

Sygn. akt: KIO 230/22

WYROK
z dnia 11 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez Odwołującego **Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

przy udziale Wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego:

- A. **Trakcja S.A. (Al. Jerozolimskie 100 II p., 00-807 Warszawa)**
- B. **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. (ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice)**
- C. **PORR S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa)**
- D. **TORPOL S.A. (ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań)**

orzeka:

- 1) umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w odwołaniu pod numerem I. 1-3 (str. 2),
 - 2) oddala odwołanie w pozostałym zakresie tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
 - 3) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Strabag sp.**

z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.2. zasądza od Odwołującego **Strabag sp. z o.o. (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków)** na rzecz Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych w obrębie stacji Słupsk od km 128,600 do km 135,100 Linii kolejowej nr 202 w ramach projektu POLiŚ 5.1-17 pn. „Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk” część II odcinek Lębork – Słupsk.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 011-025034.

Odwołujący Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. 1) art. 99 ust. 1 i ust. 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 1.8.4., pkt 1.8.13., pkt 1.9., pkt 1.10. i pkt 2 STWiORB oraz pkt 2 STWiORB Roboty torowe - szczegółowo podanych w uzasadnieniu odwołania - w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób umożliwiający określenie zakresu prac i ustalenia kosztów robót na etapie sporządzenia oferty, złożenie porównywalnych ofert, a w konsekwencji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji;

I. 2) 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP i art. 103 ust. 1 PZP poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego niejednoznacznie i niewyczerpująco przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim: a) obciąża Wykonawcę nieokreślonym ryzykiem oraz kosztami usuwania nieprzewidywalnych kolizji (pkt 1.8.4. STWiORB), pomimo nie określenia zakresu tych prac, i jednocześnie w sposób sprzeczny z treścią przyszłej Umowy; b) nakłada obowiązki związane z zawarciem umów dotyczących odzyskanych środków trwałych, których wykonanie pozostaje zależne wyłącznie od woli podmiotów trzecich (pkt 2 STWiORB - Roboty torowe); c) przewiduje obowiązek wykonania zabezpieczenia terenu i poniesienia kosztów usuwania niewypałów /niewybuchów, pomimo nieokreślenia zakresu tych prac (pkt 1.10. STWiORB),

I. 3) art. 99 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 103 ust. 1 PZP poprzez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie świadczenia wykonawcy związanego z koniecznością dostosowania istniejącego obiektu do prowadzenia ruchu pociągów, dla którego Zamawiający nie przekazał w dokumentach przetargowych dokumentów, projektów oraz ekspertyz / inwentaryzacji dotyczących stanu technicznego

jego konstrukcji, podczas gdy wskazane informacje powinny zostać opisane / przekazane, aby umożliwić Wykonawcy dokonanie wyceny składanej oferty w sposób rzetelny,

I. 4) art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a tym samym poprzez wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia waloryzacji z uwagi na jej ograniczenie do wartości +/- 5% Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia,

oraz w konsekwencji naruszeń wskazanych powyżej: art. 16 pkt 1 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wobec niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalenia warunków Umowy w sposób niezgodny z przywołanymi wyżej przepisami i tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych i rzetelnych ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: dokonania zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a także nakazanie zmiany warunków Umowy w zakresie warunków waloryzacji wynagrodzenia, tj. Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu i pozostałych odnośnych postanowień dokumentacji postępowania poprzez podwyższenie górnego limitu wartości korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen do poziomu +/-10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

Zasady tzw. waloryzacji umownej ustalono w Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu. Zgodnie z jej brzmieniem: „Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą SubKLAUZULĄ. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych KLAUZUL, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa uwzględnia wzrosty lub spadki cen. Waloryzacji-zgodnie z postanowieniami niniejszej SubKLAUZULI - nie podlegają wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie § 5 Umowy, KLAUZUL113 oraz SubKLAUZULI 20.1 niniejszych Warunków Kontraktu oraz przepisów u.p.z.p.

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej SubKLAUZULI wskaźniki cen wyrobów publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej

„Prezesem GUS” w Dziedzinowej Bazy Wiedzy, tj.:

- a) Cen towarów i usług konsumpcyjnych (jako CPI)
- b) Przeciętne wynagrodzenia miesięczne brutto w sektorze przedsiębiorstw - budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej (jako robocizna - R) oraz miesięczne Wskaźniki cen produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych:
- c) Brykiety i podobne paliwa stałe z węgla i torfu oraz produkty rafinacji ropy naftowej (jako paliwo - P) - indeks 19.2
- d) Cement, wapno i gips (jako cement - C) - indeks 23.5
- e) Żeliwa, stal i żelazostopy (jako stal - S) - indeks 24.1
- f) Kamienia, piasku i gliny (jako kruszywo - K) - indeks 08.1
- g) Metale szlachetne i pozostałe metale nieżelazne (jako miedź - M) - indeks 24.4

W przypadku, gdyby którykolwiek z wyżej wymienionych wskaźników przestał być dostępny, zastosowanie znajdzie inny, najbardziej zbliżony, wskaźnik publikowany przez Prezesa GUS.”

Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający przewidział maksymalną wartość waloryzacji, zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP: „Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadczenie Płatności za wykonane roboty budowlane oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadczenia Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej SubKLUAZULI, osiągnie limit +/- 5 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia”.

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający dopuścił zmianę wynagrodzenia, ale wyłącznie do wysokości limitu +/- 5% wartości Robót netto. W opinii Odwołującego zastosowany przez Zamawiającego poziom zmiany dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z Umowy ma charakter pozorny. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Przepis art. 439 ust 2 pkt 4 ustawy PZP nakazuje ustalić maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Wartość ta musi być jasna i adekwatna do wprowadzonych mechanizmów waloryzacyjnych, a przepis ustawy nie ogranicza się do wynagrodzenia niezapłaconego lub niewymagalnego.

W ocenie Odwołującego, klauzula nie pozwala na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych zgodnie z celem przepisu art. 439 PZP. Odwołujący wyjaśnił, że Główny Urząd Statystyczny poinformował, że w grudniu 2021 inflacja wyniosła 8,6% rok do roku. Roczna dynamika inflacji w grudniu była najwyższą odnotowaną do tej pory w XXI wieku -

poprzedni wyższy odczyt przypada na listopad 2000 r. (9,3%). W opinii Odwołującego, opierając się na obecnym trendzie wzrostu cen, uzasadniony jest wniosek o zmianę limitu do +/- 10 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie dokonał szeregu zmian w treści SWZ. W zakresie ostatniego zarzutu (I.4) Zamawiający nie dokonał żadnych zmian w SWZ.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa zarzuty podniesione w odwołaniu opisane w punktach I 1-3 (na stronie 2 odwołania). W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania Odwołujący podtrzymał stanowisko.

Wobec powyższego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego artykułu art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a tym samym poprzez wprowadzenie pozornego mechanizmu liczenia waloryzacji z uwagi na jej ograniczenie do wartości +/- 5% Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia.

Powyższe twierdzenie Odwołującego nie jest prawdziwe. Zamawiający sformułował projekt umowy, w którym została zawarta klauzula umożliwiająca zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

W projekcie umowy Zamawiający wprowadził klauzulę, zgodnie z którą: „Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadczenie Płatności za wykonane roboty budowlane

oraz w którym dochodzi do zmiany cen lub kosztów wyliczonej zgodnie ze wzorem poniżej do wystawienia Przejściowego Świadectwa Płatności, w którym łączna wartość korekt dla oddania wzrostu lub spadku cen, wynikających z niniejszej SubKLUAZULI, osiągnie limit +/- 5 % wartości Robót netto wskazanej w Kontrakcie w dniu jego zawarcia”.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający wypełnił wymaganie wynikające ze wskazanego przepisu i przewidział maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaka zostanie dopuszczona w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący nie kwestionował prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wskaźników, materiałów, wagi, czy zastosowanego wzoru, co w konsekwencji oznacza, że nie wykazał, aby klauzula była sprzeczna z przywołanym przepisem ustawy. W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, złożone przez Odwołującego dowody w postaci wydruków stron internetowych odnoszących się do prognoz wzrostu poziomu inflacji są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Przedmiotem rozstrzygnięcia jest zagadnienie prawne, dotyczące kwestii możliwości w tym konkretnym postępowaniu zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Taka sytuacja (jak wskazano powyżej) nie zachodzi. Odwołujący nie przedstawił natomiast dowodów w zakresie wzrostu cen tych materiałów, które mają znaczenie dla niniejszego zamówienia i które zostały przewidziane w przedmiotowej klauzuli.

Dodatkowo należy zauważyć, że powyższa regulacja prawna pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów. W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców.

Zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą z zasadami współżycia społecznego albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Odwołujący nie wykazał

żadnej sprzeczności z ustawą. Wręcz przeciwnie, klauzula umowna wprowadzona przez Zamawiającego czyni zadość wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji, ani równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....