

Sygn. akt: KIO 3239/22

WYROK

z dnia 19 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1 - 4 odwołania, z powodu uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego i wycofania części zarzutu przez odwołującego;
2. oddala odwołanie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Miasto Stołeczne Warszawa - Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa i modernizacja budynków SOSW dla Dzieci Słabowidzących nr 8 w Warszawie wraz z zagospodarowaniem terenu”; numer referencyjny postępowania: RZP-II-WI/36/ZPIK/2022 - dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 25 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 228-654308.

W dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej: „odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), w tym projektowanych postanowień umowy, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył przepisy:

1. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc oraz art. 654 kc oraz 353 [1] kc, a w konsekwencji art. 452 ust. 2, art. 453 ust. 1 - 3 ustawy Pzp
w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, poprzez:
 - 1.1. ustalenie w pkt 9.4.4. Załącznika Nr 2 do Umowy - Procedura wykonania i odbioru robót, że warunkiem przystąpienia do odbioru końcowego (potwierdzenia gotowości do odbioru końcowego) Przedmiotu Umowy jest przekazanie przez wykonawcę kompletnej i prawidłowo sporządzonej dokumentacji powykonawczej, o której mowa w pkt. 9.4.2. tego samego załącznika, uwzględniającej ewentualne uwagi Inspektorów Nadzoru, jak również innych dokumentów wymaganych w myśl umowy i obowiązujących przepisów, przy jednoczesnym potwierdzeniu przez

Inspektora Nadzoru jej kompletności co oznacza wymóg „bezusterkowości” dokumentacji powykonawczej;

- 1.2. przyznanie zamawiającemu w pkt 9.6 Załącznika Nr 2 do Umowy - Procedura wykonania i odbioru robót prawa do odmowy któregokolwiek z odbiorów (w szczególności częściowych oraz odbioru końcowego), w których toku czynności zostały stwierdzone wady nadające się do usunięcia, aż do czasu usunięcia takich wad, wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie, w konsekwencji powyższego;
 - 1.3. ustalenie w § 8 Załącznika nr 9 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy terminu ważności (terminu zwrotu) zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przedmiocie zamówienia publicznego w okresie realizacji umowy do czasu usunięcia de facto wszystkich wad odbiorowych, a tym samym realnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy w okresie realizacji (70 % wartości zabezpieczenia) i w okresie rękojmi (30 % wartości zabezpieczenia), podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zamawiający (Inwestor) jest obowiązany przystąpić do odbioru końcowego i nie może od tego obowiązku uchylić się zgłaszając wady w dokumentacji powykonawczej. Uprawnienie zamawiającego do odmowy odbioru końcowego może mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych przedmiotu umowy (objektu). W przypadku wystąpienia jedynie wad nieistotnych (usuwalnych lub nieusuwalnych) zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić umówione wynagrodzenie. Tym samym zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu umowy powinno zostać zwrócone w momencie uznania przedmiotu zamówienia za należycie wykonany, czyli w chwili podpisania protokołu odbioru końcowego, nawet z wadami nieistotnymi. Postanowienia umowy nie mogą stać w sprzeczności z essentialia negotii umowy o roboty budowlane określonymi w art. 647 kc;
2. art. 450 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 452 ust. 8 i 9 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc poprzez nadużycie przez zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w § 8 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy prawa zamawiającego w przypadku nieprzedłużenia lub niewniesienia nowego zabezpieczenia do zatrzymania poprzez potrącenie 5 % Wynagrodzenia brutto wynikającego z oferty wykonawcy z faktur wystawionych przez wykonawcę, podczas gdy zgodnie z art. 452 ust. 9 ustawy Pzp zamawiający w takim wypadku jest uprawniony jedynie do zmiany formy na zabezpieczenie, przez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia, nie

- później niż w ostatnim dniu ważności dotychczasowego zabezpieczenia. Zamawiający w istocie ustanawia nieprzewidziane w art. 450 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy w postaci potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy;
3. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp poprzez brak określenia w § 6 ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego;
 4. art. 99 ust. 1 i ust. 4 oraz art. 103 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc poprzez wskazanie w § 6 ust. 2 Załącznika nr 9 do SWZ akapit drugi,
że kosztorysy stanowią element definiujący przedmiot umowy z jednoczesną sugestią, że nieuwzględnienie jakichś robót w kosztorysie stanowi ryzyko wykonawcy, podczas gdy to zamawiający jest obowiązany zgodnie z przepisami prawa do jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia publicznego oraz umieszczenia w dokumentacji przetargowej opisu pełnego zamówienia przy pomocy dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, co oznacza, że Przedmiot Umowy i wynagrodzenie za jego wykonanie jest definiowane poprzez dokumentację projektową a nie poprzez kosztorysy;
 5. art. 439 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 [1] kc, poprzez nadużycie przez zamawiającego uprawnień wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i określenie w § 6.2. pkt 3 Załącznika nr 9 do SWZ - Projektowane Postanowienia Umowy założeń czyniących kalkulację wartości zmiany pozorną, tj. oceny spełnienia warunku +/- 4% w oderwaniu od dnia złożenia oferty, braku liczenia wskaźnika kumulatywnie od dnia złożenia oferty, niezależne traktowanie 6-miesięcznych okresów, brak uwzględnienia rzeczywiście notowanej przez GUS zmiany cen, podczas gdy sposób ustalania zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 439 ustawy Pzp powinien umożliwiać stronom przywrócenie równowagi ekonomicznej.

Wskazując na powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ, w tym treści projektu umowy w sposób opisany w odwołaniu.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do zgłoszenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 14 grudnia 2022 r.) w którym poinformował, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w części tj.: (1) zarzuty opisane w pkt 1. 1, pkt 1.2, pkt 3 i pkt 4 uwzględni w całości; (2) zarzuty opisane w pkt 1.3, pkt 2 oraz pkt 5 uwzględni w części. Na posiedzeniu w dniu 16 grudnia 2022 r. odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty opisane

w pkt 1.3 i pkt 2 w części nie uwzględnionej przez zamawiającego. Jednocześnie wnioś o uwzględnienie odwołania w zakresie, w jakim sformułował zarzuty opisane w pkt 5.

W konsekwencji Izba, skierowała do rozpoznania na rozprawie, odwołanie w zakresie opisanym w zarzucie w pkt 5. W pozostałym zakresie umorzyła postępowanie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez zamawiającego, a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zaprezentowanych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, w tym we wzorze umowy są w jego ocenie niezgodne z przepisami ustawy Pzp i kc. Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty, nie jest też w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych w odwołaniu przepisów. Powyższe pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentu złożonego przez zamawiającego na posiedzeniu, innego niż stanowiące element dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w postaci wyliczenia kwoty waloryzacji, którą otrzymałby wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie przy założeniu, że wskaźniki waloryzacji w kolejnych kwartałach

będą tożsame do opublikowanych w ostatnich kwartałach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zgodnie z opisem zawartym w pkt III SWZ, przedmiotem zamówienia jest: wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa i modernizacja budynków SOSW dla Dzieci Słabowidzących nr 8 w Warszawie wraz z zagospodarowaniem terenu”. Termin realizacji określony został w SWZ jako 24 miesiące, licząc od dnia zawarcia umowy.

Jednym z załączników do SWZ były projektowane postanowienia umowy (Załącznik nr 9 do SWZ), opisujące zasady i warunki obowiązujące strony przy realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający przewidział w treści tych postanowień, opisując powyższe w § 6.2., zasady na jakich następowała będzie zmiana wynagrodzenia w oparciu o przepis art. 439 ustawy Pzp. Zgodnie z nim: (1.) W przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu Umowy, wynagrodzenie wykonawcy określone w § 6 ust. 1 ulegnie zmianie, na zasadach określonych poniżej. (2.) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. (3.) Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku, gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy i dotyczących dwóch następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 4,0 % lub mniejszą niż -/ 4%. (4.) Wniosek o zmianę może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres Przedmiotu Umowy nie odebrany przez zamawiającego przed dniem złożenia wniosku tj. elementy Harmonogramu nie ujęte w protokołach odbiorowych podpisanych do dnia złożenia wniosku. (5.) Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = 0,5 \times W \times F\%$, przy czym: W - wynagrodzenie netto za zakres Przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 4, F - średnia dwóch następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3. (6.) Obliczoną w sposób określony w ust. 5 wartość należy dodać proporcjonalnie do wartości elementów Harmonogramu, w zakresie robót, o których mowa w ust. 4. (7.) Wartość zmiany należy powiększyć o należny podatek VAT. (8.) Zmianę umowy dotyczącą zmiany wynagrodzenia, po zaakceptowaniu wniosku przez obie strony wprowadza się aneksem do umowy, do którego załącznikiem będzie zamienny Harmonogram Rzeczowo- Finansowy. (9.) Możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz na pół roku z zastrzeżeniem ust. 3. (10.) Maksymalna

zmiana wartości wynagrodzenia wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie

ww. postanowień nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiącej 20% wartości kontraktu określonego pierwotnie w umowie. (11.) Jeśli okres czasu liczony od terminu składania ofert do dnia zawarcia umowy wynosi ponad 180 dni w celu ustalenia zmiany wynagrodzenia przyjmuje się zasady analogiczne do zasad określonych w ust. 3-10, z zastrzeżeniem, że:

1) wniosek o zmianę może zostać złożony nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od upływu terminu otwarcia ofert, 2) zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych od dnia otwarcia ofert i dotyczących dwóch następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji

budowlano

-montażowej stanowi wartość większą niż 4,0 % lub mniejszą niż +/- 4%. (12.) W przypadku dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, na podstawie art. 439 ust. 5 ustawy pzp, wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, usługi lub dostawy, 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy. (13.) W przypadku dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 6 ust. 1 zgodnie z postanowieniami niniejszego paragrafu, wykonawca: 1) w terminie 14 dni od dnia zawarcia Aneksu wprowadzającego ww. zmianę wynagrodzenia - przedłoży zamawiającemu oświadczenie zawierające wykaz podwykonawców, których umowy spełniają warunki określone w ust. 12 wraz z wartościami zmiany wynagrodzeń podwykonawców oraz wskazaniem terminów zapłaty kwot zmiany wynagrodzenia podwykonawców - pod rygorem kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt. 11), 2) w terminie wskazanym przez zamawiającego przekaze zamawiającemu oświadczenie o uregulowaniu wynagrodzenia podwykonawcy z tytułu zmiany wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym paragrafie - pod rygorem kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt. 11).

Izba ustaliła ponadto, że na skutek złożonego odwołania, zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zarzut opisany w pkt 5 uwzględnia w części, w konsekwencji czego zadeklarował, że dokona zmiany zapisów § 6.2 załącznika nr 9 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy w ten sposób, że zwrot „średniej” zamieni na „sumę”,

a w konsekwencji § 6.2. ust. 5 otrzyma następujące brzmienie: Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = 0,5 \times W \times F\%$, przy czym: W - wynagrodzenie netto za zakres

Przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 4, F - suma dwóch następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikających z komunikatów Prezesa GUS,

o których mowa w ust. 3.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Stosownie do art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, w umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Izba wskazuje, że nie ulega wątpliwości, iż celem ustawodawcy było, aby wprowadzane do treści umowy klauzule waloryzacyjne realizowały swój cel, którym to jest dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych, w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mające wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości realizuje bowiem nie tylko ten cel, że daje gwarancję wykonawcy, że osiągnie zysk z realizacji umowy, ale też zmniejsza ryzyko nienależytej realizacji świadczenia.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela również pogląd zaprezentowany w tych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których zwraca się uwagę, że wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego, w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu. Jednocześnie należy sformułowana klauzula waloryzacyjna sprzyja zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak w wyroku KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt: KIO 2335/21). Cel wprowadzenie powyższej regulacji trafnie oceniła Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r. KIO 1192/22 stwierdzając, że celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia, uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.

Przepis art. 439 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter ogólny, dowiadujemy się z niego jakie elementy obowiązany jest zawrzeć zamawiający w treści postanowień umowy, aby wypełnić dyspozycję tego przepisu, jednocześnie zapewniając wykonawcy odpowiedni, adekwatny do sytuacji rynkowej, poziom waloryzacji wynagrodzenia, z drugiej uwzględniać możliwości finansowe zamawiającego, czyli wysokość budżetu, który przewidział na finansowanie usług czy robót budowlanych.

Odnosząc się do postawionego w odwołaniu zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko odwołującego, który kwestionował zapisy przyjęte w § 6.2. projektowanych postanowień umowy, opisującego zasady, na jakich następowała będzie zmiana wynagrodzenia w oparciu o przepis art. 439 ustawy Pzp - należało uznać za bezpodstawne.

W pierwszej kolejności nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że wprowadzenie w § 6.2. ust. 3 zasady, zgodnie z którą zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku, gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy i dotyczących dwóch następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 4,0 % lub mniejszą niż 4,0 %, nie spełnia tych funkcji, które wskazywał odwołujący w treści odwołania. W szczególności zastrzeżenia odwołującego budziła kwestia odniesienia spełnienia warunku na poziomie +/- 4% nie do terminu składania ofert, ale całkowicie w oderwaniu od tego dnia.

Izba uznała, że nie sposób dopatrywać się naruszenia przepisu art. 439 ust. 2 ustawy Pzp w postanowieniach, które w sposób precyzyjny określają ten moment, kiedy nastąpić może waloryzacja wynagrodzenia. Jakkolwiek zrozumiała i właściwa jest argumentacja odwołującego, który wskazywał, że kalkulacji ceny oferty dokonuje się na określony moment, a tym jest dzień składania ofert, to jednak każdy wykonawca składający ofertę w postępowaniu musi brać pod uwagę poziom cen, które będą obowiązywały w trakcie realizacji umowy. Określenie zatem, że zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku, gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych już po zawarciu umowy i dotyczących dwóch następujących po sobie kwartałów będzie wynikało, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej stanowi wartość większą niż 4,0 % lub mniejszą niż 4,0 %, referuje do okresu kiedy roboty będą wykonywane, a zatem czasu kiedy dokonywane będą zakupy materiałów, realizowane roboty, co należy uznać za sprzyjające realizacji inwestycji. Również, mając na uwadze aktualny trend wzrostowy, osiągnięcie wskaźnika na poziomie 4,0 % należy uznać za w pełni realne. Zauważyć też należy, że podobne ryzyko dotyczące odniesienia tego momentu do terminu zawarcia umowy powstaje w tym zakresie po stronie zamawiającego, gdyż może przecież zdarzyć się, że w przypadku gdy termin podpisania umowy ulegnie znacznemu przesunięciu z powodu na przykład przedłużającego się postępowania - obecny trend wzrostowy może zmienić się w taki sposób, że pomimo spadku cen, wykonawca realizujący roboty budowlane otrzyma wynagrodzenie na pierwotnym, szacowanym przez siebie poziomie.

Odnosząc się natomiast do kolejnej, podnoszonej przez odwołującego kwestii ustalonego w § 6.2. ust. 5 mnożnika na poziomie 0,5, który powoduje, że ryzyko zmiany wynagrodzenia rozłożone jest na strony umowy, to również w tym zakresie Izba nie dopatrywała się naruszenia cytowanego przepisu ustawy Pzp. Przyjęta wartość, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, w sposób rzetelny, albowiem oparty na dotychczasowych współczynnikach, zapewnia równomierny rozkład ryzyka niemożliwego do przewidzenia

na dzień dzisiejszy wzrostu cen materiałów i kosztów, koniecznych dla realizacji przyszłej umowy. Jak trafnie argumentował zamawiający taki sposób podziału ryzyk jest zgodny z propozycjami zawartymi w opracowaniu dotyczącym klauzul waloryzacyjnych w sektorze budownictwa. Dokument pn. „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, przygotowany między innymi przez Urząd Zamówień Publicznych, prezentujący różne mechanizmy waloryzacji wynagrodzeń w trakcie realizacji robót budowlanych podaje, jako jedno z możliwych rozwiązań ustalenie podziału ryzyk na przyjętym przez zamawiającego poziomie.

Izba orzekając, wzięła również pod uwagę, że zamawiający w części uwzględnił przedmiotowy zarzut, zmieniając zapisy w § 6.2. ust. 5 i zastępując użyty we wzorze zwrot ze „średniej” na „sumę”, co było postulowane przez odwołującego, a co także przyczynia się do tego, że wysokość waloryzacji będzie wyższa, niż w przypadku zastosowania średniej. W konsekwencji dokonanej modyfikacji na korzyść wykonawców, wysokość waloryzacji, nawet jeśli przyjmiemy ów podział ryzyka na poziomie 0,5 - będzie znacząco wyższa.

Izba wzięła także pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego na posiedzeniu w postaci wyliczeń w zakresie prognozowanego wzrostu wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji umowy przy założeniu, że wskaźniki w następnych kwartałach będą podobne do tych ostatnio publikowanych przez GUS, które to należy uznać za realne, oddające obecną sytuację ekonomiczno-gospodarczą i uwzględniające zarówno obecne trendy, jak też przeszłe doświadczenia, a zatem te wszystkie elementy na które wskazuje odwołujący w treści odwołania. Z treści opracowania przygotowanego przez zamawiającego wynika, że łączny wzrost z tytułu waloryzacji netto będzie wynosił około 8,5 % wartości zamówienia.

Z kolei propozycję odwołującego co do kształtu zaskarżonego postanowienia umownego należy uznać za mało wyważoną i jednostronną. Nawet bowiem biorąc pod uwagę aktualną sytuację gospodarczą w kraju i na świecie nie można oczekiwać, aby to zamawiający brał na siebie całość ryzyka, związanego z niepewną sytuacją na rynku prac budowlano-montażowych i ponosił w całości koszty z tym związane, a do tego zmierza wskazywana przez odwołującego propozycja zmiany zapisów umownych.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że ustalone zapisy w § 6.2., odnoszące się do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy nie tylko, że nie naruszają przepisu art. 439 ustawy Pzp, ale też odpowiadają w stopniu wystarczającym potrzebom przyszłego wykonawcy, chroniąc obie strony kontraktu, a więc z jednej strony zamawiającego przed ryzykiem tego, że w znacznym stopniu przekroczy zakładany przez siebie budżet, a wykonawcę przed tym, że nie będzie w stanie za zaproponowaną kwotę zrealizować prac objętych kontraktem. Dodatkowo wykonawca znając kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia i mając wiedzę na temat zasad waloryzacji wynagrodzenia, niewątpliwie jest w stanie ocenić w pełni ryzyko kontraktowe w tej sprawie i w efekcie - dokonać rzetelnej wyceny tego ryzyka, w przypadku podjęcia decyzji o złożeniu oferty.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu

od

odwołania

(Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :