ ma na celu jedynie umożliwić wykonawcy oszacowanie kosztów związanych ze sprawdzeniem akwenu i wydobyciem obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych. Nie jest to raport, który dokładnie opisuje zakres prac związanych z oczyszczaniem akwenu, gdyż jak zgodnie przyznał Odwołujący i Zamawiający, przeprowadzone badania nie pozwalają na dokonanie na tej podstawie pełnej oceny dna akwenu, gdyż będzie to możliwe przy zastosowaniu

odpowiednich metod badania, do przyjęcia których jest zobowiązany wykonawca robót”.

RYZYKA

Jak wynika z powyższego, Zamawiający dołożył wszelkiej staranności celem jak najbardziej pełnego, jasnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Powyższe ukazuje też, iż Odwołujący *de facto* chciałby wyeliminować jakiegokolwiek swoje ryzyko z związane z realizacją części zamówienia objętego tym zarzutem:

Zdaniem Zamawiającego absolutnie brak przesłanek by godzić się z tak sformułowanym życzeniem Odwołującego.

Jak wyżej wykazano, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób maksymalnie precyzyjny i pełny, dostarczając wszelkich informacji, w tym aktualny Raport, umożliwiając też wykonawcom, którzy w tej dziedzinie są wyspecjalizowanymi profesjonalistami, wykonania wszelkich innych czynności czy uzyskania wszelkich oczekiwanych informacji, które pozwolą im sporządzić prawidłową ofertę. Raport ma charakter poglądowy, i obowiązkiem Wykonawców jest wykonanie przedmiotu umowy w sposób gwarantujący realizację celu i zachowania zasad bezpieczeństwa.

Sam Odwołujący wielokrotnie przeczy sam sobie, ponieważ z jednej strony twierdzi, iż przedmiot zamówienia winien być opisany bardziej precyzyjnie i jasno, a sam nie tylko nie wskazuje w jaki sposób to uczynić, to wręcz stwierdza, że nie da się tego zrobić (poniżej cytata z Odwołania):

W związku z powyższym wskazuje się, iż niżej wymienione fakty przemawiają za oddaleniem Odwołania w tym zakresie:

- Przedmiot zamówienia jest opisany jasno, precyzyjnie i wyczerpująco;
- Nie można opisać przedmiotu zamówienia inaczej;
- Wykonawca miał wszelkie narzędzia i możliwości, aby uzyskać wiedzę, która mogłaby mu ewentualnie dostarczyć większej ilości informacji;
- Nie da się, jak tego oczekiwałby Odwołujący, wykonać Raport bardziej szczegółowo i w konsekwencji określić wszystkie obiekty ferromagnetyczne, podać ich dokładną ilość, wymiary;
- ryzyko to immanentna część prowadzonej działalności gospodarczej;
- nie ma przesłanek uzasadniających, iż ryzyko związane z obiektami ferromagnetycznymi pozostawić w całości przy Zamawiającym, skoro opisał on przedmiot zamówienia w najdalej wymagany od niego sposób, a to wykonawca jest specjalistą i profesjonalistą, który winien posiadać wiedzę i doświadczenie służącą do wykonania przedmiotu zamówienia i oszacowania wynagrodzenia na nie;
- zapisy SWZ, których domaga Odwołujący, nie tylko nie mają na celu przywrócenia stanu równości stron, lecz same w sobie prowadzą wprost do zachwiania tej równowagi i przerzucając ryzyka, o których wiedzę winien mieć Odwołujący a nie Zamawiający, na tego ostatniego, stawia się w nieuzasadnionej uprzywilejowanej pozycji prowadząc do niezgodnego z przepisami prawa wydatkowaniem środków publicznych;
- zmiany SWZ, których domaga się Odwołujący, są niemożliwe do wprowadzenia również z tej przyczyny, iż zostały wadliwie sformułowane; Odwołujący prawdopodobnie nie rozumiejąc treści Raportu, a także pojęć obiektów ferromagnetycznych i anomalii, tam opisanych, żąda aby rozliczać z nim wszystko to, co wychodzi ponad treść Raportu, który jednak nie zawiera ilości i danych, które mogłyby posłużyć do ustalenia tego co jest precyzyjnie w ramach przedmiotu zamówienia a co jest ponad opis.

Ad. 3)

Zarzut w tej części dotyczy *de facto* innego zagadnienia niż opis przedmiotu zamówienia, a mianowicie, niejasności sformułowania wskazanych przez Odwołującego klauzul przeglądowych, których potencjalne zastosowanie Zamawiający przewidział w myśl przepisu art. 455 ust. 1 pkt 1) PZP:

Odwołujący sprecyzował swój zarzut wskazując na zakres oczekiwanych zmian, tj.:

Z powyższego wynika, iż Odwołujący chciałby dwóch zmian:

- Dopisanie, iż chodzi również o „zmię terminu oraz wynagrodzenia”;
- Przerzucenia całego ryzyka związanego z obiektami ferromagnetycznymi na Zamawiającego.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż możliwe zmiany terminu i wynagrodzenia przewidziano w innych klauzulach przeglądowych zawartych w § 19 wzoru umowy, zatem żądanie Odwołującego, aby dopisać jest do § 19 ust. 1 pkt 9) lit. c) wzoru umowy, który dotyczy wyłącznie przedmiotu Umowy, co wskazuje poniższy cytat: jest oczywiście bezzasadne.

Ponadto, zawarty w §19 ust. 7 lit. g) wzoru umowy zapis stanowiący: Dopuszczalna jest też zmiana terminu wykonania Umowy w przypadku:

Z powyższego wynika, iż odwołujący chciałby dwóch zmian:

- Dopisanie, iż chodzi również o „zmię terminu oraz wynagrodzenia”;
- Przerzucenia całego ryzyka związanego z obiektami ferromagnetycznymi na Zamawiającego.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż możliwe zmiany terminu i wynagrodzenia przewidziano w innych klauzulach

przeładowych zawartych w § 19 wzoru umowy, zatem żądanie Odwołującego, aby dopisać jest do § 19 ust. 1 pkt 9) lit. c) wzoru umowy, który dotyczy wyłącznie przedmiotu Umowy, co wskazuje poniższy cytat:
jest oczywiście bezzasadne.

Ponadto, zawarty w §19 ust. 7 lit. g) wzoru umowy zapis stanowiący: Dopuszczalna jest też zmiana terminu wykonania Umowy w przypadku:

saperów podczas realizacji robót, to Wykonawca będzie zobowiązany do udowodnienia Zamawiającemu, że znaleziony obiekt uniemożliwił wykonywanie robót wymuszając ich bezwzględne wstrzymanie, i w przypadku ziszczenia się tej przesłanki, klauzula przeglądowa może znaleźć uzasadnienie. Powyższe nie następuje automatycznie, lecz w szczególnie uzasadnionych przypadkach.

Z kolei żądanie dotyczące dopisania obiektów ferromagnetycznych przerzucających całe ryzyko na Zamawiającego, potwierdza tylko wyżej prezentowaną konstatację Zamawiającego, iż zarzut i twierdzenia Odwołującego podyktowane są jedynie troską o wyeliminowanie wadliwości opisu przedmiotu umowy, a nie o ustalenie wygodnych dla niego warunków, umowy.

W tym miejscu z całą stanowczością Zamawiający stwierdza, iż klauzule przeglądowe służą wyłącznie stworzeniu możliwości potencjalnej zmiany, w sytuacji gdyby taka była zgodna wola stron. W żadnym razie nie stanowią one roszczenia, co wyraźnie wskazano we wzorze umowy: (vide § 19 ust. 11 wzoru umowy):

Oczywistą i zgodną z PZP jest praktyka Zamawiających, którzy projektują klauzule przeglądowe na szereg wypadków, nawet takich, których ryzyka wystąpienia są śladowe, po to aby, w sytuacji takiej konieczności, móc w ogóle dokonać zmiany umowy, co leżałoby w interesie Zamawiającego, którego celem jest zrealizowanie zamówienia do końca.

Zdaniem Zamawiającego całkowicie nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego o niejasności tej klauzuli przeglądowej, również w kontekście wyżej opisanego jej celowi. Przyglądając się temu zapisowi wzoru umowy, można stwierdzić, iż

- nie ingeruje on w obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia, które jest jasne, natomiast mówi jedynie o zastosowaniu tej klauzuli w sytuacji wykraczającej ponad opis przedmiotu zamówienia, tj. sytuacji które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w umowie:

Skoro zatem w § 6 ust. 14 pkt 36) wzoru umowy mówi się, iż Wykonawca ma wydobyć obiekty ferromagnetyczne, w tym te niebezpieczne, to znaczy, że ma wydobyć je wszystkie.

Omawiana klauzula przeglądowa, szczególnie wobec opisanej w SWZ (vide § 6 ust. 14 pkt 37) wzoru umowy):

konieczności posiadania zespołu saperów podczas realizacji robót, to Wykonawca będzie zobowiązany do udowodnienia Zamawiającemu, że znaleziony obiekt uniemożliwił bądź w taki sposób utrudnił wykonywanie robót, iż wykracza to poza opis przedmiotu zamówienia. Musiałaby to być więc sytuacja np. związana ze znalezieniem niewybuchu o tak wielkiej skali rażenia, której wykonawca nie mógł przewidzieć (vide Neutralizacja bomby lotniczej Tallboy podczas pogłębiania toru wodnego Szczecin – Świnoujście, 2019 rok).

Zwraca się przy tym uwagę, iż Odwołujący nie podjął próby wyważonej próby ewentualnego preredagowania zapisu, który nie mówi przecież o różnych działaniach, jak zmiana sposobu wykonania, zakresu, czy lokalizacji robót, dotyczy warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych, a także dotyczy np. znalezisk archeologicznych, natomiast proponuje wyłącznie to, aby przerzucić całe ryzyko związane z obiektami ferromagnetycznymi na Zamawiającego.

Ponadto, jak już to wyżej wywiódł Zamawiający, skoro Raport nie definiuje określonej ilości obiektów ferromagnetycznych co jest niecelowe i co najważniejsze, niemożliwe, wprowadzenie zapisu w treści proponowanej przez Odwołującego spowoduje niemożność wykonania go w rzeczywistości, a także zmieni opis przedmiotu zamówienia w sposób nienadający się do zdefiniowania ani przez Zamawiającego ani przez Wykonawców.

- Nie tworzy sytuacji niejasnej czy generującej nadużycia Zamawiającego, a wręcz przeciwnie, proponowane zapisy Odwołującego stanowią oczywiste nadużycie i tworzy nieuzasadnioną uprzywilejowaną pozycję Wykonawców. Odwołujący wskazał bowiem:

Odwołujący zatem chcąc ubiegać się o udzielenie zamówienia, którego immanentną treścią są roboty czerpalne z uwzględnieniem obiektów ferromagnetycznych, gdzie wprost wskazuje się, iż winien on je wydobyć, winien posiadać zespół saperski, otrzymał wszystkie możliwe narzędzia i informacje jakie tylko Zamawiający mógł, zamówienie to może wykonać wyłącznie doświadczony w tym zakresie wykonawca, który doskonale winien zdawać sobie sprawę z tego, z czym może się spotkać, jest w stanie i z pewnością tak też uczyni, uwzględni w cenie ofertowej wszystkie te wymogi, a w konsekwencji uzyska wynagrodzenie, które uwzględni wszelkie koszty i ryzyka i będzie go satysfakcjonowało.

PODSUMOWANIE

Opis przedmiotu zamówienia i klauzule przeglądowe są pełne, jasne i precyzyjne. Kwestionowany zapis SWZ wprost stanowi, iż Zamawiający oczekuje oczyszczenia dna w zakresie umożliwiającym bezpieczną realizację robót czerpalnych oraz przedłożenia atestu czystości dna po wykonanych robotach, umożliwiających bezpieczną obsługę Portu. Metodologię rozpoznania ferromagnetycznego w tym obiektów niebezpiecznych Zamawiający pozostawia w gestii Wykonawcy. Wszelkie prace prowadzone na budowie muszą być realizowane w szczególności w zgodzie z

obowiązującymi przepisami prawa. Udostępnione przez Zmawiającego Raportu wynika z należytej staranności Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, natomiast ma on charakter pomocniczy, ułatwiający Wykonawcy kalkulację wykonania przedmiotowych prac oraz identyfikację i wycenę ryzyk jakie mogą z tego faktu wynikać. Odwołujący stawia też zarzut niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia i klauzul przeglądowych prezentując argumentację opartą na niezrozumieniu treści i funkcji Raportu, co czyni zarzuty i wnioskowane zmiany zapisów SWZ nie tylko bezzasadnymi, lecz wręcz niewykonalnymi, wprowadzającymi nierównowagę na korzyść wykonawców, a także niejasność opisu przedmiotu zamówienia i niepewność stron co do ich treści. Skoro bowiem, jak już to wyżej wywiódł Zamawiający, Raport nie definiuje określonej ilości obiektów ferromagnetycznych co jest niecelowe i co najważniejsze, niemożliwe, nie można czynić z jego treści punktu odniesienia do żądania zmian zakresu i wynagrodzenia umowy. Niezrozumienie przez Odwołującego problematyki, którą przyjął za kanwę swojego Odwołania, przejawia się również w poniżej cytowanej tezie, jakoby obecny opis czyni teren przyszłej budowy sprzeczny z wymogiem przepisu art. 647 KC. Zarzut ten jest tyleż bezzasadny co absurdalny. Co oczywiste Zamawiający nie jest w stanie „przygotować samodzielnie terenu budowy” w sposób będący de facto realizacją istotnej, i wysoce specjalistycznej części zakresu przedmiotu umowy, i musi to wykonać rękoma profesjonalistów, co niniejszym zleca w ramach przedmiotowego zamówienia. Treść Odwołania rodzi wręcz wątpliwości, czy Odwołujący prawidłowo zrozumiał przedmiot zamówienia. Wskazał bowiem również, iż oczekiwałby, aby Raport podał wszystkie obiekty ferromagnetyczne (np. jak obiekty o rozmiarach 0,5cm x 2 cm – jakie znajdują się w wyjaśnieniach Raportu, kawałki blachy, prętu, etc.), a także ich wagę, wymiary, kubaturę, identyfikację, co jest fizycznie niemożliwe, jak również niecelowe (vide cytaty z Odwołania). Nie jest również trafny argument o skrajnej nierównowadze. Podobnie, jak nie jest trafny argument o nadużywanej sile Zamawiającego mogącego kształtować postanowienia umowy. Jak widać, wykonawcy biorą udział w jej kształtowaniu, natomiast Odwołujący pod pozorem walki o przestrzeganie przepisów prawa, dąży do takiego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia, który przerzuci całkowite ryzyko na Zamawiającego, co jest przejawem naruszenia równowagi, ale na nieuzasadnioną korzyść wykonawców. Zamawiający chce uzyskać określone zamówienie i mówi czego wymaga, dostarczając wszystko do opisu przedmiotu, co może tylko dać i szuka wykonawcy, który potrafi zamówienie wykonać za co zapłaci mu wynagrodzenie, będąc pewnym płatnikiem. W zakresie realizacji zamówienia to wykonawca jest silniejszym podmiotem od Zamawiającego, to wykonawca jest profesjonalistą, który wie jak wykonać przedmiot umowy, wie jakie ryzyka mogą się z tym wiązać i jak je uwzględnić. Odwołujący skarży rzekomo niejasny i niepełny opis przedmiotu zamówienia, lecz nie mówi, czego mu brakuje, co można jeszcze zrobić. Jedyne co czyni to po prostu przerzucenie odpowiedzialności na Zamawiającego, i to jeszcze wadliwie nie rozumiejąc treści i celu Raportu i tak formułując treść zmian SWZ, która jest sprzeczna Raportem, OPZ, i celem tych dokumentów.

IV. Ad. Zarzut nr 3: Odwołujący podniósł następujący zarzut:

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny, co uzasadnia się jak poniżej.

Odwołujący twierdzi, iż limit 30% kar umownych, cyt. „odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany”, a nadto, cyt. „uniemożliwiają wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk” oraz „mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy”.

Biorąc pod uwagę dwie wartości jakie zestawia z sobą Odwołujący, kara umowna w wysokości 10% za odstąpienie od umowy (co jest wartością absolutnie minimalną), oraz limit kar umownych w wysokości 30% (co jest wartością bardzo powszechną, niewygórowaną, wręcz minimalną, biorąc pod uwagę bardzo specyficzny i trudny przedmiot umowy), nie sposób uznać, iż zarzut Odwołującego jest w jakimkolwiek stopniu racjonalny, nie mówiąc już o byciu uzasadnionym. W praktyce udzielania zamówień publicznych wartość kar umownych wynosi na ogół od 10% wynagrodzenia netto – 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 sierpnia 2023 roku, KIO 2327/23). W wyroku z 28 czerwca 2022 r. (KIO 1553/22) Izba wskazała, że przepisy pzp nie zabraniają zamawiającemu ustanowienia limitu kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto, chociaż zgadza się, że taki limit jest niewątpliwie bardzo wysoki. Nie świadczy to jednak o jego niezgodności z prawem. Zgodnie z poglądem doktryny, i to już sprzed lat, „analizując ustalenia sądów powszechnych i KIO oraz praktyki rynkowe, uzasadniony staje się pogląd, że ustalenie górnego limitu kar umownych na poziomie 20–30% wydaje się rozsądne i nie powinno stanowić przedmiotu zarzutu nadmiernej wysokości kary umownej. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na uzasadnienie projektu pzp komentowane w literaturze przedmiotu. „W trakcie prac legislacyjnych nad nową ustawą Prawo zamówień publicznych Ministerstwo Rozwoju próbowało przeforsować pomysł, aby ustawowym wymogiem było zawieranie w umowach w sprawie zamówienia publicznego nie tylko obowiązku limitowania kar umownych, ale także konkretnej, z góry ustalonej kwoty tegoż limitu. W projekcie przewidziano ustalenie tej granicy na poziomie 20% wartości netto umowy. (...)”. Również w wyroku KIO 2574/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10 % wynagrodzenia netto do 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Limit kar umownych w wysokości przyjętej przez Zamawiającego, mieści się w zakresie powszechnie przyjętym poglądami doktryny i judykatury. Nieuprawniony i wręcz absurdalny jest argument Odwołującego, jakoby wobec

przewidzenia kary umownej za odstąpienie od umowy w wysokości 10%, cyt. „Wykonawcy bardziej opłaca się od umowy odstąpić niż ją kontynuować. Po pierwsze kary umowne w wielu zakresach podlegają kumulacji [przywołana przez Odwołującego uchwała SN dotyczy zakazu kumulacji kar umownych de facto za to samo zdarzenie, natomiast kary umowne przewidziane wzorem umowy w przedmiotowej sprawie zastrzegają wiele z nich, które podlegają kumulacji] razem z karą za odstąpienie od umowy, a po wtóre, to Zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy, a nie Wykonawca, w związku z czym ten ostatni nie ma możliwości „zarządzania” swoim wadliwym wykonywaniem umowy w sposób, który wyeliminuje jego odpowiedzialność (nie mówiąc już o roszczeniach odszkodowawczych przenoszących wysokość zastrzeżonych kar umownych). Argumentacja polegająca na konieczności zrównania limitu kar umownych z najwyższą z kar umownych, tj. z reguły z tą za odstąpienie od umowy, nie uwzględnia więc przepisów kodeksu cywilnego dopuszczających kumulację kar umownych, pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody kształtowania umów, a nadto, w sposób bezpośredni godzi w dyscyplinę finansów publicznych. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż nie tylko przyjęta przez Odwołującego „zasada” owego zrównania jest niewłaściwa i niezająca poparcia w poglądach doktryny i judykatury, to jeszcze w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie kara umowna za odstąpienie jest na minimalnym, 10% poziomie, próba zrównania z nią limitu kar jest oczywiście bezzasadna.

W sprawie KIO 1192/22 wskazano, iż limit kar umownych może być wyższy niż maksymalna, przewidziana kara umowna. Nie istnieje nawet cień ryzyka bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego, nie tylko z tego powodu, iż każde naliczenie kary umownej wiąże się z zawnionym działaniem lub zaniechaniem wykonawcy, to jeszcze ich limit jest na obiektywnie niskim poziomie. Wskazuje się w tym miejscu również na specyfikę, trudność i złożoność przedmiotu zamówienia, a które wymagają zachowania wielkiej dyscypliny, której służą zastrzeżone kary umowne. We wzorze umowy zastrzeżono w związku z tym kary umowne aż za 18 zdarzeń, których Odwołujący nie zakwestionował, a których kumulacja może znacznie przekroczyć limit 30%.

Podsumowując, wzór umowy przewiduje naliczenie kar umownych za 18 zdarzeń, które mogą być wielokrotne i kumulowane, przedmiot umowy jest o szczególnym stopniu trudności i wymagającym dyscypliny jaką zapewniają kary umowne, kara umowna za odstąpienie od umowy jest na absolutnie minimalnym poziomie, limit kar umownych jest na niskim poziomie, powszechnie dopuszczanym przez wszelkie poglądy doktryny i judykatury, i nie ma możliwości „zarządzania” wadliwym wykonywaniem umowy przez wykonawców, a zrównanie limitu kar umownych z karą za odstąpienie od umowy nie stanowi zasady, w związku z czym wszystkie te argumenty czynią zarzut Odwołującego oczywiście bezzasadnym.

V. Ad. Zarzut nr 4: Odwołujący podniósł następujący zarzut:

Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny, co uzasadnia się jak poniżej.

Na wstępie wskazuje się, iż całkowicie nieuprawnionym jest twierdzenie Odwołującego, iż wskazana waloryzacja jest pozorna. Zdaniem Zamawiającego, zarzut Odwołującego i wnioski za nim idące, nie mają na celu przywrócenia porządku prawnego urealnienia waloryzacji, lecz stworzenie dodatkowego źródła przychodu. Odwołujący bardzo obszernie uzasadnia ten zarzut, lecz jest to de facto zbiór życzeń rozbudowany o teorie niepoparte przepisami prawa czy ich wykładnią, i próżno w nim szukać argumentów, które świadczyłyby o naruszeniu przepisu art. 439 PZP. Podobnie Zamawiający nie znajduje argumentu dla przydatności załączników nr 5.1 – 5.3, które w intencji Odwołującego miały zdaje się potwierdzać jego żądania, tyle że jedyne co ukazują to sytuacja rynkowa, która uzasadnia waloryzację na określonym poziomie przy przyjęciu abstrakcyjnie dobranych danych. Odwołujący stosuje przy tym sprzeczny logicznie zabieg myślowy. Wskazuje bowiem najpierw na cel jaki przyświeca normie art. 439 PZP związany z określonymi, negatywnymi okolicznościami, a następnie wywodzi, poprzez wyliczenia, które nie ilustrują owych negatywnych okoliczności, obowiązek Zamawiającego bezwzględnej dopłaty do wynagrodzenia również w sytuacji, gdyby te negatywne okoliczności nie wystąpiły, lub wystąpiłyby w zakresie mieszczącym się w normalnym ryzyku. Również ten zarzut Odwołującego pokazuje, iż jedynym celem jaki mu przysługuje jest nieuprawnione przerzucenie wszelkich ryzyk na Zamawiającego. W tym miejscu wskazuje się, iż zgodnie z poglądem judykatury, cyt. „[...] z treści art. 439 ustawy Pzp nie można wyprowadzić wniosku, iż zamawiający winien być obciążony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Skład orzekający w tej sprawie podziela stanowisko Izby, zgodnie z którym 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. Jakkolwiek Izba nie kwestionuje dynamiki zmiany cen na rynku to jednak nie oznacza, że ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie winno zostać zatem uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe (vide: wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r., sygn. Akt KIO 235/22)”. Ponieważ obszerne uzasadnienie Odwołującego w tym zakresie, nie wnosi wiele istotnych treści,

odnoszenie się do każdego z akapitów tej części uzasadnienia Odwołania wygenerowałyby dokument niniejszego stanowiska Zamawiającego o objętości czyniącej go nieczytelnym. Zamawiający odniesie się zatem zwięźle do zarzutów odnoszących również do poszczególnych jednostek redakcyjnych normy art. 439 PZP.

Ad. a) tego zarzutu

Zamawiający wskazuje, iż określając próg zmiany wskaźnika uprawniającego do waloryzacji uwzględnił przedmiot i okres realizacji zamówienia oraz prognozowany wskaźnik inflacji. Zamawiający przyjął również dane NBP, na które powołuje się Odwołujący, tyle że uwzględnił je w sposób obiektywny, bez manipulacji danymi, których wynik miałby wyjść na oczekiwaną tezę. Cel inflacyjny NBP wynosi 2,5% +/- 1 punktu procentowego, co oznacza, że przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą mają prawo oczekiwać, że NBP będzie dążył do utrzymywania inflacji w przedziale od 1,5% do 3,5%. Ponadto, projekcja PKB i inflacji, opublikowana przez NBP w marcu 2025 r., podaje prognozę inflacji na 2025 r. w średniej wysokości 4,9% (a także 3,4% w 2026 r. i 2,5% w 2027 r.). Zamawiający właśnie na tym się opiera. Zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego waloryzacja wynagrodzenia stanowi dla Stron rekompensatę w przypadku wystąpienia negatywnych okoliczności rynkowych, z uwzględnieniem minimalnego poziomu ryzyka, jakie Strony w sposób racjonalny winny wziąć na siebie. Waloryzacja nie ma być bowiem źródłem nieuzasadnionego przychodu. Z tego względu wyznaczono próg zmiany cen przynajmniej o 5%. Zamawiający wskazuje na marginesie, iż próg zmiany wskaźnika w wysokości 5% jest powszechnie przyjmowany na rynku zamówień publicznych.

Ad. b) tego zarzutu

Dziwi zarzut Odwołującego o niewskazaniu początkowego terminu ustalania zmiany wynagrodzenia, skoro w § 28 ust. 1 1zoru umowy wskazano, iż, wynagrodzenie ryczałtowe pozostałe do wypłaty może być corocznie jednorazowo waloryzowane w okresach 12 miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego) (...):

Zdaniem Zamawiającego, ustalając początkowy termin zmiany wynagrodzenia na 12 m-cy od daty zawarcia umowy, liczonego na koniec miesiąca – z uwagi na publikowanie wskaźników GUS wg stanu na koniec miesiąca kalendarzowego, jest zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 1) PZP. Nie jest prawdą jakoby wskaźnik cen był określony nieprecyzyjnie. Zamawiający określił wskaźnik cenowy jakim jest wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej wg GUS, a przy braku wskazania któregoś ze szczegółowych podwskaźników (tj. dla budowy budynków, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej, robót budowlanych specjalistycznych) stosuje się wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogółem:

Żądania, aby każdorazowa waloryzacja zawsze wracała do punktu wyjścia jakim jest zawarcie umowy, czy jak chce Odwołujący od złożenia oferty, powoduje, wypaczenie tej instytucji. Skoro Zamawiający dokona już waloryzacji po 12 miesiącach, czemu po upływie kolejnych 12 miesięcy miałby dokonywać obliczeń, które pominą już wcześniej dokonaną waloryzację. W takiej sytuacji, Wykonawca za pierwsze 12 miesięcy uzyskałby podwójną waloryzację. Ogólnie przyjętym jest przyjmowanie wskaźników 12 miesięcznych dla każdorazowej waloryzacji.

Ad. c) tego zarzutu

Zdaniem Zamawiającego, zarzut w tej części został sformułowany omyłkowo, co wynika z jednostek redakcyjnych wzoru umowy, na które powołał się Odwołujący (§ 28 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy); Postanowienie to jednak dotyczy pojedynczej waloryzacji, natomiast maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w przepisie art. 439 ust. 2 pkt 4) PZP, wskazano w § 28 ust. 8 wzoru umowy i wynosi ona 10% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 13 ust. 1 wzoru umowy. Dodatkowo wskazuje się, iż próg 10% jest racjonalny, uzasadniony i zgodny z przepisem art. 439 PZP. Powołując się na pogląd doktryny i judykatury, np. w sprawie z 13.12.2021 r., KIO 3476/21, zauważa się, że „Izba nie uwzględniła wniosku wykonawcy o zwiększenie maksymalnej łącznej wartości korekt wynikającej z waloryzacji wynagrodzenia konsultanta w umowie o okresie trwania 6 lat na poziomie (+/-) 25%, utrzymała limit na poziomie (+/-) 10%. (...) Zamawiający niewątpliwie w oparciu o dostępne materiały dokonał ustalenia wysokości współczynnika waloryzacji wynagrodzenia. Podanie jego wysokości daje możliwość wykonawcom wyliczenie ceny ofertowej z możliwie niedużym ryzykiem, że kwota uzyskanego wynagrodzenia nie pokryje kosztów wykonywania zamówienia. Nadto zauważyć należy, że wysokość kosztów po stronie wykonawcy zależy także w dużej mierze od niego samego, gdyż w tak długim okresie czasu posiada niewątpliwie możliwość zatrudniania osób na określonej stawce wynagrodzenia, dopasowanej do jego możliwości finansowych.”.

Ad. d) tego zarzutu

Powszechnie przyjmuje się, iż waloryzacja dokonywana co 12 miesięcy jest prawidłowa, a ustawa nie narzuca konkretnego okresu, co który należy jej dokonywać. Zdaniem Zamawiającego ustalony okres jest wystarczający, dla ochrony Stron przed ryzykami, dla których uchwalono normę art. 439 PZP, a Wykonawcy są w stanie odpowiednio oszacować swoje ryzyka.

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (Izba lub KIO) ustalił i zważył, co następuje:

Odwołujący – wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie podniósł w odwołaniu wobec dokumentacji postępowania [Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) oraz Wzoru Umowy] zarzuty naruszenia (według oznaczenia

w odwołaniu) w punkcie I.1. następujących przepisów:

I. 1. 1)art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na określenie w rozdz. IX ust 4 pkt 1 lit d) SWZ oraz w ogłoszeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieodpowiedni i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz zawężający grono potencjalnych wykonawców, a przez to naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenie objawia się żądaniem wykazania wykonaniem robót budowlanych, których przedmiotem było wykonanie instalacji przeładunku paliw płynnych bez możliwości wykazania wykonania „instalacji przeładunku lub przesyłu paliw płynnych lub gazowych”.

I. 1. 2)art. 99 ust 1 Pzp oraz 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2,3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. 353 (1) kc w zw. z art. 647 kc i art. 649 kc z uwagi na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy w sposób niepełny, niejasny, nieprecyzyjny oraz poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i przerzucenia na Wykonawcę ryzyka w zakresie w jakim ponosi on wszelką odpowiedzialność za odstąpienie, sprawdzenie, wydobycie i zagospodarowanie obiektów ferromagnetycznych na koszt wykonawcy ponad wstępny raport tj. opracowanie informacyjne o jakim mowa w załączniku nr 21 do SWZ co nie daje podstaw do oszacowania ryzyka z tego tytułu a zapisy umowy są sprzeczne i niejasne w zakresie możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

I. 1. 3)art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353 (1) kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na sformułowanie w postanowieniu § 16 ust 6 Wzoru umowy łącznego limitu kar umownych na poziomie 30%, który odbiega znacząco od standardów rynkowych i jest rażąco wygórowany. Ponadto stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy,

I. 1. 4)art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp ze względu na sformułowanie warunków waloryzacji w § 28 wzoru umowy w sposób oderwany od realiów rynkowych i uniemożliwiających waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów w zakresie w jakim Zamawiający:

a)wyznacza zbyt wysoki próg zmiany wskaźnika uprawniający do waloryzacji co oznacza, że zmiana wynagrodzenia nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowych zmieni się o co najmniej 5%,

b)przewidział pozorny mechanizm waloryzacji poprzez: brak wskazania początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, nieprecyzyjnie określony wskaźnik, dokonanie waloryzacji każdorazowo w oparciu o wskaźnik ukazujący zmiany cen materiałów i kosztów w stosunku do tych cen sprzed 12 miesięcy zamiast do dnia złożenia oferty,

c)ustalił łączną maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia na skutek zmiany wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej (w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) na poziomie 5 % wynagrodzenia,

d)przewidział możliwość waloryzacji jedynie raz w roku, w okresach 12miesięcznych od daty zawarcia umowy podczas gdy ustawodawca przewiduje że waloryzacji podlegają umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy co uzasadnia waloryzację wynagrodzenia w okresach nie dłuższych niż 6 miesięcy,

co stanowi o ustaleniu warunków zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 19.05.2025 r.) uwzględnił zarzut z punktu I.1.1) odwołania dotyczący naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z określonym w rozdz. IX ust 4 pkt 1 lit d) SWZ (i w ogłoszeniu o zamówieniu)warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych. Wobec powyższego KIO uwzględniając przepis art. 522 ust.1 ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu.

W pozostałym zakresie podnoszone w odwołaniu zarzuty nie podlegają uwzględnieniu. Rozpoznając wskazane w odwołaniu zarzuty KIO miała na uwadze normy wynikające z przepisów ustawy Pzp, w tym jej art. 555 Pzp w myśl którego Izba orzeka tylko co do zarzutów, zawartych w odwołaniu mając na uwadze podnoszone w takim zakresie okoliczności. Izba zwraca też uwagę na normę wynikającą z art. 234 ust.1 Pzp, która nakłada odpowiednio na stronę (lub uczestnika) obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których zobowiązany wywodzi skutki prawne.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody przedkładane przez Strony oraz dokumenty zamówienia, w tym Specyfikację Warunków Zamówienia z załącznikami w tym Wzór Umowy, które to dokumenty zostały przedłożone przez Zamawiającego do akt sprawy na nośniku.

Odwołujący w zakresie zarzutu z pkt I.1. 2) wskazując na § 6 ust. 4 pkt 36 i § 19 ust.1 pkt 9 lit. c Wzoru Umowy

(WU) i naruszenie art. 99 ust 1 Pzp oraz 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1,2,3 oraz art. 8 ust. 1 Pzp, w zw. 353 (1) kc w zw. z art. 647 kc i art. 649 kc stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia jest niepełny, niejasny, nieprecyzyjny. Także podniósł nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i przerzucenia na wykonawcę ryzyka w zakresie w jakim ponosi on wszelką odpowiedzialność za odstąpienie, sprawdzenie, wydobycie i zagospodarowanie obiektów ferromagnetycznych na koszt wykonawcy ponad wstępny raport tj. opracowanie informacyjne o jakim mowa w załączniku nr 21 do SWZ, co nie daje podstaw do oszacowania ryzyka z tego tytułu a postanowienia umowy są sprzeczne i niejasne w zakresie możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

Zarzut ten nie podlega uwzględnieniu. W myśl wskazanego art. 99 ust 1 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 natomiast z 433 pkt 3 ustawy Pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;(...)

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z Rozdziałem IV.1. (Opis przedmiotu zamówienia) jest: *zaprojektowanie, a następnie wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji projektu pod nazwą: „Rozbudowa Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych decyzji administracyjnych (...)* w oparciu o wymogi BIM (...) (zał. nr 15).

W pkt 2 podano: „2. Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia zawarto w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (...) (zał. 3).

Z kolei w punkcie 4 ppkt 4) wskazano:

„4. Przedmiot Zamówienia obejmuje zaprojektowanie, a następnie wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji projektu pod nazwą: „Rozbudowa Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia”, do których należy: (...) 4) Wykonanie prac czerpalnych i zasypowych, (...) W myśl z kolei pkt.8 ppkt 3: „8. Zakres robót budowlanych dotyczący Zamówienia obejmuje: (...) 3) Wykonanie prac czerpalnych i zasypowych, poprzedzonych usuwaniem obiektów UXO, Zamawiający udostępnia informacyjnie opracowanie: *Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czerpalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia , Explosiv, styczeń 2025*”.

Zgodnie ze wskazanym w zakresie tego zarzutu § 6 ust.14 pkt 36 WU:

„14. Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny, w szczególności do: (...)

36) *wydobycia obiektów ferromagnetycznych na obszarze objętym robotami czerpalnymi i fundamentowymi. W tym celu Wykonawca dokona ich odstąpienia, sprawdzenia, wydobycia i zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przystąpienie do robót czerpalnych lub fundamentowych możliwe będzie po wykonaniu przez Wykonawcę badania kontrolnego oraz przedstawieniu raportu stwierdzającego, że możliwe jest bezpieczne prowadzenie robót czerpalnych i fundamentowych. W razie stwierdzenia podczas prac czerpalnych lub fundamentowych zalegania niebezpiecznych obiektów ferromagnetycznych, Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia i zagospodarowania na własny koszt. Zamawiający zwraca uwagę, iż zalegające obiekty mogą być pochodzenia wojskowego oraz potencjalnie wybuchowe i niebezpieczne; (...)*

Izba ponadto zwraca uwagę na pkt 37 i pkt 38 w ust. 14 tego paragrafu zgodnie z którym wykonawca także zobowiązany jest we własnym zakresie i na koszt własny do:

„37) *zapewnienia nadzoru saperskiego podczas prowadzenia robót czerpalnych. Prace czerpalne i refulacyjne prowadzić w obecności 2 uprawnionych do usuwania obiektów niebezpiecznych/niewybuchów osób na jednostce pogłębiarki;*

38) *przekazania Zamawiającemu przed przystąpieniem do robót czerpalnych, na 30 dni przed planowanym rozpoczęciem robót czerpalnych, aktualnego (wykonany nie wcześniej niż 30 dni przed rozpoczęciem robót) planu batymetrycznego akwenu czerpania;(...)*

Zgodnie z kolei ze wskazanym § 19 ust.1 pkt 9 lit. c WU:

9) *Wynagrodzenie Wykonawcy zmienia się odpowiednio w stosunku do zmniejszonego zakresu Robót z uwzględnieniem mechanizmu opisanego w § 20 Umowy.*

a) *Dopuszczalna jest zmiana przedmiotu Umowy, w szczególności zmiana sposobu wykonania przedmiotu Umowy, zakresu Robót, lokalizacji Robót w sytuacji:*

- *wystąpienia innych warunków geologicznych, geotechnicznych, hydrologicznych niż te wskazane w dokumentacji projektowej, powodujących konieczność zmiany sposobu wykonania przedmiotu Umowy;*

- *wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów lub znalezisk archeologicznych, które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w Umowie;(...)*

Według opisu SWZ, w tym wskazanego w rozdziale IV punktem 8 podpunktem3) *zakres robót budowlanych obejmuje wykonanie prac czerpalnych i zasypowych, poprzedzonych usuwaniem obiektów UXO.*

Zamawiający dla wykonania spornego zakresu prac wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia udostępni –

jak podał w SWZ - „informacyjnie opracowanie: Pomiary magnetometryczne dna akwenu w rejonie planowanych robót czepalnych dla rozbudowy Stanowiska Przeladunku Paliw Płynnych w Porcie Gdynia , Explosiv, styczeń 2025”. Natomiast wykonawca zgodnie z OPZ – [w tym pkt I. 6.2.4.] w zakresie uwarunkowań ferromagnetycznych (...) ma wykonać w ramach realizacji zadania badania ferromagnetyczne przed przystąpieniem do wykonania odwiertów do badań geotechnicznych oraz przed realizacją prac czepalnych, czy wykonaniem konstrukcji. Badanie musi obejmować cały obszar obejmujący zakresy zaprojektowanych konstrukcji, robót czepalnych, czy wskazanych miejsc odwiertów. Badanie to wsparte, o ile konieczne, kontrolą dna przez wykwalifikowanych nurków, ma na celu usunięcie wszelkich przeszkód podwodnych (w tym niebezpiecznych). Jeśli jakiegokolwiek wskazane w badaniu ferromagnetycznym anomalie są wątpliwe z uwagi na szczegółowość wykonanych badań, na zlecenie Wykonawcy zostanie wykonana kontrola dna przez nurków, celem doprecyzowania wskazań badania. W ramach niniejszego przedsięwzięcia Wykonawca usunie wszystkie kolidujące z przedsięwzięciem przeszkody podwodne w tym elementy niebezpieczne”. Podobnie w przypadku prac czepalnych (pkt I.6.2.5] (...) 1. Przed robotami budowlanymi należy wykonać wywiad ferromagnetyczny, którego celem jest wykrycie obiektów ferromagnetycznych, stanowiących potencjalne przedmioty wybuchowe. Przewiduje się wykonanie wywiadu ferromagnetycznego na powierzchni, na której zlokalizowane będą konstrukcje budowlane, a także na powierzchni planowanych robót czepalnych”.

Żądania Odwołującego związane z tym zarzutem zmierzają do zmiany przedmiotu zamówienia w zakresie zadań przypisanych wykonawcy do realizacji. Opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny w świetle cytowanych postanowień dokumentacji, a wskazywane rozpoznanie i badania – w ramach przedmiotu zamówienia – należy do wykonawcy. Tym samym, w okolicznościach tej sprawy, uwzględniając z pewnością specyfikę spornych prac i ich stopień skomplikowania, nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w zakresie opisu przedmiotu zamówienia naruszył art. 99 ust.1 ustawy Pzp. Omawiany Raport – jak wskazano w SWZ i co podkreślał Zamawiający, a co potwierdza OPZ – pełnić ma tylko funkcję informacyjną, uzupełniającą OPZ w ramach dokumentacji przetargowej. Tak jak wskazywał Zamawiający wykonawca uczestnicząc w wizji lokalnej nie zgłaszał zapotrzebowań na wykonanie dodatkowych badań na etapie tworzenia oferty. Natomiast – także jak wskazywał - wykonawcy uzyskali również inne dokumenty i dane jak: aktualny plan batymetryczny, plan sonarowy oraz dane surowe – dane źródłowe dla pomiarów ferromagnetycznych, które wykonawca może opracować i zinterpretować we własnym zakresie przy użyciu posiadanego oprogramowania celem m.in. oszacowania ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia. Temu celowi może również służyć - dla potrzeb opracowania oferty z uwzględnieniem ryzyk – dostęp wykonawcy do wszelkich danych, w tym archiwalnych dotyczących przedmiotowej infrastruktury SPPPzbudowanej w latach 70 - tych, także o prowadzonych dotychczas pracach, w tym w 2018 roku pracach podczyszczeniowych do gł. -12,0m, które miały możliwość ujawnienia obiektów ferromagnetycznych.

Niewątpliwie rynek wykonawców zdolnych do wykonania w takim zakresie przedmiotu zamówienia jest rynkiem ograniczonym do profesjonalistów z wysokim doświadczeniem, którzy będąc świadomi ryzyk związanych z jego realizacją, muszą skalkulować koszt wykonania koniecznych prac związanych z oczyszczaniem dna akwenu w sposób zapewniający bezpieczeństwo prowadzonych robót i tym samym do oszacowania wszelkich ryzyk z tym związanych, tak aby rzeczywiście zapewnić bezpieczeństwo wykonywanych robót. Raport załączony do SWZ ma na celu jedynie umożliwić wykonawcy oszacowanie kosztów związanych ze sprawdzeniem akwenu i wydobyciem obiektów, w tym obiektów niebezpiecznych. Nie jest to raport, który dokładnie opisuje zakres prac związanych z oczyszczaniem akwenu, gdyż jak zgodnie przyznał Odwołujący i Zamawiający, przeprowadzone badania nie pozwalają na dokonanie na tej podstawie pełnej oceny dna akwenu, gdyż będzie to możliwe przy zastosowaniu odpowiednich metod badania, do przyjęcia których jest zobowiązany wykonawca robót. Izba zwraca także uwagę na § 19, który dotyczy możliwych zmian umowy ust.1 pkt 8 lit. c) w przypadku wystąpienia na terenie budowy niewybuchów, niewypałów czy znalezisk archeologicznych, które uniemożliwiają lub utrudniają wykonanie robót na warunkach przewidzianych w umowie. Teren budowy w rozumieniu OPZ (pkt I.6.2.3.)w przypadku niniejszej Inwestycji stanowi zarówno ląd jak i akwenu. W konkluzji Izba stwierdza, że sporny Raport nie może stanowić punktu odniesienia do żądania zmian umowy, albowiem nie definiuje ściśle określonej ilości obiektów ferromagnetycznych. Wykonanie wskazanego zakresu jest związane z przygotowaniem terenu budowy, które to zadanie jest przypisane do obowiązków wykonawcy. Tym samym wskazane postanowienia SWZ i WU nie dowodzą przerzucenia na wykonawcę ryzyka związanego z zakresem prac, których dotyczy zarzut i powołany art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut z pkt I.1. 3) Odwołujący odniósł do § 16 ust.6 Wzoru Umowy zgodnie z którym:

„6. Strony ustalają maksymalną wysokość kar umownych, które mogą dochodzić na podstawie niniejszej Umowy na poziomie 30% (słownie: trzydzieści) całkowitego wynagrodzenia brutto wskazanego w ust. 1 Umowy”.

W przypadku tego zarzutu wykonawca wskazał w pierwszej kolejności na art. 436 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: „Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: (...) 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony; (...)

Po pierwsze, zgodnie z tym przepisem została określona łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Po drugie z tego przepisu nie wynika, że łączna maksymalna wysokość jest limitowana wysokością kary umownej przewidzianej za odstąpienie od umowy, w tym przypadku w wysokości 10 %. Zrównanie limitu kar umownych z karą za odstąpienie od umowy nie stanowi zasady na gruncie przepisów Pzp. Ponadto to sporne postanowienie, jak i postanowienie o odstąpieniu (podobnie jak wskazywany przepis Pzp) odnosi się zarówno do wykonawcy jak i zamawiającego.

Tak jak wskazał Zamawiający, ten przedmiot umowy cechuje szczególny stopień trudności, wymagający dyscypliny jaką zapewniają kary umowne i Wzór Umowy przewiduje naliczenie kar umownych za 18 zdarzeń, które mogą być wielokrotne i kumulowane. Z kolei kara umowna za odstąpienie od umowy jest raczej na minimalnym – standardowo ustalonym - poziomie. Zdaniem Izby w odwołaniu nie wykazano ryzyka bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego, a każde naliczenie kary umownej wiąże się z zawnionym działaniem lub zaniechaniem wykonawcy i ich limit nie jest również obiektywnie na wysokim poziomie. We Wzorze Umowy wskazano (§ 18) na % wskaźnik kar od 0,1 % do 05 %, a tylko w dwóch przypadkach (odstąpienia od umowy z winy wykonawcy i w przypadku nieterminowej płatności podwykonawcy) w wysokości 10 %. W pozostałych, kary określono kwotowo od 2.000 zł do 20.000 zł. Zarówno te których dotyczy wysokość wyrażona w % czy kwocie dotyczą zwłoki wykonawcy lub naruszenia przez niego zobowiązań umownych.

Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353 (1) kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc w zakresie wskazanym nie podlega uwzględnieniu. W tym stanie faktycznym ewentualne kary umowne mogą być odczuwalne, ale nie w stopniu, który powodowałby uznanie – jak podnosił Odwołujący - niecelowości wykonania umowy.

Zarzut z pkt I.1. 4) Odwołujący odniósł w pierwszej kolejności do § 28 ust.1 i ust. 2 Wzoru Umowy zgodnie z którymi:

1. *Niezależnie od postanowień § 19 ust. 1 pkt 5) lit. a) – d) Umowy wynagrodzenie ryczałtowe pozostałe do wypłaty, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy, może być corocznie jednorazowo waloryzowane (zwiększone lub zmniejszone) w okresach 12 - miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego) przy zastosowaniu wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej za ostatnie 12 miesięcy, różnego niż 100, ogłaszanego w informacjach sygnalnych odpowiedniego organu statystycznego, którym na dzień zawarcia umowy jest Prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Waloryzacja wynagrodzenia stanowi zmianę Umowy i wymaga formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności i będzie dokonana wg poniższych zasad:*

1) *waloryzacja może obejmować wyłącznie wynagrodzenie za tę część Przedmiotu Umowy, która w dniu upływu okresów 12-to miesięcznych wskazanych w ust. 1, nie została jeszcze wykonana;*

2) *wzrost wynagrodzenia Wykonawcy możliwy jest pod warunkiem realizacji prac i Robót zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym, na wniosek Wykonawcy lub Zamawiającego;*

3) *waloryzacji dokonuje się, jeżeli wskaźnik wskazany w ust. 1, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, wynosić będzie co najmniej –105 (wzrost cen o 5%), lub co najwyżej 95 (spadek cen o 5%);*

4) *maksymalna łączna wartość zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej może wynosić (+/-) 5% w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 13 ust. 1 Umowy.*

2. *Po spełnieniu warunków z ust. 1 powyżej, w przypadku, wzrostu cen – wynagrodzenie Wykonawcy zostanie*

a) *powiększone według następującego wzoru:*

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

gdzie:

Wz – oznacza wynagrodzenie netto pozostałe do wypłaty Wykonawcy w zmienionej wskutek waloryzacji wysokości,

Wp – oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy,

Ww – oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto objętego wszystkimi fakturami Wykonawcy wystawionymi przed dniem wpływu wniosku Wykonawcy, o którym mowa w ust. 3, do Zamawiającego,

R - oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 3 poniżej, równą lub większą niż 105. R nie może przyjąć wartości ujemnej.

b) *zmniejszone według następującego wzoru:*

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

gdzie:

Wz – oznacza wynagrodzenie netto pozostałe do wypłaty Wykonawcy w zmienionej wskutek waloryzacji wysokości,

Wp – oznacza wysokość wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 13 ust. 1 Umowy,

Ww – oznacza łączną sumę wynagrodzenia netto objętego fakturami Wykonawcy wystawionymi przed dniem doręczenia informacji Zamawiającego, o której mowa w ust. 4, do Wykonawcy,

R - oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, o której mowa w ust. 4 poniżej, równą lub mniejszą niż 95. R nie może przyjąć wartości ujemnej”.

Wskazany w zakresie tego zarzutu art. 439 ust.1, 2 i 4 ustawy Pzp stanowi: (...)

„Art. 439. 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 nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie”.

Zaskarżone postanowienia WU zawierają wymagane przepisem elementy. Izba zwraca uwagę, że przepis art. 439 ust.1 Pzp jednoznacznie wskazuje na jedną przesłankę zmiany wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej, a mianowicie na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Z kolei ust. 2 tego przepisu wskazuje na niezbędne elementy, które powinna zawierać umowa. Te elementy wskazuje zamawiający i jak wynika z ust. 4 zmiana cen materiałów lub kosztów może dotyczyć ich wzrostu jak i ich obniżenia w stosunku do przyjętych dla ustalenia wynagrodzenia wykonawcy w umowie wynikającego ze złożonej oferty. W przepisie tym nie wskazano minimalnego progu poziomu zmian cen materiałów czy kosztów powodujących obligatoryjną zmianę wynagrodzenia wykonawcy. Przedłożone do odwołania załączniki nr 5.1 – 5.3, jak zauważał Zamawiający, obrazują jedynie hipotetyczną sytuację rynkową, która uzasadniałaby waloryzację na określonym poziomie przy przyjęciu abstrakcyjnie dobranych danych z perspektywy wykonawcy. Jednakże wyliczenia zawarte w tych załącznikach, nie ilustrują negatywnych okoliczności na które wskazuje wykonawca, ale na obowiązek Zamawiającego bezwzględnej dopłaty do wynagrodzenia również w sytuacji, gdyby te negatywne okoliczności nie wystąpiły, lub wystąpiłyby w zakresie mieszczącym się w normalnym ryzyku. Proponowane przez wykonawcę mechanizmy zmierzają do zdjęcia ryzyka z wykonawcy i ich przerzucenie na Zamawiającego. Z art. 439 Pzp- jak to podnosił Zamawiający wskazując na orzecznictwo KIO - z pewnością nie można wywodzić, że to zamawiający powinien być obarczony ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie. Już z art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wynika, że w umowie o zamówienie publiczne zamawiający obowiązany jest wskazać maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. To z kolei pozwala na rozłożenie ryzyka związanego ze zmianą cen materiałów lub kosztów na obie strony umowy o zamówienie publiczne. Tym samym takie ryzyko powinno zostać uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wykonawca jako profesjonalista jest w stanie - na podstawie wiedzy i analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji - oszacować koszty realizacji zamówienia i przedstawić w ofercie cenę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe. Zamawiający – jak podał w odpowiedzi na odwołanie - określając próg zmiany wskaźnika uprawniający do waloryzacji uwzględnił przedmiot i okres realizacji zamówienia oraz prognozowany wskaźnik inflacji przyjmując również dane NBP, na które powołał się Odwołujący. Tak jak wskazał, „*Cel inflacyjny NBP wynosi 2,5% +/- 1 punktu procentowego, co oznacza, że przedsiębiorcy prowadzący działalność gospodarczą mają prawo oczekiwać, że NBP będzie dążył do utrzymywania inflacji w przedziale od 1,5% do 3,5%. Ponadto, projekcja PKB i inflacji, opublikowana przez NBP w marcu 2025 r., podaje prognozę inflacji na 2025 r. w średniej wysokości 4,9% (a także 3,4% w 2026 r. i 2,5% w 2027 r.)*”. Według takich założeń waloryzacja wynagrodzenia stanowi dla stron rekompensatę w przypadku wystąpienia negatywnych okoliczności rynkowych, z uwzględnieniem minimalnego poziomu ryzyka, jakie strony w sposób racjonalny powinny uwzględnić. Waloryzacja nie może być z pewnością źródłem nieuzasadnionego

przychodu. Zamawiający, w tym przypadku, przyjął próg zmiany cen przynajmniej o 5%, który to wskaźnik jest akceptowalny na rynku zamówień publicznych.

Co do niewskazania początkowego terminu ustalania zmiany wynagrodzenia Izba zwraca uwagę – podobnie jak Zamawiający – na § 28 ust. 1 Wzoru Umowy, w którym podano, że *wynagrodzenie ryczałtowe pozostałe do wypłaty może być corocznie jednorazowo waloryzowane w okresach 12 miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego). Ten początkowy termin, liczony na koniec miesiąca, przyjęto z uwagi na publikowanie wskaźników GUS wg stanu na koniec miesiąca kalendarzowego, czego Odwołujący nie kontestował.* Wskaźnik ten został określony precyzyjnie i trudno – zdaniem Izby – w tym postanowieniu dopatrywać się naruszenia art. 439 ust. 2 jego punktem 1) czy - punktem 2. Zamawiający określił bowiem wskaźnik cenowy jakim jest wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej wg GUS, a przy braku wskazania któregoś ze szczegółowych podwskaźników (tj. dla budowy budynków, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej, robót budowlanych specjalistycznych) stosuje się wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogółem. Co do łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Izba zwraca uwagę na postanowienie § 28 ust. 8 wzoru umowy zgodnie z którym: „8. *Limit wszystkich waloryzacji łącznie wynosi 10% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 13 ust. 1. Umowy*”. Odwołujący nie wykazał, aby przyjęty próg 10 % był nieracjonalny i naruszał art. 439 ustawy Pzp, w tym jej pkt 4 w ust.2. Także wykonawca nie wykazał, że przyjęcie we Wzorze Umowy w § 28 dokonywanie waloryzacji co 12 miesięcy narusza przepis art. 439 ustawy Pzp. Ustawa nie narzuca konkretnego okresu, co który należy jej dokonywać. Wskazywana w uzasadnieniu regulacja z ust. 1 tego przepisu stanowi o obowiązku uwzględnienia w umowie trwającej dłuższej niż 6 miesięcy klauzul waloryzacyjnych, a nie o czasookresie waloryzacji.

Reasumując Izba stwierdza, że w stanie faktycznym tej sprawy, uwzględniając podnoszony w odwołaniu zarzut, nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone art. 554 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....