

WYROK

z dnia 30 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Monika Kawa - Ogorzałek
Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 29 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina – Miasto Grudziądz, ul. Ratuszowa 1, 86-300 Grudziądz**

przy udziale:

wykonawcy **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1, 2, 3, 4 petitum odwołania
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
 - 3.2. zasądza od odwołującego STRABAG Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Gmina – Miasto Grudziądz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE:

Gmina – Miasto Grudziądz (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Budowa Delfinka przy ZSO w Grudziądzu*”, nr postępowania: WIR.271.1.2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 marca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/ S 047-138844.

W postępowaniu tym wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) 17 marca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp sformułowania treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1. Naruszenie art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc** poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności w tym za dokumentację projektową oraz wady i nieścisłości tej dokumentacji projektowej poprzez złożenie oświadczeń w momencie zawierania umowy, które eliminują lub znacząco utrudniają zgłaszanie roszczeń i wad w rozumieniu art. 651 kc. Wykonawca ma z momentem podpisania umowy oświadczyć, że nie będzie wnosił żadnych roszczeń w stosunku do przekazanej mu dokumentacji projektowej, co jest niemożliwe do ustalenia w momencie zawarcia umowy.
- 2. Naruszenie art. 436 pkt 2, art. 447 ust. 1 pkt 1 art. 450, art. 452 ust 2, art. 453 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353¹ kc i 647 i 654 kc** poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane prace w sytuacji stwierdzenia wad podczas odbioru, co stanowi podwójne zabezpieczenie ponad wymagane zgodnie z umową w § 15 umowy i pkt XXII SWZ (5 % ceny brutto oferty) które to zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi górny limit zabezpieczenia, jakiego można się domagać zgodnie z art. 452 ust 2 ustawy Pzp a wszelkie dalsze zabezpieczenia, w tym w postaci wstrzymywania

płatności przekracza ten próg i stanowi o naruszeniu ustawy. Co więcej, Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 kc a więc wstrzymywanie płatności w sytuacji dokonania odbioru końcowego (odbiór jest tylko wtedy nie ma wad istotnych) stanowi o naruszeniu obowiązku wynikającego z tego przepisu.

- 3. Naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp** w zakresie w jakim Zamawiający: a) uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy (wystawienia faktury VAT) od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy co do uregulowania względem nich wszelkich zobowiązań wykonawcy (§ 7 ust. 2), b) wstrzymuje płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w momencie nieprzedłożenia wymaganych oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców podpisanych przez osoby upoważnione do ich reprezentowania jako jedynych dowodów zapłaty (§ 7 ust. 3), podczas gdy ww przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Jednocześnie nadmierne i niezgodne z ustawą jest żądanie złożenia oświadczenia o wierzytelnościach niewymagalnych, podczas gdy ustawa wymaga jedynie przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia wymagalnego i należnego podwykonawcy i dalszemu podwykonawcy.
- 4. art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 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 zastrzeżeniem w § 9 ust 1 4 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych, mającej funkcje represyjną a nie prewencyjną.
- 5. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy pzp** poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie waloryzacji wynagrodzenia tj. zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zastrzeżenia pułapu 20 % zmiany wskaźnika cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (w odniesieniu do wskaźnika budowlano-montażowego GUS), podczas gdy zmiany powinny odnosić się do zmiany cen a nie samej wartości wskaźnika (co najwyżej przez niego wyrażanej) a ponadto taki pułap jest nadmierny w stosunku do aktualnej i prognozowanej dynamiki wzrostu cen. Podobnie wykonawca nie powinien ponosić ryzyka opóźnienia a zwłoki i odmowa waloryzacji z powodu opóźnień nie z jego winy jest obejściem ww. przepisów podobnie jak przewidzenie limitu waloryzacji odnoszącego się do części niezrealizowanej wraz z zbyt niskim poziomem waloryzacji w odniesieniu do całości wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:

- (i) wyeliminowanie odpowiedzialności za wady i nieprawidłowości dokumentacji projektowej i żądanie złożenia oświadczenia o braku uwag przy podpisywaniu umowy, w tym przewidzenie możliwości zgłaszania przeszkód przez wykonawcę robót zgodnie z art. 651 kc.
- (ii) wyeliminowanie możliwości wystawienia faktury VAT i rozliczenia wykonanej umowy wyłącznie od podpisania bezusterkowych protokołów odbioru
- (iii) wskazanie, że warunkiem odbioru przedmiotu umowy jak i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia lub wystawienia faktury VAT będzie złożenie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom bez równoległego bądź łącznego żądania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w tym zakresie.
- (iv) Zmianę poprzez obniżenie limitu kar umownych według propozycji poniżej.
- (v) Ustalenie sposobu liczenia waloryzacji według propozycji wskazanej poniżej.

Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postępowań, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, w treści odwołania podał kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań, mianowicie:

§ 1

Ust 5. Zawierając niniejszą umowę Wykonawca potwierdza, że ~~upewnił się co do~~ ~~prawidłowości niniejszej umowy oraz zapoznał się z~~ ~~przełożonymi przez Zamawiającego~~ dokumentami związanymi z jej realizacją, w szczególności zapoznał się z dokumentami, o których mowa w ust. 2 wyżej niniejszej umowy i nie wnosi uwag co do ich kompletności co nie wyłącza prawa do zgłoszenia zastrzeżeń, w trybie art. 651 kc w trakcie realizacji umowy. ~~do nich żadnych zastrzeżeń.~~

§ 6

Ust 3. Podstawę wystawiania faktury VAT za wykonanie przedmiotu umowy stanowi zatwierdzony i podpisany protokół ~~bezusterkowy~~ wykonania robót.

§ 7

2. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia dowodów zapłaty zobowiązań wobec Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, którego wierzytelność jest częścią składową 5 wystawionej faktury. Dowodem zapłaty są min oświadczenia Podwykonawców i dalszych Podwykonawców o uregulowaniu względem nich ~~wszystkich~~ wymagalnych należności lub inne dowody np. potwierdzenia przelewu. Oświadczenia muszą być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania składających je Podwykonawców lub dalszych

Podwykonawców powinny potwierdzać brak zaległości w zapłacie należnego wynagrodzenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy w uregulowaniu wszystkich wymagalnych w tym okresie wynagrodzeń Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców wynikających z umów o podwykonawstwo.

3. W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę ~~wszystkich~~ dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 2 powyżej, Zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, przy czym powyższe nie stanowi opóźnienia w zapłacie i nie będzie skutkowało naliczeniem odsetek od nieterminowych płatności.

§ 9

kary umowne otrzymuje brzmienie: ust. 1 pkt 1 wzoru umowy:

„za zwłokę w terminie realizacji przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy”,

ust. 1 pkt 2 wzoru umowy: „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości w wysokości 0,025% wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do dnia wyznaczonego na usunięcie wad lub usterek”,

ust. 1 pkt 4 wzoru umowy: „w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom, każdorazowo w wysokości 3.000,00 PLN”,

ust. 1 pkt 5 wzoru umowy: „w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany, każdorazowo w wysokości 3.000,00 PLN”,

ust. 1 pkt 6 wzoru umowy: „w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, każdorazowo w wysokości 3.000,00 PLN”,

ust. 1 pkt 7 wzoru umowy: „w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, każdorazowo w wysokości 3.000,00 PLN”,

ust. 1 pkt 8 wzoru umowy: „3.000,00 PLN każdorazowo za każdy przypadek nie zawarcia umowy o pracę, tj. za każdą osobę, z którą wbrew obowiązkowi określonymu w § 2 ust. 5 umowy nie została zawarta umowa o pracę”.

§ 13

W zakresie zarzutu dotyczącego określenia zasad waloryzacji Odwołujący wnosi o:

1) *Dokonanie zmiany w §13 ust. 1 poprzez:*

- wykreślenie słowa: „możliwości” zmiany umowy i nadanie brzmienia zgodnego z przepisami Pzp a więc „Zamawiający dokona zmiany”;*

- wykreślenie odwołania do §13, ponieważ jest to błędne odwołanie do zapisów paragrafu, który reguluje zasady zmiany wynagrodzenia w przypadku zmian cen i materiałów,

i nadanie mu na przykład następującego brzmienia:

„Zamawiający na podstawie art. 439 P.z.p., dokona zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia innych niż te wskazane § 12 i §13.

2) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt. 1, 3, 6 poprzez zmianę wskaźnika określającego zmianę cen produkcji budowlano-montażowej uprawniającej Strony do żądania zmiany wynagrodzenia na „5%”.

3) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 1 Umowy poprzez odniesienie do wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej zamiast do zmiany tego wskaźnika i nadanie mu następującego brzmienia:

„każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej „Wskaźnik GUS”) o ponad 20% 5%;”

4) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 2 Umowy poprzez odwołanie się do poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów i nadanie mu następującego brzmienia:

5) „wartość zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w trakcie realizacji przedmiotu umowy w stosunku do kwartału bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy zostanie wykazana Wskaźnikiem GUS ogłaszanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego ~~porównywana będzie do wartości Wskaźnika GUS ogłoszonego w terminie („Bazowy Wskaźnik GUS”);~~”

6) Dokonanie zmiany w §13 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 7 poprzez wykreślenia słowa „ewentualna” (zmiana);

7) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 3 Umowy poprzez odwołanie się do poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów i nadanie mu na przykład następującego brzmienia:

„~~ewentualna~~ zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kwartału, którego dotyczył będzie komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podający Wskaźnik GUS zmiany cen produkcji budowlano-montażowej o więcej lub mniej niż ~~większy albo mniejszy o 20~~ 5 % niż w okresie bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert;”

8) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 7 Umowy:

„~~ewentualna~~ zmiana wynagrodzenia nie będzie dotyczyć części zakresu przedmiotu umowy realizowanych okresu, w którym przedmiot umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia zawnionego ~~niezawnionego~~ przez Zamawiającego Wykonawcę.”

9) Dokonanie zmiany w §13 ust. 3 Umowy

„Strony ustalają maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do 5—% 15% kwoty nominalnej łącznego wynagrodzenia netto określonej w dniu zawarcia umowy.”

10) Dokonanie wykreślenia zapisów §13 ust. 5 Umowy

~~*„Jeżeli w terminie, o którym mowa ust.2 Wykonawca wystąpi z wnioskiem o zmianę Wynagrodzenia jednocześnie na podstawie postanowień ust. 2 i § 12, to Wykonawcy będzie należny wzrost Wynagrodzenia jedynie w oparciu o jedną z tych podstaw, w zależności od tego, która z kwot zmiany będzie wyższa.”*~~

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia obiektywnie niemożliwych do zrealizowania oświadczeń, z których wynika, że Wykonawca uwzględnił na etapie sporządzania oferty, przy wycenie zamówienia publicznego, wszelkie ryzyka koszty i roboty budowlane niedające się wówczas przewidzieć na podstawie sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów udostępnionych w ramach przetargu. Zdaniem Odwołującego skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na budowie obiektu, Zamawiający powinien dołożyć staranności wymaganej przez przepisy prawa w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie, którego Wykonawca dokonuje wyceny oferty. Odwołujący twierdzi, że postanowienie umowy dają również Zamawiającemu prawo do odrzucania w toku realizacji Inwestycji ewentualnych roszczeń finansowych Wykonawcy w związku z czynnikami, które podczas wyceny nie zostały wzięte pod uwagę.

Zarzut nr 2

Zdaniem Odwołującego Zamawiający narusza przepisy Pzp z uwagi na zastrzeżenie w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych.

Zarzut nr 3

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezgodnie z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp żąda obligatoryjnego złożenia oświadczeń podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę, bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu konieczność przedłożenia oświadczeń o uregulowaniu przez niego zobowiązań niewymagalnych wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Zarzut nr 4

W ocenie Odwołującego kary umowne zastrzeżone zostały przez Zamawiającego w wysokości rażąco wygórowanej, a także odbiegającej od praktyki rynku zamówień publicznych.

Zarzut nr 5

Przyjęte przez Zamawiającego wskaźniki i sposoby waloryzacji zostały ustalone w oderwaniu od bieżącej i przewidywalnej sytuacji rynkowej.

Odwołujący zwraca uwagę na najistotniejsze elementy klauzuli waloryzacyjnej, które czynią ją niezgodną z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp tj:

1. Dowolność waloryzacji poprzez użycie słów pozwalających zwaloryzować wynagrodzenie a nie nakazujących waloryzacji w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w klauzuli.
2. Sposób liczenia różnicy 20% w ujęciu „Wskaźnik GUS” do „Wskaźnika GUS” podczas gdy art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi o zmianie cen materiałów i kosztów danego zamówienia w oparciu o wskaźnik, a nie zmianie samego wskaźnika GUS (co świadczy jedynie o dynamice wzrostu cen ale jest oderwane od realiów zamówienia).
3. Poziom zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej o 20 % jest nadmiernie wygórowanym i niemożliwym do osiągnięcia w dobie względnej stabilizacji cen w świetle niżej przedstawionych danych i wyliczeń
4. Ograniczenie możliwości waloryzacji o okres w którym przedmiot umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia niezawinionego przez Zamawiającego co oznacza, że w przypadku innych opóźnień nadal niezależnych od wykonawcy wynikających np. z opóźnień organów administracji w wydaniu decyzji lub np. wstrzymania przez te organy robót, działania siły wyższej itd. waloryzacja nie będzie przysługiwać.
5. Ustalenie limitu górnego waloryzacji na 5 % wynagrodzenia całościowego jest limitem zbyt niskim w obecnych realiach rynkowych.

W złożonej pismem z 28 marca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut wskazany w pkt 2 petitum odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. Stanowisko Zamawiającego:

Zarzut nr 1

Zamawiający zawarł umowę na wykonanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, co za tym idzie wykonawca robót budowlanych wyłoniony po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w żaden sposób nie będzie

odpowiedzialny za wady ukryte dokumentacji projektowej, które ujawnią się w toku postępowania, gdyż jedynym podmiotem, któremu taką możliwość będzie można przypisać będzie autor projektu.

Zarzut nr 3

Zdaniem Zamawiającego, po całościowej lekturze zakwestionowanego przez Odwołującego postanowienia oczywistym jest, że Zamawiający nie oczekiwał od wyłonionego wykonawcy przedkładania oświadczeń o uregulowaniu przez niego zobowiązań niewymagalnych wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców, jak również nie ograniczył dowodów potwierdzających zapłatę jedynie do oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Zarzut nr 4

Kary umowne zastrzeżone we wzorze umowy nie są nadmierne i nieproporcjonalne ani rażąco wygórowane. Twierdzenia Odwołującego stanowią subiektywne opinie co do wprowadzonych mierników wysokości kar umownych i w żaden sposób nie prowadzą do wykazania, że doszło do naruszenia jakichkolwiek przepisów prawa. Celem Odwołującego jest przymuszenie Zamawiającego do wprowadzenia postanowień korzystniejszych dla wykonawców, przewidujących niższe wysokości kar.

Zarzut nr 5

Zamawiający zwraca uwagę, że w treści art. 439 p.z.p ustawodawca przewidział jedynie obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych do umów o udzielenie zamówienia publicznego na okres dłuższy niż 6 miesięcy – jednak z treści przedmiotowego przepisu nie można wywnioskować, że po stronie zamawiających znajduje się bezwzględny obowiązek wprowadzania zmian do umowy na skutek wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zdaniem Zamawiającego określone przez niego zasady waloryzacji wynagrodzenia nie naruszają żadnych przepisów prawa i zostały ustalone w sposób prawidłowy. Klauzula waloryzacyjna zastosowana przez Zamawiającego spełnia wymagania art. 439 ust. 1 i 2 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym Odwołujący cofnął zarzut wskazany w pkt 1, w pkt 3 oraz w pkt 4 petitum odwołania. Wobec oświadczeń Zamawiającego i Odwołującego Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 1, pkt 2, pkt 3 i pkt 4 petitum odwołania

Co do zarzutu z pkt 5 petitum odwołania, Odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia

wyrażone w odwołaniu. Zamawiający wnosił i wywodził jak w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, dowody złożone przez Zamawiającego i Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie oraz wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 petitum odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami (w tym wzorem umowy);
2. dokumentów dołączonych do odpowiedzi na odwołane;
3. dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie doszło do naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp 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 zmian cen materiałów lub kosztów. Z kolei ust. 2 statuuje w sposób uniwersalny jej zakres, w umowie zamawiający ma określić:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa oraz uwzględniając specyfikę danego zamówienia, ma swobodę w kształtowaniu warunków zamówienia i ponosi ich konsekwencje. Jednakże Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający sprostał swoim obowiązkom. Klauzula waloryzacyjna ustanowiona przez Zamawiającego jest zgodna z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Niejako na marginesie, gdyby zarzut nr 5 został rozszerzony np. o art. 353¹ kc czy też art. 5 kc, art. 16 Pzp, zostałyby poparte odpowiednią argumentacją i dowodami, Izba mogłaby spojrzeć na sporną klauzulę w znacznie szerszym zakresie. Dopiero przy tak skonstruowanym zarzucie, Izba mogłaby rozważyć czy Zamawiający nadużył swojej dominującej pozycji przy projektowaniu treści umowy i uwzględnił jedynie swoje interesy zamiast wyważyć także uzasadniony interes wykonawcy, a co za tym idzie czy działanie Zamawiającego można zakwalifikować jako nadużycie prawa czy też ograniczenie swobody kontraktowania co w konsekwencji mogło prowadzić do nieważności czynności prawnej. Co do zasady Izba zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający powinien zapewnić rzeczywistą równowagę ekonomiczną między stronami, jednocześnie winien unikać wszystkiego co taką relację może zachwiać. Takiego zarzutu jednak Odwołujący nie postawił a jak wiadomo Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....