

sygn. akt: KIO 1519/22

WYROK

z dnia 22 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 128; 04-141 Warszawa,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez CATERMED sp. z o.o.

z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201; 91-204 Łódź na rzecz zamawiającego Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie, ul. Szaserów 128; 04-141 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 1519/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojskowy Instytut Medyczny z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Usługi

przygotowywania i podawania posiłków dla pacjentów WIM oraz posiłków profilaktycznych dla personelu WIM wraz z wynajmem pomieszczeń i dzierżawą maszyn i urządzeń gastronomicznych WIM".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 27 maja 2022 r., pod nr 2022/S 102-284674.

Dnia 6 czerwca 2022 roku, CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, tj. na projektowane postanowienia umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 433 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. przez określenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia o 30% wynagrodzenia, bez wskazania warunków wprowadzenia ograniczenia zamówienia, co w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji minimalnej wartości zamówienia oraz wobec nieokreślenia jakichkolwiek warunków ograniczenia zakresu zamówienia;
2. art. 439 ust. 1 i 2 pkt 4 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ K.c. poprzez określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób świadczący o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy oraz w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wartości zamówienia, bowiem określona maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, okresu, na jaki ma być zawarta umowa oraz tempa zmiany cen i usług.
3. art. 436 pkt 3 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (zwanego dalej „K.c.”) w zw. z art. 483 § 1 K.c. w zw. z art. 484 § 1 zd. 1 i § 2 K.c. oraz art. 5 K.c. w zw. z art. 58 § 1 i 3 K.c. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu w projekcie umowy rażąco wygórowanego limitu kar umownych obciążających wykonawcę w § 11 projektu umowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę treści załącznika nr 8 do SWZ:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 - poprzez nadanie § 3 ust. 14 brzmienia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu świadczenia usług, jednak nie więcej niż o 20% wartości umowy. W przypadku zmniejszenia ilości posiłków w danym miesiącu poniżej 80% wartości umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości odpowiadającej 80% ilorazu wartości umowy i 48 miesięcy”,
- 2) zakresie zarzutu nr 2 - poprzez nadanie § 3 ust. 22 brzmienia: „Zamawiający zastrzega, że maksymalna wartość zmiany wysokości wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian jej wysokości, o których mowa w ust. 19 i ust. 20 wynosi 50% wysokości wynagrodzenia brutto, o której mowa w ust. 6”,
- 3) zakresie zarzutu nr 3 - poprzez nadanie § 11 ust 6 brzmienia: „Łączna suma kar umownych nie może przekroczyć 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa § 3 ust. 6 umowy”.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania,

bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert. Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Uzasadnienie zarzutu nr 1.

W § 3 ust. 14 proponowanej umowy zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 70% wartości umowy. Z tytułu niewykorzystanej części umowy nie będą przysługiwały wykonawcy żadne roszczenia, poza roszczeniem o zapłatę za wykonaną usługę. Zamawiający nie określił formy rekompensaty dla wykonawcy w razie zaistnienia sytuacji spadku zamówień poniżej 70% wartości umowy.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp: „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”.

Komentowany przepis nie daje zamawiającemu nieograniczonej swobody w określeniu minimalnego progu wykonania umowy. Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez zamawiającego w postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 30 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń wykonawcy wobec zamawiającego, jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Ogranicza to krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o dużych zasobach finansowych może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”) w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest ponieść określone koszty stałe, takie jak zatrudnienie odpowiedniej ilości pracowników, nabycie i utrzymanie określonej ilości sprzętu do wykonania usługi na podstawie długoterminowych umów z dostawcami, do tego koszty kredytu, leasingu itp., zaś nagle ograniczenia wykonywania usługi powodują niekiedy konieczność zwolnień pracowników, i to w trybie ekonomicznym, za co, zgodnie z ustawą o zwolnieniach ekonomicznych, należne im są odprawy (art. 8 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników). Dzieje się tak, gdyż zgodnie z teorią ekonomii, w krótkim okresie co najmniej jeden czynnik produkcji jest niezmienny, stąd pojawiają się koszty stałe, których w krótkim okresie wykonawca nie jest w stanie wyeliminować w wypadku ograniczenia wielkości przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Ponadto, istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali - koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuację wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości - w rezerwie - określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia wyłączonej powierzchni do realizacji, które to zasoby mógłby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu, pozostawione zaś w gotowości generują tylko koszty, zaś sprzęt dodatkowo ulega utracie wartości. Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 30% stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego. Ponadto tak sformułowana umowa uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty. Wobec braku określenia podstaw ograniczenia zamówienia, nie sposób przewidzieć ryzyka ograniczenia zamówienia, bowiem zależy ono wyłącznie od woli zamawiającego. Narusza to zasadę, że zmiany umowy są dopuszczalne tylko w przypadku ich przewidzenia i określenia warunków wprowadzenia zmian.

Ze względów powyższych uzasadnione jest nakazanie zamawiającemu modyfikacji umowy poprzez zastrzeżenie, że zamówienie może zostać ograniczone o maksymalnie 20% oraz określenie konsekwencji spadku liczby zamawianych posiłków o więcej niż 20%.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W § 3 w ust. 19 zamawiający przewidział klauzulę, o której mowa w art. 439 Pzp. Z kolei w § 3 w ust. 22 zamawiający zamieścił następujące postanowienie: „Zamawiający zastrzega, że maksymalna wartość zmiany wysokości wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian jej wysokości, o których mowa

w ust. 19 i ust. 20 wynosi 5% wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6”.

Maksymalny poziom zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie może być określany „z sufitu”, wymaga dokonania przez zamawiającego analizy danych historycznych, archiwalnych i na tej podstawie założenia prognozowanej zmiany tych danych w kolejnych miesiącach, kwartałach lub latach w zależności od okresu trwania umowy. Ustalenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia powinno być dokonywane z uwzględnieniem: czasu trwania umowy (im dłuższa umowa tym ta wartość powinna być wyższa), wahań wartości zmian wybranego wskaźnika w ostatnich latach, dostępnymi prognozami zmian cen. Ponadto jak wskazuje się „waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 Pzp, ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji” (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, s. 1167).

Projektowane postanowienie umowy nie uwzględnia obecnego trendu - rosnących cen (w maju 2021 r. dynamika cen wyniosła 13,9% w stosunku do maja 2022 r. - dane Prezesa GUS). Jeszcze dobitniej wygląda zmienność cen skupu podstawowych produktów rolnych, które wzrosły w kwietniu 2022 r. zarówno w stosunku do miesiąca poprzedniego (o 8,7%), jak i w porównaniu z analogicznym okresem ubiegłego roku (o 45,1%). Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości 5% wysokości wynagrodzenia brutto, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy. Wobec powyższego konieczne jest podwyższenie limitu zmiany wynagrodzenia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 3, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1. Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu z uwagi na okoliczność, że w dniu 20.06.2022 r. dokonał modyfikacji postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ, co powoduje, że na datę rozpoznania sprawy sporne postanowienie ma inny kształt, niż w dacie wniesienia odwołania, a co za tym idzie zarzut dotyczy treści postanowienia, które jest nieaktualne. Modyfikacją treści SWZ z dnia 20.06.2022 r. zamawiający zmienił przedmiotowe postanowienie w taki sposób, że doprecyzował, że gwarantowany zakres świadczenia usług wynosi nie mniej niż 70% wartości umowy (co odzwierciedla intencje zamawiającego towarzyszące mu przy tworzeniu postanowienia § 3 ust. 14 w jego pierwotnym kształcie) oraz opisał okoliczności, w jakich uprawniony będzie do skorzystania z prawa do ograniczenia zakresu świadczenia usług. Intencją zamawiającego przy określeniu postanowienia § 3 ust. 14 umowy - w jego pierwotnym kształcie - było zagwarantowanie po swojej stronie uprawnienia do ograniczenia zakresu świadczenia usług do poziomu nie mniej niż 70% wartości umowy. W ramach modyfikacji SWZ z dnia 20.06.2022 r. zamawiający utrzymał taki właśnie poziom gwarantowanego zakresu świadczenia usługi. Tymczasem odwołujący w ramach żądań zgłoszonych w odwołaniu domaga się, aby gwarantowany zakres świadczenia usług wynosił nie mniej niż 80% wartości umowy.

W związku z powyższym zamawiający wyjaśnia, że niezależnie od tego, iż w przepisie art. 433 pkt 4 Pzp ustawodawca nie określił progu minimalnego wartości lub wielkości świadczenia stron, to utrzymanie gwarantowanego zakresu świadczenia usług na poziomie nie mniej niż 70% wartości umowy - znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego związanych z ryzykiem zmiany liczby hospitalizowanych pacjentów w okresie trwania umowy określonym na 48 miesięcy. Zamawiający wyjaśnia, że w z przeprowadzonej wewnętrznie analizy wynika, iż zmiana w tym zakresie może nastąpić m.in. w związku z remontem kliniki lub oddziału, wystąpieniem zjawiska epidemii czy zmianą kontraktów zawartych przez zamawiającego z NFZ. Jednocześnie wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej określenie poziomu gwarantowanego wolumenu zamówienia pozostaje w gestii zamawiającego oraz zależy od potrzeb zamawiającego, a w przypadku podmiotów świadczących usługi z zakresu ochrony zdrowia - może być uzasadnione właśnie zmiennością liczby hospitalizowanych pacjentów:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2021 r., sygn. akt KIO 2355/21: „Zgodnie z § 1 ust. 10 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SWZ) z uwzględnieniem zmian z dnia 6 września 2021 r.: „Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania przedmiotu umowy w ilościach uzależnionych od swoich rzeczywistych potrzeb, wynikających z ilości pacjentów hospitalizowanych, przy czym ilość, która zostanie zrealizowana obejmuje co najmniej 50 % wartości brutto niniejszej umowy określonej w § 6 ust. 1. Niepełna realizacja pozostałej

części zamówienia ze strony Zamawiającego nie narusza postanowień niniejszej umowy i nie stanowi podstawy do dochodzenia przez Wykonawcę wykonania umowy w pozostałej

części ani też innych roszczeń finansowych". [...] Wskazania wymaga, że przepis którego naruszenia Odwołujący się dopatruje nakazuje zamawiającemu określenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, przy czym poziom świadczenia gwarantowanego nie został przez Ustawodawcę określony i pozostaje w gestii zamawiającego. Artykuł 433 pkt 4 PrZamPubl determinuje zatem aby postanowienia przyszłej umowy nie pozwalały zamawiającemu na nieograniczone zmniejszenie zakresu świadczenia w trakcie jego wykonywania, co przekłada się niewątpliwie na możliwości oszacowania ceny oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia i zabezpieczenia jego interesów. Analizowany przepis ma na celu ochronę wykonawcy przed ewentualnymi stratami wynikającymi z konieczności zabezpieczenia kompleksowej realizacji umowy w przypadku, gdy faktyczny zakres świadczenia ulegnie drastycznemu zmniejszeniu. [...] Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający określił w umowie minimalny zakres świadczenia gwarantowanego, zgodnie z dyspozycją art. 433 pkt 4 PrZamPubl. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że zapewnienie realizacji zamówienia na poziomie 50 % jest przejawem nadużycia dominującej pozycji Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający przewidując możliwą, pewną wielkość świadczenia dokonał analizy realizacji zamówienia w poprzednim okresie i niezależnych od siebie okoliczności, które spowodowały zmniejszenie zakresu zapotrzebowania na przedmiot zamówienia i wiązały się ze stratami po jego stronie. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył jako dowód decyzje Ministra Zdrowia, które miały wpływ na zmiany organizacyjne oraz w strukturze Zamawiającego i były związane z trwającą pandemią Covid-19. Ponadto, decyzją Prezesa Rady Ministrów Zamawiający został przekształcony w szpital jednoimienny, co miało wpływ na ilość przyjmowanych pacjentów, a w konsekwencji na ilość zamawianych posiłków. Mając na względzie, że Zamawiający nie ma wpływu na ewentualne dalsze decyzje w sprawie „liczby łóżek”, które ma zapewnić, określenie gwarantowanej realizacji świadczenia na poziomie 50 % należało uznać, że postanowienie uzasadnione potrzebami Zamawiającego i zabezpieczające jego interesy. W ocenie Izby, kwestionowane uregulowane umowne nie pozostawało w oderwaniu od okoliczności je uzasadniających i tym samym nie może zostać uznane za przejaw nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego”,

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.02.2022, sygn. akt KIO 193/22: „Z przepisu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu zamówienia, pod warunkiem wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zamawiający zastosował się do ww. przepisu. Natomiast odwołujący uzasadniając ww. zarzut ograniczył się do przedstawienia wysoce ogólnych twierdzeń, z których nic konkretnego dla niniejszej sprawy nie wynika. Z pewnością nie wynika z nich, że określenie przez zamawiającego minimalnego progu wykonania umowy na poziomie 60% wartości umowy narusza przywołane przez odwołującego przepisy. Gdyby ustawodawca uznał, że konieczne jest ustalenie minimalnego zakresu wykonania umowy dla wszystkich zamówień udzielanych w trybie ustawy Pzp, to odpowiednie regulacje zostałyby w tejże ustawie zawarte”.

Mając na względzie powyższe okoliczności - zamawiający w ramach postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ określił, iż gwarantowany zakres świadczenia usług wynosi nie mniej niż 70% wartości umowy oraz że skorzystanie z uprawnienia do ograniczenia zakresu świadczonych usług może nastąpić w przypadku wystąpienia po stronie zamawiającego okoliczności powodujących zmniejszenie liczby hospitalizowanych pacjentów (np. remont kliniki lub oddziału, epidemia, zmiana kontraktów zawartych z NFZ). Tak ukształtowane postanowienie § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ - uwzględnia potrzeby zamawiającego związane z ryzykiem zmiany liczby hospitalizowanych pacjentów, jak również odpowiada warunkom określonym w art. 433 pkt 3 Pzp oraz wymogom ukształtowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie stosowania art. 433 pkt 3 Pzp. W konsekwencji w przypadku przedmiotowego postanowienia nie może być mowy o nadużyciu dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Niezależnie od powyższego przedmiotowy zarzut winien zostać oddalony również z tego względu, że oparty jest on na błędnej interpretacji postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ (w jego kształcie sprzed modyfikacji z dnia 20.06.2022 r.). Odwołujący mylnie wywodzi, że zamawiający w ramach ww. postanowienia zastrzegł po swojej stronie uprawnienie do zmniejszenia wolumenu zamówienia o co najmniej 70% wartości umowy, a nie do poziomu nie mniej niż 70% wartości umowy. Wynika to z następujących fragmentów odwołania: „W § 3 ust. 14 proponowanej umowy Zamawiający określił minimalny próg wykonania umowy w wysokości 70% wartości umowy. Z tytułu niewykorzystanej części umowy nie będą przysługiwały Wykonawcy żadne roszczenia, poza roszczeniem o zapłatę za wykonaną usługę. Zamawiający nie określił formy rekompensaty dla Wykonawcy w razie zaistnienia sytuacji spadku zamówień poniżej 70% wartości umowy. Narzucenie tak skrajnie niekorzystnych warunków zamówienia przez Zamawiającego w

postaci określenia minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 30 % wartości umowy i ograniczenia, w ten sposób, roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego, jest przejawem nadużycia przez niego pozycji gospodarza postępowania. Wobec braku określenia precyzyjnych podstaw zmiany zakresu świadczenia wykonawcy, określenie minimalnego progu wykonania umowy w wysokości 30% stanowi nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu przez Zamawiającego przez skonstruowanie skrajnie niekorzystnego postanowienia umownego”.

Taka interpretacja przedmiotowego postanowienia nie znajduje uzasadnienia w jego treści ani nie odzwierciedla intencji zamawiającego. Jednocześnie - w przypadku przyjęcia interpretacji odwołującego - zamawiający miałby uprawnienie do zmniejszenia wolumenu zamówienia w zakresie od 70% do 100% wartości zamówienia. Oznaczałoby to, że zamawiający uprawniony byłby do zmniejszenia zakresu świadczonych usług nawet do poziomu 0%.

W odniesieniu do powyższego zamawiający wskazuje, że jego intencją było, aby w ramach postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ zagwarantować po swojej stronie uprawnienie do ograniczenia zakresu świadczonych usług do poziomu nie mniej 70% wartości umowy, a nie od 70% do 100% wartości umowy.

Zarzut nr 2. Odnosząc się do tego zarzutu, w pierwszej kolejności wymaga zaznaczenia, że zamawiający w dniu 20.06.2022 r. dokonał modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, obejmującej projektowane postanowienia umowy, w ramach której zmienił brzmienie § 3 ust. 22 Umowy: „Zamawiający zastrzega, że maksymalna wartość zmiany wysokości wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian jej wysokości, o których mowa w ust. 19 i ust. 20 wynosi 10% wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 6”.

W świetle powyższej modyfikacji SWZ w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu przestał istnieć substrat zaskarżenia, którym niewątpliwie była czynność zamawiającego z dnia 27 maja 2022 r. polegająca na opublikowaniu treści SWZ wraz z projektem Umowy.

Stosownie do przepisu art. 552 ust. 1 Pzp - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, co oznacza, że w postępowaniu odwoławczym należy uwzględnić zmianę SWZ dokonaną przez zamawiającego w dniu 20.06.2022 r. Natomiast zarzut i argumentacja odwołującego dotyczy postanowienia Umowy, które nie ma już w treści Umowy, ponadto zostało zmodyfikowane w taki sposób, że nie jest możliwe ani zasadne odnośnienie dotychczasowej argumentacji odwołującego do nowego brzmienia tego postanowienia. W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2 z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Niniejszy wniosek uzasadniony jest w kontekście dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczącego analogicznych stanów faktycznych.

Niezależnie od powyższego - zarzut nr 2 odwołania jak i powiązane z nim żądanie wprowadzenia do Umowy postanowień o maksymalnej wartości zmiany wysokości wynagrodzenia wynoszącej 50% wysokości wynagrodzenia brutto - pozostają bezzasadne.

Przede wszystkim należy wskazać, że modyfikacja wprowadzona przez zamawiającego uwzględnia w pełni możliwie realny wzrost kosztów wykonania zamówienia w okresie 4 lat obowiązywania umowy. Postanowienia Umowy w tym zakresie są adekwatne do rozkładu ciężaru ryzyka związanego ze zmianą cen materiałów lub kosztów równomiernie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie. Podstawą do ustalenia maksymalnego poziomu waloryzacji wynagrodzenia było doświadczenie zamawiającego powstałe na kanwie realizowania obecnej umowy o tym samym przedmiocie zamówienia, która została zawarta w 2018 r. Pierwotna wartość wynagrodzenia wykonawcy realizującego tę umowę wyniosła: 31 562 865,97 zł brutto. Wynagrodzenie wykonawcy od momentu zawarcia umowy podlegało zmianom siedmiokrotnie, ale tylko trzy zmiany dotyczyły waloryzacji wynagrodzenia w związku ze wzrostem inflacji (która stanowiła wskaźnik waloryzacyjny w umowie). I tak, przedmiotową umowę waloryzowano trzykrotnie na podstawie wskaźnika inflacji:

- 1) w dniu 29.04.2020 r. - aneks nr 6 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 2,3% w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach,
- 2) w dniu 29.04.2021 r. - aneks nr 11 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 3,3% w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach,
- 3) w dniu 31.03.2022 r. - aneks nr 15 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 4,8% w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach.

Należy również nadmienić, że umowa zawarta w 2018 r. - podobnie jak umowa, której dotyczy odwołanie - zawierają postanowienia dotyczące zmiany wynagrodzenia wykonawcy,

w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W trakcie obowiązywania umowy z 2018 r. w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę - zwiększano wynagrodzenie wykonawcy realizującego umowę czterokrotnie:

- 1) w dniu 28.12.2018 r. - aneks nr 1 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 2,4% w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach,
- 2) w dniu 9.01.2020 r. - aneks nr 5 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 5,4 % w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach,
- 3) w dniu 24.02.2021 r. - aneks nr 9 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 2,9 % w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach,
- 4) w dniu 4.02.2022 r. - aneks nr 14 - wzrost wartości ceny jednostkowej o 3,12 % w stosunku do ostatniej wysokości ceny po jej zmianach.

Jako, że waloryzacja wynagrodzenia w oparciu wskaźnik inflacji GUS każdorazowo odnosiła się do poprzedniej - podwyższonej już uprzednio ceny jednostkowej w związku z waloryzacjami i podwyższeniem wartości umowy w związku ze wzrostem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę - miarodajne jest przedstawienie pełnej wartości zmian umowy - zarówno z powodu waloryzacji jak i z powodu wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę - która wyniosła 3 369 775,62 zł brutto i stanowiła zaledwie około 10,6% wynagrodzenia ustalonego pierwotnie w umowie. Należy jednak pamiętać, że na tę wartość w dużej mierze składają się zmiany wysokości wynagrodzenia w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę. Tylko część - mniej niż połowa tej wartości dotyczy waloryzacji wynagrodzenia opartej o wskaźnik inflacji. W tym stanie rzeczy - maksymalny poziom waloryzacji ustanowiony przez zamawiającego na 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy jest adekwatny to poziomowi realnego wzrostu kosztów wykonywania zamówienia, a nawet go przewyższa. Zamawiający wskazał, że wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien być świadomy ryzyk związanych z wykonywaniem umowy. Ryzyka te powinny znaleźć odzwierciedlenie w zaoferowanej cenie oferty. Nie jest zasadnym przerzucanie takiego ryzyka w całości na zamawiającego. W tym miejscu należy odwołać się do najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym potwierdzone zostało powyższe stanowisko, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1151/22 „Izba wskazuje, że 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”.

Odnosząc się do wniosku o zmianę wartości maksymalnej zmian umowy do 50% wysokości wynagrodzenia brutto stanowi niczym nieuzasadnioną próbę przerzucenia ryzyka związanego ze zmianą cen materiałów lub kosztów w pełnym zakresie na zamawiającego. Hipotetyczne wprowadzenie do Umowy proponowanych przez odwołującego zmian może wręcz niekorzystnie wpłynąć na przygotowanie ofert. Tak znaczne przesunięcie maksymalnej wartości waloryzacji sprzyjać będzie do nierealistycznej wyceny oferty przez wykonawców, którzy świadomi możliwości zwaloryzowania wynagrodzenia podczas realizacji zamówienia w tak znacznym stopniu, skłonni będą do podjęcia większego ryzyka i zaoferowania ceny niższej niż realna, w celu uzyskania zamówienia. W tym stanie rzeczy zarzut nr 2 odwołania jak i powiązane z nim żądane są w sposób oczywisty niezasadne, a jego uwzględnienie prowadziłoby do naruszenia równowagi kontraktowej stron. Tym samym - to nie działania zamawiającego, ale żądanie odwołującego jest sprzeczne z regulacją z art.

439 Pzp, której celem jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, która została zachwiana przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Uwzględnienie żądań odwołującego w tym zakresie oznaczałoby bowiem przeniesienie opisanego powyżej ryzyka w całości na zamawiającego. Należy również podkreślić, na co wskazuje się w orzecznictwie KIO, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy, nie może niwelować ryzyka niedoszacowania oferty ani prowadzić do wzbogacenia się wykonawcy, natomiast limit wysokości waloryzacji, jakiego żąda odwołujący

- w istocie mógłby prowadzić do uzyskania przez wykonawcę nieuzasadnionych korzyści ponad w kalkulowany w jego ofercie zysk (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3476/21) „Oceniając powyższe Izba uznała, że wykonawcy, którzy posiadają wiedzę o współczynniku waloryzacji wynagrodzenia zespołu konsultanta, a także mając wiedzę, co do kierunku możliwego rozwoju procesów rynkowych w krajach, których gospodarka jest częścią rynku Unii Europejskiej mogą z dużym prawdopodobieństwem tak oszacować koszty realizacji zamówienia, że będą w stanie złożyć ofertę z właściwą ceną. Zamawiający jako element współczynnika waloryzacji ustanowił wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej, publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i wyliczony w odniesieniu do dnia składania ofert. Urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w sposób wskazany powyżej stanowi przewidywalne i dające się skalkulować ryzyko zarówno wykonawcy jak i zamawiającego, co oznacza możliwość założenia stabilizacji ceny kontraktu. Izba wskazuje, że dopuszczenia w ustawie Pzp waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę, ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia. Celem jest utrzymanie wynagrodzenia Konsultanta na poziomie związanym z wzrostem lub spadkiem przeciętnego wynagrodzenia”.

W tym stanie rzeczy - żądanie odwołującego nie wpisuje się założenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, która ma na celu doprowadzenie do równowagi kontraktowej stron umowy w przypadku wzrostu kosztów wykonywania zamówienia, ale stanowi próbę przerzucenia ryzyka w całości na zamawiającego. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt KIO 2355/21 - słusznie wskazała: „Niewątpliwie klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia. Wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu”.

Należy również podkreślić, że stosunkowo wysoka wartość wskaźnika inflacji jest obecnie - tj. na etapie przygotowania oferty - okolicznością znaną wykonawcom, i jako taka powinna znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacji ceny. Jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie z prognozami NBP - obecnie znajdujemy się w tzw. szczycie inflacji, która w kolejnych miesiącach zacznie się zmniejszać, a już z pewnością będzie znacznie mniejsza w ciągu kolejnych 4 lat, tj. w okresie realizowania Umowy. W tym miejscu warto przywołać projekcję inflacji opracowaną przez Narodowy Bank Polski, zgodnie z którą Inflacja CPI r/r wyniesie w 2022 r. - 10,8%, w 2023 r. - 9,0%, a w 2024 r. już tylko 4,2%.

Wreszcie należy zauważyć, że samo uzasadnienie zarzutu jest ogólne i poza ogólnymi odniesieniami do wysokości inflacji nie wskazuje żadnych konkretnych okoliczności, które miałyby potwierdzać słuszność prezentowanych twierdzeń. Odwołujący nie przedstawił nawet żadnej kalkulacji wpływu inflacji na wykonywanie tego zamówienia. W żaden sposób nie uzasadniono również żądania zwiększenia limitu waloryzacji do wysokości 50% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Potwierdza to jedynie, że zarzut ma charakter ogólny, nie jest poparty żadnymi rzetelnymi dowodami czy wyliczeniami.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Do rozpoznania na rozprawie skierowane zostały, podtrzymane przez odwołującego, zarzuty nr 1 i 2. Izba wskazuje, że co prawda zamawiający w dniu 20 czerwca 2022 roku, dokonał modyfikacji skarżonych postanowień umownych, jednakże zmiany te, co do zasady nie zmieniły sytuacji odwołującego, który de facto kwestionował wysokości procentowe wskaźników ustalonych przez zamawiającego. Dlatego też Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sytuacji nie znajdują zastosowania przepisy o umorzeniu postępowania z uwagi na bezzasadność.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego.

Zarzut nr 1. Odwołujący przedmiotowym zarzutem kwestionuje możliwość ograniczenia przez zamawiającego zakresu zamówienia o 30 % wynagrodzenia podnosząc, iż zamawiający nie wskazał warunków wprowadzenia tego ograniczenia, co w efekcie świadczy o nadużywaniu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcy skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Pierwotna treść postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu świadczenia usług, nie mniej niż 70 % wartości umowy. Z tytułu niewykorzystanej części umowy nie będą przysługiwały Wykonawcy żadne roszczenia, poza roszczeniem o zapłatę za wykonaną usługę”.

Aktualna treść postanowienia § 3 ust. 14 projektu umowy - załącznik nr 8 do SWZ (po modyfikacji z dnia 20.06.2022 r.):

„W przypadku wystąpienia po stronie Zamawiającego okoliczności powodujących zmniejszenie liczby hospitalizowanych pacjentów (np. remont kliniki lub oddziału, epidemia, zmiana kontraktów zawartych z NFZ), Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia zakresu świadczenia usług, przy czym gwarantowany zakres świadczenia usług wynosi nie mniej niż 70 % wartości umowy. Z tytułu niewykorzystanej części umowy nie będą przysługiwały Wykonawcy żadne roszczenia, poza roszczeniem o zapłatę za wykonaną usługę”.

Zgodnie z przepisem art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”.

Przepis powyższy stanowi zatem wytyczną dla zamawiającego, że w przypadku, gdy zamawiający w trakcie realizacji umowy chciałby ograniczyć realizację umowy, czy to pod względem wartościowym, czy też przedmiotowym, konieczne jest wskazanie w projektowanych postanowieniach umowy zakresu takiego ograniczenia. Wyżej cytowany przepis nie nakłada na zamawiającego obowiązku niejako „tłumaczenia się” wykonawcom, dlaczego takie ograniczenie ustanowił oraz dlaczego zostało ono ustalone na przyjętym poziomie. Już tylko ta okoliczność skutkuje niezasadnością stawianego zarzutu. Niemniej wskazać należy, że zamawiający modyfikując to postanowienie umowne (załącznik nr 8 § 3 ust. 14) w dniu 20 czerwca 2022 roku podał, iż ograniczenie to może wynikać z następujących okoliczności, cyt. „W przypadku wystąpienia po stronie Zamawiającego

okoliczności powodujących zmniejszenie liczby hospitalizowanych pacjentów (np. remont

kliniki lub oddziału, epidemia, zmiana kontraktów zawartych z NFZ) (...)”, czyli de facto wprost odniósł się do treści zarzutu odwołującego. W tym miejscu podnieść należy, że żądanie odwołującego nie dotyczyło tego elementu zarzutu, a jedynie wysokości ograniczenia i sposobu jego rozliczania.

W ocenie Izby, rzeczzone postanowienie umowne (zarówno przed, jak i po modyfikacji) jest jasne i czytelne, nie budzi żadnych wątpliwości. Fakt, iż zamawiający najlepiej znający swoją działalność oraz przewidując wystąpienie różnych okoliczności przyjął i ustanowił wysokość takiego ograniczenia na określonym poziomie, tj. nie więcej niż 70 % wartości umowy (zakres gwarantowanego świadczenia), świadczy o dbałości zamawiającego o finanse publiczne. To, że odwołujący chciałby mieć zagwarantowane wyższe wynagrodzenie jest oczywiście zrozumiałe z punktu widzenia wykonawcy, jednakże ustawodawca przyjmując takie przepisy miał również na względzie dbałość o interesy i budżet jednostek sektora finansów publicznych. Wykonawca mając zatem informację od zamawiającego, jak może

wyglądać finansowanie tego zamówienia, jest w stanie ustalić i oszacować koszty swojej usługi na właściwym poziomie. Dlatego też zarzut powyższy uznać należało za bezzasadny.

Zarzut nr 2. Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut żądał zmiany wysokości wynagrodzenia (waloryzacji) do wysokości 50% wynagrodzenia brutto. Po zmianie z dnia 20 czerwca 2022 roku, zamawiający podniósł ten poziom z 5 do 10%.

W ocenie Izby wysokość ta odpowiada zapowiadanym zmianom na przestrzeni najbliższych lat. Zgodnie z przepisem art. 439 ust. 1 i 2 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. 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.

Przy ocenie zasadności stawianego zarzutu trzeba mieć na względzie istniejącą sytuację na rynku oraz prognozy na przyszłość. Z dowodów i prognoz przedstawionych przez zamawiającego wynika jasno, iż sytuacja ekonomiczna będzie ulegała poprawie, obecnie mamy do czynienia z tzw. „szczytem inflacyjnym”, co w ocenie Izby korzystne jest dla wykonawcy w tym względzie, że wyceniając swoją ofertę może przyjąć najwyższe wskaźniki, obecnie funkcjonujące. Ponadto odwołujący nie ma racji, że zamawiający nie będzie mógł zwiększać wynagrodzenia, albowiem przeczą temu aktualnie obowiązujące postanowienia umowne. Jak wykazał zamawiający (dowód: opracowanie własne zamawiającego) na przestrzeni ostatnich 4 lat aktualizował on wynagrodzenie wykonawcy 8-krotnie, w tym 3-krotnie w związku ze wzrostem wskaźnika GUS, co oznacza, że realizuje on zasadę współpracy zamawiającego z wykonawcami (art. 431 ustawy Pzp, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia).

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. Dowody złożone przez odwołującego przy piśmie procesowym z dnia 21 czerwca 2022 roku, potwierdzają jedynie, że:

- 1) producenci i dystrybutorzy produktów żywnościowych zauważają zmiany na rynku i w związku z tym będą podnosili swoje ceny o określone wartości (dowód: informacje o wzrostach cen dostawców),
- 2) umowa zawarta z zamawiającym była aneksowana (dowód: kopia umowy oraz kopia aneksu).

Odwołujący zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa dowody stanowiące informacje o wzrostach cen dostawców, jednakże nie wykazał zasadności swojej decyzji. Izba stwierdziła, że dokumenty stanowią ogólną ofertę o warunkach przyszłej współpracy kierowaną do ogółu podmiotów zajmujących się tego typu usługami. Nie są dedykowane wyłącznie odwołującemu, gdyż pism tych nie wynika, że są kierowane do odwołującego. Ponadto odwołujący nie wykazał, poza 3 zdaniowym wyjaśnieniem, w jaki sposób dowody te stanowią o zasadności objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego okoliczności, na które się powołuje.

Tym samym odwołujący znający realia rynku i zachowania dostawców, jest w stanie ocenić i wycenić ofertę wg. cen i przewidywań na dzień jej składania, przyjmując na siebie część ryzyka z tym związaną. Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 31 marca 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 12/22 „Sąd Okręgowy podziela przy tym zapatrywanie Izby, zgodnie z którym dopuszczenie w ustawie Prawo zamówień publicznych waloryzacji kosztów wynagrodzenia nie może prowadzić do zmniejszenia ryzyka związanego z niedoszacowaniem oferty przez wykonawcę ani do wzbogacenia się wykonawcy, czyli wzrostu jego wynagrodzenia. Wykonawca winien bowiem wziąć na siebie część ryzyka związanego ze wzrostem wynagrodzeń i w konsekwencji prawidłowo skalkulować ofertę, Należy podkreślić, iż rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 nPzp jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś

całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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. poz.

2437).

Przewodniczący: